

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL:
Estudo dos Motivos Determinantes e Limites da Interpretação Judicial**

JOSÉ GERALDO ALENCAR FILHO

Prof. Dr. WALBER DE MOURA AGRA
(Orientador)

Recife
2011

JOSÉ GERALDO ALENCAR FILHO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL:
Estudo dos Motivos Determinantes e Limites da Interpretação Judicial**

Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, com exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito em Processo Jurisdição e Cidadania sob a orientação do Prof. Dr. Walber de Moura Agra.

Recife
2011

A368j

Alencar Filho, José Geraldo

Judicialização da política e ativismo judicial : estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial / José Geraldo Alencar Filho ; orientador Walber de Moura Agra, 2011.
124 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,
2011.

1. Direito Constitucional. 2. Poder judiciário e questões políticas.
3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição. I. Título.

CDU 342.4(81)

JOSÉ GERALDO ALENCAR FILHO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL:
Estudo dos Motivos Determinantes e Limites da Interpretação Judicial**

Recife, de de 2011.

Banca Examinadora

Professor: Dr. Walber de Moura Agra
Orientador - Universidade Católica de Pernambuco

Professor: Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Membro - Universidade Católica de Pernambuco

Professor: Dr. Fábio Túlio Barroso
Membro - Universidade Católica de Pernambuco

Professor: Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Membro - Universidade de Direito de Vitória do Espírito Santo

Coordenadora do Curso: Marília Montenegro Pessoa de Mello

Recife
2011

Dedico este trabalho a minha esposa Helaine, por ter acreditado no meu sonho, pelo amor e apoio durante esses dois anos; aos meus pais pelo carinho constante e ao meu irmão Roberto, por ter sido um mantenedor financeiro nos momentos de tribulação.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus de toda graça, por ser um Pai tão generoso que me concedeu o dom da fé, ensinando-me a chamar a existência às coisas que não são como se já fossem (Hebreus 4:17).

Aos mestres, que com presteza me transmitiram tão valioso conhecimento.

Aos funcionários desta Universidade, pela qual tenho tão grande carinho por ter saído Bacharel e agora Mestre de entre essas bancas.

Ao professor e guia Walber de Moura Agra por ter dispensado tão valiosa atenção aos anseios do saber deste mero estudante do Direito, aos quais, meu muito obrigado.

RESUMO

As transformações ocorridas no mundo pós grandes guerras, principalmente os males provocados pelo III Reich alemão, causaram uma reviravolta no estudo e aplicação das normas jurídicas. O temor de que o Direito voltasse a ser usado como instrumento capaz de causar tais horrores fomentou a instituição de Tribunais Constitucionais, além do desenvolvimento do *judicial review* americano de construção judicial do Direito, que disseminou também nesse período seus ideais de democracia e aplicação normativa ao resto do mundo. O advento do modelo de Estado Social e Democrático de Direito traz à baila novos direitos, sobretudo de natureza fundamental, que precisam ser concretizados. Os institutos da intervenção política dos juízes em esferas de decisão outrora estabelecidos apenas ao Legislativo e Executivo, põem em xeque a permanência da tripartição de poderes, idealizada sob a égide do Estado Liberal e que agora não mais serve para explicar uma realidade de Estado intervencionista, traz o perigo do “governo do toga”. Entre os propulsores desta efervescência do Poder Judiciário estão a globalização, os conceitos de pós-modernidade, com a quebra de todos os paradigmas da modernidade, a insuficiência do cartesianismo subsuntivo baseado nos conceitos do positivismo para aplicação do direito, com a quebra dos mitos da neutralidade, inércia e imparcialidade do Judiciário, além do desarranjo da teoria de que o juiz não cria norma capaz de inovar o ordenamento jurídico, além do Neo constitucionalismo e da liberdade de interpretação das normas, sobretudo aquelas de Direito Constitucional são, como dissemos, aliados do fato de existência da Judicialização e da atitude pró ativa dos juízes na condução do processo judicial. A existência de normas abertas e principiológicas aliados a inoperância do Poder Legislativo, atrelado ao sentido de crise do direito legislado e da atuação do Poder Executivo, o qual não consegue efetivar direitos, deram aos juízes o Poder de incrementar, na sua atuação, agigantando seus limites. De sorte que faz-se necessário o pensar de alternativas para solução dos conflitos que possam surgir com este fenômeno. Sobretudo aqueles que estejam ligados à necessidade de controle à interpretação efetuada pelos magistrados, impondo-se limites, como ainda o fato do questionamento sobre a legitimidade de suas decisões, haja vista a franca ausência de instrumentos de análise democrática, ausência de legitimação popular por meio do sufrágio, traz-nos as explicações das teorias procedimentalistas e subjetivistas; além das idéias desenvolvidas por Dworkin e Viehweg como possíveis solução para resolução do problema dos *hard cases* e das lacunas normativas. De certo faz-se necessário o pensar sobre a perenidade ou eternidade dos conceitos de Judicialização e do Ativismo Judicial nas sociedades emergentes desta nova realidade que se desenha.

Palavras-chave: Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Concretização de Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Changes after the great world wars, especially the bad things caused by German's Third Reich caused an upheaval in the study and application of legal standards. The fear that Law could be used as a tool capable of inflicting such horrors fostered the establishment of Constitutional Courts besides the development of the American judicial review of judicial construction of Law, that also spread during this time its ideals of democracy and the application of rules to the rest of the world. The model of the welfare and democratic state brings new rights, especially of a fundamental basis and the institutes of political intervention in judges decision-making when established only by the Legislative and Executive Powers put into question the state of the triple division of power, created under the liberal state and it no longer can explain the reality of an interventionist state that brings the danger of "government of the toga". Among the propellers of this effervescence of the Judiciary Power there are the globalization, the concepts of post-modernity with the breach of all paradigms on modern age; the failure of Cartesianism based on the concepts of positivism due to law enforcement with the breaching of the myth of neutrality, inertia and impartiality of the judiciary; besides the violation of the theory that the judge does not create law able to innovate the legal system beyond the Neo constitutionalism and the freedom of interpretation of the law especially those ones of Constitutional Law, those as we said are allies to the fact that there is judicialization and there is a pro active of the judges behavior in the direction of judicial proceedings. The existence of open laws and a set of principles allied with the failure of the Legislative Power with the sense of crisis in the statutory law and the performance of the Executive Power cannot effect rights and gave judges the power to increase their jurisdiction enlarging their boundaries. So, it is necessary to consider alternatives to solve conflicts that may arise with this phenomena. Especially those ones connected to the needy of controlling the interpretation done by the judges, setting limits and also to the fact that the questioning of legitimacy of their decisions to the lack of democratic instruments of analysis and the lack of popular legitimacy through suffrage bringing the explanation of the subjectivist and procedural theories. In addition to this the ideas developed by Dworkin and Viehweg as possible solution to solving the problem of hard cases and legislative gaps. It is necessary to think about the lasting or eternity of concepts of the Legalization of Judicial Activism in societies emerging from this new reality.

Keywords: Legalization of Politics. Judicial Activism. Realization of Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ESTADO E JURISDIÇÃO	13
1.1 Constitucionalismo e democracia	17
1.2 O <i>judicial review</i> americano e os tribunais constitucionais europeus - dois prismas de uma mesma realidade - controle de constitucionalidade	25
1.3 A perda das identidades (<i>standards</i> fixos) e a pós-modernidade como fatores indutivos ao ativismo judicial e à judicialização da política	30
2 JUDICIALIZAÇÃO É FATO E ATIVISMO É ATITUDE	33
2.1 Judicialização: conceito e principais características	38
2.2 Ativismo judicial conceito e características	46
2.3 Ativismo judicial, judicialização e proteção dos direitos fundamentais como causa propulsora de um judiciário “onipotente”	52
3 A INTERPRETAÇÃO DA LEI COMO MEIO CONDUTOR PARA O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO	60
3.1 Métodos, fontes e critérios de interpretação judicial	63
3.2 Critérios, agentes e extensão da interpretação judicial	65
3.3 A interpretação das lacunas – o modo de pensar tópico como solução para a confecção de decisões válidas em tempos de judicialização e ativismo judicial	70
3.4 O problema da indeterminabilidade nas decisões pelo uso tópico – as críticas ao uso da teoria tópica	74
3.5 Os conceitos abertos e a interpretação principiológica	79
3.6 A criação judicial do direito pelos juízes: técnicas do ativismo judicial e da judicialização	81
3.7 Os <i>hard cases</i> no contexto do ativismo judicial e da judicialização	88
4 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO E DA JUDICIALIZAÇÃO	95
4.1 O eixo procedimentalista - ênfase no processo de formação democrática da vontade política	96
4.2 Eixo substancialista - por um judiciário com maior participação nas questões políticas do estado	101
5 A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES COMO MEIO DE LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO E DA JUDICIALIZAÇÃO	106
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

Muito se questiona sobre a possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir, em suas decisões, em questões que envolvam matérias relacionadas aos outros poderes ou funções do Estado. Sob o prisma jurídico-formalista, há uma nítida sobreposição dos Poderes Executivo e Legislativo frente ao Poder Judiciário, quando se trata de formação de políticas públicas, sem contar a condução do próprio Estado, não cabendo, via de regra, ao Judiciário, a participação - de forma legítima e democrática - em decisões de caráter público ou de cunho político.

Não obstante a tais argumentos, em razão da complexidade do mundo contemporâneo, principalmente marcado pela globalização, exige-se um Judiciário cada vez mais participativo e que por isso seja capaz de decidir conflitos de diversas matizes, conflitos estes que se apresentam cada vez mais crescentes e urgentes de solução – são questões de inúmeras ordens, especialmente e cada vez mais revestidos de natureza política, sempre em número crescente.

Em face dessa nova perspectiva, necessariamente alteram-se as funções clássicas da magistratura que tem se tornado responsável pelas decisões políticas da nação, muitas vezes, inclusive relativa aos campos outrora naturais dos outros poderes estatais, passando, inclusive, a servir de orientador para as suas atuações práticas cotidianas, visando não apenas assegurar a integridade da própria Constituição e dos direitos dos cidadãos nas democracias contemporâneas, mas, sobretudo, dar consecução aos anseios sociais de que o Estado venha a cumprir o dever imposto pela Constituição da República perante cada ente com o qual assumiu um compromisso.

A essa expansão dos poderes e atribuições do Poder Judiciário sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado, dá-se o nome de Judicialização da Política e em efeito concomitante e consequente a esta postura chama-se Politização da Justiça, as quais paulatinamente vêm mudando o cenário funcional dos Poderes que compõem o Estado, este tradicionalmente vislumbrado a partir da Teoria Tripartite clássica de Montesquieu, durante a modernidade.

O papel do juiz na sociedade hodierna cada vez mais ganha projeção, posto que, este passa a deter não apenas o poder de solução e pacificação dos conflitos sociais, dentro do processo judicial. Mas suas decisões perpassam as próprias partes envolvidas no conflito,

servindo de parâmetros para consecução de atividades que antes se restringiam às esferas políticas do Poder do Estado.

O Judiciário então não se presta apenas a garantir aplicação da lei no caso concreto. Não mais se aceita a figura do Juiz inerte e distante da realidade social que o circunda. Um alto funcionário do governo enclausurado em um mundo particular, apenas funcionando como mero técnico do direito pelo seu trabalho de subsunção da norma aos fatos trazidos a seu conhecimento.

O “juiz boca da lei” se torna uma figura incompatível com essa nova realidade que se desenha. Os anseios sociais que antes eram lançados sobre o Legislativo e sobre o Executivo, que incapazes de satisfação, obrigam¹, a sociedade a lançar um olhar redentivo sobre a figura do Juiz que passou a ser uma espécie de “Messias”, capaz de solucionar as falhas apontadas, as quais os demais poderes não conseguiram resolver.

Ademais, a essa realidade, adiciona-se o fato do desenho da chamada pós-modernidade, causando a perda dos referenciais outrora estabelecidos na modernidade, não havendo mais os ícones de paternidade e segurança conceitual que anteriormente funcionavam como âncoras, levando à necessidade de criação de novos referenciais; obrigando o Judiciário a tomar o papel anteriormente ocupado pelos reis, príncipes e governantes do passado (os juízes funcionam como substitutos dos referenciais de autoridade perdidos).

Assim o Juiz, enquanto garantidor de direitos e engajado pela satisfação popular, ainda que ilustrada, através da promessa de uma vida social mais justa e igualitária, ocupa o lugar dos poderes políticos do Estado que até pouco tempo detinham a integralidade destas prerrogativas.

Não obstante a necessidade de satisfação e de aceleração nos seus resultados, ainda que se pautando pela instantaneidade dos acontecimentos cada vez mais rápidos, essa nova sociedade em formação obriga respostas prontas a cada novo questionamento, motivando a necessidade de decisões céleres e efetivas e que nem por isso deixem de assegurar segurança,

¹ Cf. MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, nº 58, nov. de 2000. Nesta obra a autora aponta que o papel que hoje se imprime ao Juiz, é aquele de referencial de autoridade que fora perdido na passagem da modernidade. O Judiciário passa então a funcionar como uma espécie de expiação dos pecados cometidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, que em crise não conseguem mais alcançar e promover os anseios da sociedade que agora órfã busca no Juiz a figura de paternidade (autoridade) e referencial que fora perdido.

no que tange as conquistas já alcançadas. Entretanto, existem muitos questionamentos acerca da legitimidade democrática do Judiciário para ocupar cada vez mais esses espaços decisórios de cunho eminentemente políticos, de forma a traçar limites mínimos e máximos a atuação dos Juízes nesta nova seara que se desenha.

Como então compatibilizar conceitos como Constitucionalismo e democracia com a não supressão do direito das minorias? No sentido de que ao Judiciário é dado o Poder de retirar do ordenamento leis e fragmentos destas sob alegação de incongruência com o ordenamento posto, e que diretamente representa anulação dos atos do Poder Legislativo que ao revés possui legitimidade democrática, por meio de canais que possibilitam a aferição da legitimidade que são peculiares aos agentes propriamente políticos, tais como eleições periódicas e satisfação da opinião pública, dos quais não são possíveis de serem compatibilizados, pelo menos não no modelo presente, ao Poder Judiciário.

Algumas respostas vêm sendo dadas quando da análise mais debruçada sobre os Tribunais Constitucionais, a partir do modelo austríaco de 1920 e pela matriz norte-americana do *judicial review of legislation*, que representa a supremacia dos direitos do homem sobre os direitos da maioria. O direito deve estar a serviço da humanidade e não o inverso.

Neste trabalho aborda-se alguns dos temas ligados à Judicialização da Política e do ativismo judicial, buscando focar os limites e necessária conformação semântica, e, também da interpretação das decisões judiciais que são afetas a esta nova realidade, alcançando ainda a tese de um necessário redesenho da repartição de competências entre os poderes/funções do Estado, analisando a melhor forma de garantia da ordem social e consequentemente o escopo fim do Estado a ser conquistado pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sem, contudo, deixar de lado a segurança jurídica dos direitos já conquistados.

No primeiro capítulo lança-se as bases falando um pouco da jurisdição tradicional, características e princípios reguladores e da sua novel realidade a partir da Judicialização, e da figura do ativismo judicial, dentro dessa realidade de Estado que vem se formando desde o primeiro pós-guerra. Em um segundo momento, abarca-se o tema da chamada Nova Separação de Poderes² e, em que medida se faz necessária a reformulação da estrutura do Estado para dar consecução a essa nova realidade de Judicialização e ativismo judicial e sua

² Cf. ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Aqui utilizamos a expressão utilizada pela autora, a qual remetemos o leitor para sua completa análise.

relação com os Poderes Legislativo e Executivo, pelo menos este tem sido o discurso que vigora.

Em seguida foca-se de que forma essa nova realidade vem sendo desenhada no Brasil, mas precisamente no Supremo Tribunal Federal e vem se espalhando pelos demais Tribunais e Juízos inferiores, com adoção de mecanismos novos que possibilitariam a legitimidade exercida pelo STF no controle das decisões de ordem política, tais como a implementação da súmula vinculante e a existência do *amicus curiae* para resolução de casos complexos, este último assume nitidamente uma forma de democratização (legitimação) dos julgados.

Analisa-se de que forma poderia se compatibilizar, se é que se pode coadunar democracia e governo da maioria com respeito de minorias, aplicação de direitos fundamentais com essa nova realidade de Judicialização e ativismo judicial, principalmente no que tange à área da saúde e políticas públicas, sob o discurso de quebra de funções e desrespeito entre os poderes constituídos, tentando estabelecer limites razoáveis de funcionamento, buscando filtros para melhor atuação das finalidades do Estado. Razão porque analisaremos o fato do ato de interpretação da norma ser tão importante mecanismo para utilização, crescimento e contenção do ativismo e da judicialização.

Detem-se ainda, na análise do uso da interpretação como meio para melhor utilização da técnica do Ativismo judicial e da judicialização, focando na utilização das técnicas de argumentação jurídica criadas a partir de Viehweg e que poderiam servir à solução do preenchimento das lacunas do direito, quando da ausência de respostas aos casos que necessitam de resposta, como também o fato de que os fenômenos estudados são necessários e úteis para solução dos chamados *hard cases*, apontando ainda as dificuldades e críticas a sua utilização.

Estuda-se se não seria o caso de afirmarmos que a Judicialização da Política seja decorrente do modelo de Constituição que adotamos, analítica e detalhista, focando o fato de que um dos maiores propulsores da ocorrência do gigantismo do Poder Judiciário, sobretudo sobre a seara de decisões políticas, certamente está ligado ao fato da existência de uma Constituição e da ideia estabelecida de Supremacia normativa. Ao mesmo tempo assume-se o compromisso de analisar, ainda que brevemente, o ativismo judicial como sinônimo de uma atitude que permeia o meio jurídico, tentando explicar se de fato essa atitude se confunde ou não com a descoberta do compromisso constitucional do Judiciário, enquanto integrante do

poder estatal, de conferir efetividades às ações estatais. Ao final tentaremos estabelecer uma certa discriminação dos dois conceitos, focando na assertiva de sua suposta diferenciação, ou se não seriam ações combinadas ou consequente um do outro.

Propõe-se ainda, a análise dos fatores que supostamente determinaram ou não o crescimento da atuação judicial, tais como os direitos fundamentais e sua importância no contexto de constitucionalização do direito e da vida, ao passo que analisaremos ainda os anseios dos eixos procedimentalista e substancialista como meios de formação e manutenção da legitimidade da atuação judicial nos âmbitos de decisões políticas, explicando a importância (se há importância) desta atuação para preservação da vontade democrática.

Não é demais esclarecer que o trabalho não tem pretensões de abarcar todos os ângulos do fenômeno da Judicialização e do ativismo judicial, nem ainda fornecer todas as respostas requeridas e que perpassam até mesmo o produto da presente obra, mas não deixaremos de com isto trazer lume a algumas questões que certamente ampliarão a visão destes fenômenos.

Como toda pesquisa necessita de uma metodologia (explicação exata do método científico utilizado para fazer a pesquisa do trabalho escolhido), esta pesquisa utiliza-se do método descritivo³, pois visa descrever, fatos/teorias apresentadas acerca do Ativismo Judicial e da Judicialização, com intuito de confecção de um sentido e compreensão destes fenômenos dentro do panorama atual. A técnica utilizada é a bibliográfica, com citações de alguma jurisprudência, a fim de levantar-se inicialmente um melhor entendimento do gigantismo que afeta o Poder Judiciário, quais as causas que levaram a esse alargamento de competências e como compatibilizar Juiz proativo, interpretação criativa do Judiciário na aplicação das leis, democracia e segurança jurídica, celeridade e efetividade processual, com controle de Poder.

O trabalho se presta a análise dos fenômenos para concluir que talvez a atividade proativa do Poder Judiciário seja um caminho sem volta que passa a redesenhar o panorama de aplicação das leis e divisão de funções/poderes, senão ao menos para conferir uma maior flexibilização dos conceitos de poderes típicos e atípicos outrora estabelecidos.

³ Cf. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 46. “A função final da atividade científica é se obter a verdade, através da comprovação de hipóteses, observando a realidade e a teoria, que explica então a realidade”.

1 ESTADO E JURISDIÇÃO

Não poderíamos falar sobre Judicialização e ativismo judicial sem antes nos determos sobre o fenômeno da jurisdição enquanto monopólio do Estado, haja vista o fato de que, para que possamos compreender os delineamentos que a presente obra pretende abarcar; é mister a visualização ainda que sumária desse tema.

A repartição dos poderes estatais surgiu da evolução jurídica, política e social das teorias de Montesquieu, baseado nas ideias de Locke sobre a necessidade de divisão dos poderes que compõem o Estado, como forma de coibir os abusos dos soberanos absolutistas da época.

Quando da Revolução Francesa, a partir de uma conjuntura de exacerbação do uso do poder político pelos monarcas, num ambiente de absolutismo e despotismo exacerbados, emergem os anseios da burguesia, cansados de manter os benefícios do clero e nobreza e as altas taxas que serviam à manutenção do *status quo*. Os burgueses, então, ávidos por garantias de seus próprios interesses, causaram a quebra daquela ordem social dominante, a fim de estabelecer uma outra que servisse aos seus próprios anseios.

A separação dos poderes do Estado entre Legislativo, Executivo e Judiciário surge então como uma contenção interna do poder pelo próprio poder. Neste sentido, o surgimento da Constituição de forma escrita teve suma importância para o estabelecimento de uma nova ordem social. Ordem esta que primava pela garantia dos direitos e interesses do povo francês em detrimento das prerrogativas abusivas da nobreza e do clero.

Todavia, é mesmo risível a ideia que se propaga de que a “revolução” tenha visado de fato à garantia dos direitos individuais de todos os franceses, posto que, escondia-se nas entrelinhas uma disputa de poder entre burgueses e nobres, aqueles últimos tentando garantir espaço nesta nova sociedade⁴.

⁴ O discurso que regeu a implantação da Revolução Francesa tinha como pano de fundo a pretensa proteção dos direitos de todos os franceses, a liberdade, igualdade e fraternidade que se buscava tinha como escopo argumentativo a guarda desses direitos do povo francês, todavia é sabido que esse foi apenas o discurso legitimador da Revolução que na verdade pretendia mudar apenas a ordem dominante retirando os nobres e clero e impondo os valores da burguesia que se desenvolveu e que não encontrava espaço na política francesa.

A partir de então as monarquias absolutistas entram em colapso, imprimindo a ideia de uma submissão necessária do Estado a uma norma positiva legislada (Constituição⁵), que racionalmente elaborada deveria direcionar toda a sua atuação. A esse discurso associou-se a proteção das liberdades individuais, vislumbrando-se claramente os traços iniciais de cunho eminentemente liberal, que veio a surgir dentro deste contexto.

De toda sorte a jurisdição passa a compor uma das vertentes do poder Estatal e desta feita com exclusividade; passando o Estado a compor todos os litígios, dentro de um processo judicial, que seria o local de se dizer o direito no caso concreto. Incumbiu-se ao magistrado a função de técnico do direito legislado e, a partir da lei este deveria extrair sua vontade, sem, contudo, interpretá-la, numa operação basicamente silogística aplicando aos casos trazidos a julgamento o entendimento legal. Era o chamado juiz “boca da lei”, posto que a este apenas fosse dado o reproduzir a vontade da norma.

A razoabilidade dessa característica se imprimia a necessidade de imparcialidade dos magistrados, haja vista que, o distanciamento do juiz do caso concreto, que só pode agir por provocação das partes em litígio, e a necessidade de que as decisões judiciais fossem de toda forma livres de qualquer conotação política ou ingerência da vontade do magistrado garantiam o efeito de justiça e conseqüentemente legitimava a decisão proferida.

Uma das razões para o radicalismo deste tipo de atitude se explica pelo fato de que na história recente os magistrados usavam e abusavam do poder que detinham, muitas vezes utilizando-se de arbítrio em suas decisões em franco desfavor das normas postas, sobrepondo a opinião pessoal para favorecer apadrinhados e interesses diversos.

Acrescentado a tudo isso, o fortalecimento da jurisdição dava mais peso à soberania do Estado, posto que aquela seja reflexo desta, uma vez que através da jurisdição o Estado mostra a força de suas leis. Por meio da jurisdição; o Estado substitui a vontade das partes nos litígios e busca a atuação da vontade da norma, como sendo resultado desta substituição de vontades. Cabendo ao Estado a pacificação dos conflitos, utilizando-se da coercitividade para consegui-lo. O professor Walber Agra leciona que “o Estado tem obrigação de compor os conflitos, situação comprometedora da paz social, configurando-se como função

⁵ Cf. FERREIRA, Pinto. Prefácio. In: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes a constituição**: Um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. O professor Pinto Ferreira esclarece que a Constituição é “uma técnica de defesa das liberdades, uma força de contenção contra o poder e o arbítrio”, embora os burgueses a tenham utilizado propositadamente para arbitrariamente tomar o poder antes estabelecido pelo absolutismo.

imprescindível, ligada à própria razão de sua existência”⁶.

Acatando-se a ideia de que a jurisdição é algo imprescindível para a formação e fortalecimento do Estado de Direito, posto que, de nada adiantaria a formatação de leis, se não houvesse o respeito às leis positivadas. Portanto, é verdadeiramente necessária a efetividade das normas produzidas, posto que, representem a própria força do Estado, por compor suas diretrizes e identidade, sem contar com o fato de que a sua aplicação satisfaz direitos, demonstrando verdadeiro avanço social.

Assim é que, para a concretização dos direitos, faz-se necessário o procedimento da Jurisdição exercida pelo Poder Judiciário, e que faz parte das finalidades a serem alcançadas pelo Estado. Fred Didier Júnior define jurisdição como sendo:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível⁷.

Também preleciona Lourival Vilanova:

O Estado Moderno é quem deu início à concepção de um órgão prestador da atividade jurisdicional, tem por um de seus aspectos a luta por esse reconhecimento a todos igualmente distribuído de requerer a função jurisdicional do Estado, perante órgãos regulares e independentes, e por vias, normativamente traçadas⁸.

A esse respeito Barbosa Moreira também imprime citação:

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida⁹.

Nesse sentido a administração da justiça recebe verdadeiro divisor de águas, sendo dada a toda lesão de direito existente, correspondente meio eficaz para solução do conflito instaurado. O direito então se certifica como um sistema de leis e enunciados, contidos numa ordem maior. O denominado ordenamento jurídico, onde a função jurisdicional do Estado, responsável pela função cognoscente da Ciência do Direito (nesse caso encarada na sua perspectiva dogmática) toma do dado-de-fato (coisa do mundo, conduta, relação social) e

⁶ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 10.

⁷ DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009. p. 67.

⁸ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi IBET, 2003. v. 2. p. 467.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 21.

perspectiva dogmática) toma do dado-de-fato (coisa do mundo, conduta, relação social) e regressa logo ao sistema para verificar se o dado-de-fato foi previsto normativamente¹⁰.

A jurisdição como regra é exercida somente diante de casos concretos de conflitos de interesses, quando provocada pelos interessados, tendo algumas características que a tornam singular, tais como: a) Unidade - a jurisdição é una, não se subdividindo, razão porque há apenas divisão de competências entre os entes que a compõe; b) Imparcial - O Estado-juiz não tem interesse no resultado do desfecho do litígio, senão na sua solução somente, não importa quem vai ganhar ou perder a causa; Substitutiva - haja vista o fato de haver a prevalência da vontade do Estado-juiz substituindo a vontade das partes¹¹, que devem se submeter ao posicionamento do Poder Judiciante, uma vez decidido o conflito posto.

Atrelado a estas características citadas, encontramos ainda os Princípios que salvaguardam a jurisdição, os quais destacamos: o princípio da Inevitabilidade que declara que, uma vez acionada a jurisdição, as partes não podem se esquivar do exercício do poder estatal e da sua vontade, obrigando-se ao seu total cumprimento, uma vez decidido o conflito; o princípio da Indeclinabilidade, o qual prefigura que o Estado tem o dever (verdadeira obrigação) de solucionar os litígios postos a sua apreciação, sendo dever do órgão competente prestar a tutela jurisdicional, o que significa que nenhuma lesão ou ameaça a direito postos deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário; além do princípio da Investidura, o qual assevera que o Estado exercerá a jurisdição por seus órgãos constitucionalmente definidos e segundo a outorga constitucional.

Além destes, citamos ainda que o princípio da Indelegabilidade prega que os magistrados não podem delegar a sua função jurisdicional a terceiros, embora em alguns casos seja permitida a autotutela e a chamada jurisdição privada, por meio da Arbitragem, por exemplo, que, por não se tratar de assunto da nossa baila deixamos de falar por aqui; salientamos ainda a importância do princípio da Inércia judicial, o qual implica que o magistrado, via de regra, deve exercer a função jurisdicional por provocação dos interessados na sua prolação, não devendo agir de ofício, evitando com isto a sua suspeição pelo possível interesse no desfecho da causa posta. Não menos importante seria o princípio da Aderência o qual nos alerta para o fato de que a função jurisdicional está vinculada a uma prévia delimitação territorial definida em lei, são as regras de competência territorial. Aliada a esta,

¹⁰ Cf. VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi IBET, 2003. v. 2. p. 463.

¹¹ Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79-87.

encontramos a improrrogabilidade, posto que a jurisdição não pode ser exercida fora da delimitação territorial onde atua o juiz que deverá conhecer do conflito e, por último, mas não menos importante referimo-nos ao princípio da Unicidade, o qual induz à noção de Poder-dever do Estado de exercer a jurisdição de forma una e indivisível, sendo suas repartições de competência de caráter administrativo para um melhor desempenho desta função¹².

Para que haja efetividade no desempenho da jurisdição, com consequente concretude das normas e garantias dos direitos, concluindo pela realização completa do escopo estatal de efetivação de sua vontade soberana, é de fato necessário a aplicação de todas as características elencadas e atuação dos princípios acima delimitados, sem contudo excluir outros que venham a atuar nesse favor.

Ademais não podemos esquecer o fato de que a jurisdição é parte da competência atribuída ao Estado, e, consequentemente, também deve ser entendida como meio possibilitador, para realização das finalidades que competem ao Estado concretizar, o que de nenhum modo excluem aquelas afetas aos demais poderes/funções do Estado, quais sejam Legislativo e Executivo.

Todavia não podemos esquecer que o Estado é um, e apenas há divisão de competências e funções específicas por uma questão administrativa organizacional. Entretanto, nos próximos capítulos veremos que a repartição clássica de poderes, estabelecida em razão da Revolução Francesa, não mais atende aos anseios atuais de mundo e de governo estabelecidos, seja por razões de mudanças culturais, sociais e políticas, ou ainda por razões de defasagem dos próprios modelos outrora estabelecidos.

1.1 Constitucionalismo e democracia

O surgimento da Constituição, como já afirmamos, marca o início de uma nova era, o declínio da nobreza e clero e, com esta, a base teocrática do poder, para uma nova ordem de ascensão burguesa com fixação da vontade da lei em detrimento da vontade dos homens. A Constituição passa então a reger essa nova realidade, posto que fosse necessário que houvesse uma vontade que suplantasse a vontade dos soberanos absolutistas, onde a vontade dos homens não pudesse modificar a bel prazer a vontade estabelecida pela maioria, ainda que

¹² Cf. Para conceituação dos princípios que regem a Jurisdição pesquisamos as obras de: MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Teoria Geral do Processo e do Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2010. p. 42-58; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Gen Método, 2010. p. 3-14; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79-87.

indiretamente essa vontade consubstanciada na Constituição, como veremos adiante, seja de fato uma síntese de desejos próprios de uma parcela de pessoas que detêm o poderio econômico ou político¹³.

Certamente que a partir do estabelecimento da Constituição vemos o surgimento do Estado de Direito no sentido prussiano do século XVIII, como sendo característica da impessoalidade do poder, onde o cidadão não pode opor suas próprias razões, nem mesmo o soberano o pode. Perseguindo este Estado seus fins próprios por meio das normas estabelecidas, sendo de toda forma guiado e limitado pelo direito posto. Consequência disto é a noção de limitação de Governo com fins de garantir direitos, o que se faz precipuamente pela separação dos poderes.

A democracia, outro conceito que se coaduna majoritariamente a esta nova realidade de Estado chamado de Direito, representa a ideia de que a vontade da maioria seria de fato a melhor forma de governo. Assim, por meio de representantes legais democraticamente eleitos pelo povo (detentor último do Poder Estatal), estes teriam condições de estabelecer sua vontade e suas decisões políticas, inclusive na formatação das normas que regerão o dia a dia deste Estado desejado.

Todavia, a junção dos conceitos Democracia e Direito, dentro deste mesmo Estado que foi formado é de fato, síntese de um verdadeiro antagonismo¹⁴, ao passo que democracia enquanto vontade da maioria, significando prevalência desta, em contraponto ao chamado Estado de Direito que simboliza o domínio da lei, por meio da juridicização do poder, em favor do respeito e garantia aos direitos fundamentais estabelecidos, leva-nos ao seguinte axioma: poderia a maioria alterar e com isto prejudicar os direitos fundamentais, ainda que em detrimento dos minoritários? Ou em contrapartida o enrijecimento dos conceitos e regras de

¹³ Cf. SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47-48. Para melhor entendimento do assunto remetemos a leitura da obra o autor traça a melhor a compreensão de a que a lei de um modo geral serve aos donos do Poder, e que estes a condicionam e conformam as suas próprias necessidades, não havendo leis inocentes, posto que, toda e qualquer lei criada carrega consigo a ideologia ou intenções daqueles que a criaram.

¹⁴ Cf. STRECK, Lênio Luiz. Pós-facio: Diálogos (neo) constitucionais. In: DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2010. p. 218. “O Estado Democrático de Direito está assentado em dois pilares: a preservação da democracia e a proteção/realização dos direitos fundamentais-sociais. O Estado deixa de ser ‘inimigo’ dos direitos fundamentais para se tornar protetor e alavancador de uma sociedade justa e solidária, ultrapassando a dicotomia de índole liberal-individualista, que contrapunha ‘Estado e Sociedade’”. O autor aponta para o fato de que esta nova realidade ressalta a discussão existente sobre a liberdade do legislador e sobre a liberdade na formação da decisão judicial, no sentido de aferir-se se há obediência obrigatória do legislador à Constituição, e, da mesma forma, retira do Judiciário a decisão de *hard cases*, posto que, o “estatalismo garantista” denota que todo o direito contido na constituição aponta para o futuro, devendo limitar, também, o Poder Judiciário.

direito poderiam vir a impedir o exercício da vontade popular majoritária? Segundo Gustavo Binjenbojm¹⁵, seria papel do constitucionalismo harmonizar esses ideais até um chamado ponto de equilíbrio das instituições com o fito de desenvolvimento da sociedade política, sendo esta tarefa o sucesso de uma Constituição¹⁶.

O grande cerne da questão seria o de que, ao mesmo tempo em que sintetiza as diretrizes a serem seguidas pelo próprio Estado e seus súditos, a Constituição não pode ser um meio de supressão das vontades majoritárias, ao passo que também deve preservar valores mínimos já alcançados. O segredo então para se garantir tal desiderato estaria na equalização dos poderes constitucionalmente dispostos, como também na atuação da jurisdição como forma de garantir respeito às decisões alcançadas pela lei, devendo ainda as leis posteriores respeitar os limites formais e materiais estabelecidos na Constituição.

Resta-nos claro que isso só poderá ocorrer pela necessária posição de destaque da Constituição dentro do ordenamento jurídico, sendo como no modelo estabelecido por Kelsen a “*groundnorm*” (norma fundamental) e, portanto, devendo ser respeitada apesar das decisões da maioria.

Verdade seja dita que a otimização desta equação não é de todo fácil de ser alcançada. Aqui estamos a falar das normas inconstitucionais e das ingerências modificativas

¹⁵ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização, São Paulo: Renovar, 2001. Para melhor compreensão, nesta obra o autor aponta as tensões entre Democracia e Constitucionalismo, tentando explicar como conciliar governo da maioria com preservação de direitos, posto que a decisão da maioria nem sempre será a mais acertada, haja vista o fato de que nesta decisão possa carrear consigo supressão de direitos de uma minoria que se vê desprovida de direitos de participação ativa, ainda que momentâneo, e que por isso será certamente prejudicada por uma maioria com fundamentos errados.

¹⁶ Cf. DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy 2010. p. 80-81. Interessante destacarmos os comentários da professora Susanna Pozzolo, a qual tece comentários: “Constitucionalismo e democracia, entretanto, são ideais que podem, entre eles, colidir: o constitucionalismo liberal visa defender uma ampla área de relações individuais das decisões da maioria, enquanto que a democracia atribui à maioria as decisões fundamentais, ampliando a esfera individual regulada pelo direito. As constituições extensas e densas do pós-guerra, conjuntamente com a afirmação do processo democrático, mudaram, porém, de qualquer forma, os termos desse eventual conflito. [...] essas Constituições ampliaram a esfera das escolhas individuais protegidas pelo texto constitucional. Isso, aparentemente de modo paradoxal, causou uma redução da liberdade liberal, ou seja, do espaço livre do direito, e, portanto, uma contradição do liberalismo, que tradicionalmente visa à redução das esferas da vida reguladas pelo direito, já que a liberdade é entendida como ausência de qualquer constrição. Por outro lado a positivação de um amplo número de direitos, ampliando a área protegida das decisões da maioria, determinou uma notável intervenção normativa, sobretudo, legislativa, para conferir a esses, efetividade e regularidade, definindo modos e as formas pelas quais esses direitos podem ter efeitos concretos na vida social. [...] a tradução jurídica da ideia de proteção dos direitos fundamentais não podia ser desvinculada da ideia de rigidez constitucional, determinando a sua superioridade em relação à lei e tornando indisponível ou difícil da intervenção do legislador ordinário sobre os direitos. Com isso, o constitucionalismo veicula um sistema de valores protegidos da maioria e, ao contrário do ideal procedimental da democracia, baseado sobre o valor da antinomia individual, reconhece um maior valor intrínseco ao sistema de proteção, maior do que aquele reconhecido à antinomia individual”.

da Carta de 1988 brasileira, posto que algumas destas modificações possam vir, de fato, servir para modificar o sentido próprio do texto originário estabelecido pelo Poder Constituinte¹⁷.

Ademais precisamos estabelecer que nem sempre a maioria da população, embora democraticamente seja a detentora do poder de modificações, por razões matematicamente óbvias, terá de fato, na prática, a decisão mais acertada, isto porque pode haver uma maioria que apoie ideias supressoras de direitos, todavia nem por isso essa norma estabelecida deva ser respeitada em seu *totum*, haja vista a sua aparente castração de direitos.

A legitimidade democrática certamente é um dos grandes calos do Ativismo e da Judicialização, posto que na atividade judicial não haja mecanismos democráticos suficientes para legitimar os órgãos judiciais que efetuam as suas atividades.

Certo é que uma grande crítica que se faz a esse fenômeno é a de que o Poder Judiciário quando age ativamente, o faz de forma a ferir o princípio democrático estabelecido, posto que, ao decretar a inconstitucionalidade ou afastamento da aplicabilidade da norma no caso concreto por motivos inconstitucionais, por exemplo, o faz ferindo a democracia, uma vez que a lei que afasta foi votada por uma maioria detentora de representatividade popular, e que por isso supostamente encontra-se acobertada pela vontade popular, por meio de mecanismos regulares de aferição da legitimidade dessa representatividade, qual seja as eleições periódicas por meio do voto.

Todavia não é demais lembrar que o brocardo popular “*a voz do povo é a voz de Deus*” nem sempre será verdadeiro, senão o que dizer da eleição de Fernando Collor de Mello? E no tocante aos escândalos recentes de corrupção no Governo do Distrito Federal? Para não falar do mensalão e outros escândalos que abalam e abalaram os demais poderes que gozam de “legitimidade popular”.

Autores há que defendam a total exclusão do Poder Judiciário dessa esfera política de decisões, posto a sua falta de representatividade popular direta, tal qual acontece nos demais poderes, e defendem esse fato justamente opondo a sua intromissão, haja vista que o Judiciário nesse sentido realiza verdadeira tarefa contra majoritária, posto que, ao agir de

¹⁷ Cf. AGRA, Walber de Moura. **Fraudes a constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. Remetemos a leitura onde o autor aponta para o fato de as Emendas a Constituição terem, muitas vezes, servido exatamente para fraudar a vontade originária do Poder Constituinte, sendo verdadeira fraude ao Poder de Reformar estabelecido, posto que fogem ao seus limites expressos e implícitos constitucionalmente estabelecidos.

forma aduzida, sempre estaria indo de encontro aos anseios e propósitos da maioria representada e devidamente estabelecidos.

Não obstante haja um confronto direto entre princípio majoritário e garantia de direitos fundamentais, isto se lavarmos em consideração a seguinte situação: a vontade da maioria em contraposição a garantia de direitos, deveria prevalecer? Ou do contrário essa maioria não poderia suplantar direitos, ainda que em desfavor de uma minoria? Defende-se uma maior participação do Poder Judiciário no cenário político de decisões, de forma a garantir a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos, que por toda e qualquer forma devem ser preservados e garantidos pelo Estado.

Pergunta-se haveria limites para essa intromissão do Poder Judiciário na esfera política dos demais poderes? Se sim, quais seriam então esses limites? Se não, como coadunar então, e na verdade legitimar essas decisões com base em mecanismos democráticos? Visto que os Poderes Executivo e Legislativo, em suas funções, estão legitimados por uma vontade democrática de uma maioria de eleitores que os puseram a decidir de forma política tais situações.

Não podemos deixar de mencionar o fato de que a legitimação conferida ao Executivo e ao Legislativo por meio do voto popular, principalmente a este segundo, passa por graves questionamentos de legitimidade devido às falhas e dificuldades práticas encontradas no exercício destas funções do Poder. A princípio, poderíamos falar de uma crise representativa, haja vista que, em se tratando de eleições para deputados federais, deputados estaduais e vereadores, no Brasil vigora o sistema eleitoral proporcional¹⁸, que contabiliza a distribuição da composição dos assentos nas casas legislativas, com base no total de votos da legenda, o que sempre causa uma certa desconfiança, haja vista exemplo recente nas eleições passadas os votos obtidos individualmente pelo palhaço Tiririca deram possibilidade de que outros componentes de sua legenda partidária conseguissem vagas na Câmara de Deputados, o que deixa muito a desejar, posto que não podemos falar em representatividade neste caso, uma vez que os eleitores, no ato de votação não contavam com a possibilidade (muitos sequer tinham conhecimento), de que seus votos estariam elegendo pessoas diferentes daquelas em que verdadeiramente votaram.

¹⁸ Cf. NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Gen Método, 2010. p. 514-515.

Ademais, há de se dizer que a representatividade parlamentar federal de Estados menores, tais como Piauí, Pernambuco, Paraíba, por exemplo, sempre será maior em termos quantitativos, do que os Estados maiores e mais populosos, tais como São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, haja vista os limites máximos e mínimos estabelecidos para a quantidade de deputados por Estado da federação. Assim é que proporcionalmente falando um deputado de Alagoas teria maior representatividade do que um deputado eleito por São Paulo.

Outras razões de ser são a própria crise de identidade político-partidária, os numerosos partidos, a falta de consciência do eleitorado na hora de escolher seus representantes, enfim, várias são as facetas desta crise representativa que também afetam, como já o dissemos, principalmente e de forma mais contundente, o Poder Legislativo¹⁹.

De outra sorte, não podemos deixar de comentar o fato de que há certa legitimação do Poder Judiciário, posto que constitucionalmente estabelecida, que mesmo não sendo tão aparente como aquela que rege os Poderes Executivo e Legislativo, por meio do voto, estabelece uma legitimação do Poder Judiciário que se dá pela própria lei, quando estabelece critérios meritórios para ingresso na magistratura, ou ainda em se tratando de Tribunais e Tribunais Superiores, a própria Constituição estabelece critérios de composição destes órgãos, pela participação direta dos Chefes dos Poderes Executivo Estadual e Federal, além do Senado Federal, o que, ainda que indiretamente, daria suporte jurídico, pelo menos aos defensores do Ativismo e da Judicialização, para legitimação do Judiciário quando vier imiscuir-se em assuntos de natureza política.

Certamente que razão lhes assiste, ainda que não possamos aferir um grau ótimo de legitimação neste sentido, pelo menos não em comparação com os Poderes evidentemente

¹⁹ Embora a crise representativa certamente tenha sido também um dos fatores que levaram ao crescimento do Poder Judiciário, principalmente pelo fato de que ao executar uma atividade sempre, direta ou indiretamente, convalidada pela população através do sufrágio os Poderes Executivo e Legislativo, tem se mostrado inoperantes na prática, muitas vezes fugindo de temas assim chamados não populares, tais como: legalização do aborto, união civil de pessoas do mesmo sexo, construção e reaparelhamento dos sistemas prisionais, entre outros, que ao final, por exigirem uma decisão concreta por parte do Estado e pelo intrincado de situações que levam à divergência de opiniões que envolvem os temas, perda de popularidade e conseqüente desagrado popular, tornam esses temas, geralmente de natureza eminentemente política, desagradáveis ao seu tratamento pelo Executivo e Legislativo. Exemplo recentíssimo desse fato são as eleições desse ano de 2010 em que a candidata à Presidência da República brasileira pelo Partido dos Trabalhadores, após campanha negativa de seus opositores sobre sua opinião sobre a descriminalização do aborto, teve que se retratar publicamente, mudando seu discurso, dizendo que era contrária à liberação do aborto, haja vista o grande desagrado popular e perdas de votos que fora sentido em sua campanha, pela parcela evangélica e católica. Assim é que esses temas omitidos pelos órgãos e poderes de natureza eminentemente política chegam à mesa de decisões do Judiciário, que diferentemente não possui, pelo menos não diretamente, haja vista não ter o juiz um cargo eletivo transitório, problemas no desagrado direto ou indireto da população. Neste diapasão, há um sentido positivo na posição ocupada pelos magistrados que ficam mais livres nas suas decisões, posto que, como já o dissemos, não dependem do agrado das massas para continuarem no exercício de suas funções.

Políticos (Executivo e Legislativo), posto que o voto representaria diretamente a vontade da população em relação a aprovação dos componentes desses poderes. Ainda assim não podemos deixar de entrever que a lei estabeleceu e antes dela a Carta Política preferiu estabelecer ao ingresso no Poder Judiciário essa forma de investidura. A bem da verdade interessantes são as opiniões de autores tais como José Nalini que defendem uma espécie de mandato para os componentes dos órgãos superiores que compõem a magistratura nacional.

Não há razão então para desqualificação do Poder Judiciário no que tange à suposta falta de legitimidade no tocante às decisões políticas, por não ser um poder votado diretamente pelo povo, como dissemos, não podemos esquecer a participação ainda que indireta do povo na escolha da cúpula da justiça, posto que são os representantes eleitos pelo povo, e que compõem, o Executivo e o Legislativo, que ajudam a escolher os membros dos Tribunais.

Certamente, em capítulos seguintes, voltaremos a esse tema, e com isto levantaremos assuntos correlatos, a respeito da omissão clara dos poderes Executivo e Legislativo no que tange às decisões que levantamos e que com isso chegam as mesas dos juízes dia a dia para serem decididas, não podendo ficar sem resposta, afinal o princípio do *non linquet* estabelece que o Judiciário não pode se escusar de decidir, uma vez que seja provocado.

Verdade seja dita que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se e com isto afrontar os demais poderes estabelecidos, todavia não pode também calar-se frente a omissões que causam prejuízos a direitos estabelecidos, ou ainda silenciar diante de afrontas às conquistas alcançadas pelas gerações anteriores, ainda que sejam tomadas, a princípio, por uma suposta maioria representada. Ainda mais porque o modelo de Constituição que adotamos estabelece garantia de direitos, que devem ser respeitados e assegurados, haja vista a visão minimalista e, em certa escala, intervencionista estabelecida na Carta Política de 1988.

Não podemos esquecer o fato de que o constitucionalismo existente hoje não mais se coaduna com aquele modelo estabelecido na modernidade, de cunho eminentemente liberal, sobretudo pela atuação dos americanos, haja vista a doutrina de Giselle Cittadino, Luís Werneck Vianna e Marcelo Burgos, a quem citamos como exemplo, posto que, ao contrário do modelo então estabelecido, o novo constitucionalismo, também chamado de cunho democrático, descontinua o modelo anterior, marcado pela defesa do individualismo racional, com marcante garantia limitada dos direitos civis e políticos e clara separação dos poderes, o qual, como já dissemos, é confrontado pelo modelo atual de constitucionalismo democrático,

com prioridade dos valores da dignidade humana e da solidariedade social, além da marcante amplitude da proteção dos direitos, inclusive com a redefinição das relações entre os poderes do Estado.

Consequentemente, esse novo modelo de atuação de constitucionalismo abre um novo espaço público de atuação do Judiciário, com a respectiva participação de outros agentes, públicos ou não²⁰, tais como promotores de justiça, defensores públicos, advogados, intérpretes doutrinários da legislação, além da própria comunidade, os quais, em conjunto, compartilhariam os valores estabelecidos nas leis, segundo procedimentos determinados, por meio da interpretação cada vez mais aberta, visando com isto a sua efetivação.

²⁰ Cf. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: Duas análises. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**. São Paulo, nº 57, 2002. Em interessante trabalho de resenha Débora Maciel e Andrei Koerner analisam o que chamam de judicialização da função do Ministério Público, apontando que o aumento de poderes e atribuições outorgados pós Carta de 1988 atribuíram ao Ministério Público, assim como ao Judiciário, um gigantismo: “as mudanças institucionais do Ministério Público, iniciadas na transição democrática, foram determinadas endogenamente pelas lideranças da instituição. Estas perseguiram intencional e sistematicamente a ampliação dos seus poderes, o que levou a instituição ‘a construir sua nova identidade institucional, conquistando independência e aproximando-se pretensiosamente da figura de quarto poder da República’ (p. 22). Das reformas legislativas, continuamente propostas e/ou apoiadas por *lobbies* eficientes dos integrantes da instituição junto aos poderes Executivo e Legislativo, resultaram a conformação constitucional das novas atribuições e poderes. Para demonstrar esta trajetória, Arantes sistematiza as mudanças legislativas das atribuições do Ministério na esfera cível, em curso a partir da década de 1970, argumentando que a instituição foi capaz de estabelecer uma linha de continuidade da sua legitimidade tradicional na proteção de incapazes e direitos individuais indisponíveis à sua legitimação na proteção dos direitos coletivos e difusos. O Código de Processo Civil de 1973 teria propiciado essa passagem ao atribuir ao Ministério Público à condição de órgão interveniente em causas em que houvesse interesse público, evidenciado ‘pela natureza da lide ou qualidade da parte’ (art. 82 do CPC/1973). Nessa oportunidade, lideranças institucionais ampliaram o conteúdo doutrinário do conceito de interesse público, abrindo caminho para a transformação da instituição de agente do interesse estatal em representante dos interesses sociais. Mudanças legislativas ulteriores, como as Leis Orgânicas Federal, em 1981, e Estadual, em 1982, compatibilizaram essa reinterpretação com princípios de independência institucional e autonomia funcional. O voluntarismo político, orientação ideológica dos membros do Ministério Público brasileiro na busca da afirmação do papel politizado da instituição, seria constituído pela visão de uma sociedade civil incapaz de defender seus interesses e de instituições políticas insatisfatórias no cumprimento do seu papel representativo. Central para tal interpretação é a alegada concepção de promotores e procuradores de que a sociedade brasileira seria ‘hipossuficiente’, identificada pelo *survey* realizado com membros do Ministério Público, em estudo IDESP de 1994. Neste, 84% dos entrevistados concordaram total ou parcialmente com a afirmação de que ‘a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que por isso as instituições da justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la’. A mesma proporção atribuiu ao MP o papel de promotor da conscientização e de responsabilização da sociedade brasileira com vistas ao alargamento do acesso à Justiça das demandas sociais, em especial as de natureza coletiva. Esses resultados seriam indicadores de uma visão tutelar da sociedade brasileira, na qual o desenvolvimento da cidadania dar-se-ia não pela via de instituições representativas, mas por meio de um poder externo, preferencialmente a-político (p. 16; 129-130). Arantes traça, pois, o paralelo entre o universo dos valores ideológicos do MP e as concepções elitistas de organização da sociedade pelo alto e, em particular, o “autoritarismo instrumental de Oliveira Vianna” (p. 119-120).

1.2 O *judicial review* americano e os tribunais constitucionais europeus - dois prismas de uma mesma realidade - controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade americano é um dos grandes contributos do constitucionalismo da América do Norte, ao lado, é claro, da forma federativa de Estado. O *judicial review of legislation*, na prática, representou a superação do modelo inglês de supremacia do Parlamento, estabelecido na Revolução Gloriosa, posto que os americanos firmaram a concepção de que ao Poder Judiciário cabe a guarda da Constituição, ainda que na prática isto redunde na invalidação de atos do Poder Legislativo contrários aos que se encontram estabelecidos na Constituição.

Embora o texto da Constituição americana não contemplasse o controle judicial da constitucionalidade, por meio de brilhante construção jurisprudencial no célebre caso *Marbury V. Madison*, John Marshall, em 1803, inovou ao estabelecer que a Constituição estivesse acima de qualquer outra vontade estabelecida, replicando que esta deveria ser obedecida em detrimento de outras vontades.

Os americanos conseguiram que tal controle seja efetuado por todo magistrado de forma difusa, com consequente decisão vinculante da Suprema Corte. Em razão de terem se tornado uma superpotência mundial, os americanos conseguiram a façanha de terem suas ideias acerca do controle de constitucionalidade de forma difusa, facilmente disseminadas em outros países.

A esse respeito, Ernani Carvalho corrobora que foram de grande contributo para o desenvolvimento desta realidade as ideias dos federalistas americanos.

As teses federalistas ganharam peso e extensão. Aqui, nossa preocupação preliminar é contextualizar a discussão sobre o surgimento do Tribunal Constitucional, órgão político que ao lado do Senado e do aumento do poder de veto do poder Executivo norte-americano constituíram-se nos mais eficientes mecanismos institucionais de freios e contra-pesos ao poder da maioria²¹.

Contudo, o período entre guerras nos pôs outra realidade de controle de constitucionalidade que se estabelece, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, confiado a um órgão jurisdicional independente (Tribunal Constitucional), que se origina com a Constituição austríaca de 1920, a partir das ideias de Hans Kelsen. Neste modelo de controle não mais os juízes de modo singular decidem sobre a constitucionalidade ou não das normas e atos dos demais poderes, cabendo a um órgão,

²¹ CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, nº 28, p. 161-179, jun. 2007. p. 164.

especificadamente, esse papel de mapear a constitucionalidade do ordenamento e atos de poder, chamado Tribunal Constitucional, e que obviamente, para que não haja violação ou superposição da igualdade formal entre os poderes constitucionalmente estabelecidos (Executivo, Legislativo e Judiciário) este não se encontra ligado diretamente ao Poder Judiciário, sendo desvinculado e independente nas suas atividades.

Certamente que os modelos, seja o americano ou o europeu, só se tornam de fato realizáveis e possíveis, a partir da ideia de uma supremacia formal da Constituição, do contrário não seria possível a verificação fiscalizadora de um órgão das normas incompatíveis para decretação da sua invalidade.

Então, torna-se mister estabelecer-se que, a partir da jurisdição, do estabelecimento de constituições formais, escritas e rígidas, há possibilidade de um controle de validade das normas, com base no que se encontra formalmente estabelecido na Constituição. Este seria o alicerce que precisamos para traçar o rumo que tomou e vem tomando a Judicialização e o ativismo judicial.

Culturalmente, os americanos estabeleceram a jurisprudência como forma de construção do Direito e por isso essa seria a fonte de sua inspiração precípua. Certamente que uma das grandes dificuldades de entendermos o ativismo judicial e a judicialização como sendo atividades não ofensivas aos parâmetros democráticos seria o fato de culturalmente estarmos ligados a uma matriz de construção do Direito que parte da “lei positivada” como sendo a sua fonte primária de construção.

Obviamente que causa arrepios aos mais tradicionais, e também àqueles que não o são tão tradicionais, o fato de um juiz, sozinho, poder afastar aplicabilidade, no caso concreto, de uma norma que fora aprovada por uma maioria de deputados legitimados por milhares ou milhões de votos conferidos periodicamente em eleições diretas, os quais possuíram, em detrimento daqueles, a referida legitimidade requerida.

Compartilha da mesma opinião o professor Marcelo Labanca, explicando:

Contra o *déficit* de legitimidade democrática, pede-se uma participação popular no exercício da jurisdição constitucional, uma vez que nesse tipo de controle a participação de outros torna-se ainda mais tímida, centrando-se o grande esforço cognoscitivo do feito em apenas 11 ministros (do Supremo Tribunal Federal) que acabam tendo mais poder, no âmbito federal, do que 513 deputados federais e 81 senadores²².

²² ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação**. O princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 138-139.

Todavia, não podemos negar a importância de decisões judiciais, também neste sentido, posto que a maioria, por ser quantitativamente maior, não pode e não deve oprimir as minorias a pretexto de imposição de suas vontades, sejam essas minorias matemáticas ou qualitativas, e aqui defendemos a ideia de que no Brasil vigora uma espécie de maioria inversa, onde temos uma maioria de pessoas pobres, marginalizadas, que são de fato controladas por uma minoria qualificada que, na prática, alcança e impõe sua vontade a esta maioria desqualificada, posto a sua influência direta ou indireta, através do uso da imprensa, da manipulação das informações e do controle intelectual, sobretudo do controle por meio do poder econômico, no entanto, pela complexidade do tema, deixamos de aprofundá-lo neste trabalho²³.

A verdade é que não existe lei inocente: toda e qualquer norma carrega consigo a marca, ou melhor, os intentos, ainda que implícitos, daquele que a edita. Não podemos esquecer que o direito é uma espécie de arma de dominação, posto que sirva para a convalidação legal e, portanto, legítima da dominação estabelecida, ainda que a princípio haja força física, posteriormente, esta só se convalidará no tempo pela instituição de dominação por meio de leis estabelecidas, supostamente desinteressadas e, portanto, impessoais.

Carlos Augusto Silva bem aponta a realidade de que a lei serve aos seus idealizadores, carregando seus ideais e valores reinantes, e explicita bem essa situação ao descrever a evolução histórica das leis processuais quando da sua composição em cada tipo de Estado e épocas próprias, erguendo ou derrubando valores sociais, sendo a lei supressora de direitos quando apoiada por um Estado totalitário, ou ainda garantista, quando observamos o *Welfare State*. Aponta ainda que tal qual sejam diferentes os modos de organização do Estado, de forma correspondente será a apresentação de vários modelos de conformação do aparelho Judiciário por meio de normas processuais²⁴.

O que não podemos deixar de apontar é a importância que o Judiciário ganhou na construção da sociedade e do próprio direito americano do norte. Ao ponto de autores como Dworkin sinalizarem que a magistratura é umas das mais importantes e respeitadas estruturas que compõem o Estado americano. Hanah Arendt explica essa importância dos juízes americanos alegando que a crise que se abate sobre o ocidente passa pela perda dos fios

²³ Posteriormente voltaremos a falar sobre o tema, ainda que de forma pontual ao tratarmos do tema da judicialização e ativismo sobre o prisma dos seus limites e formas de controle, além da conexão entre os temas e a interpretação da lei.

²⁴ Cf. SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: Reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.7-11.

condutores que sustentavam a sociedade romana antiga e que passam pela perda dos *Standards* da religião, da tradição e da autoridade. A autora ressalta o fato de que as revoluções modernas foram uma espécie de tentativa de recompor a perda da tradição das fundações antigas, renovando o fio condutor que fora rompido, procurando estabelecer-se novos mecanismos políticos. Continua o seu raciocínio concluindo ainda que na Roma antiga, fazer política remetia ao fato de preservação da fundação do Império, e que indiretamente os juízes, na realidade americana, nada mais são do que os herdeiros dessa realidade perdida²⁵.

Não podemos de fato negar que os juízes americanos foram responsáveis pela construção da própria identidade americana, e que há uma consciência de direito impregnada no povo americano, haja vista a participação dos magistrados na construção das conquistas e garantias do dia a dia. O próprio resultado do caso *Madison versus Marbury*, é um franco exemplo, pondo a Constituição e os direitos que a esta se correlacionam diretamente como merecedores de proteção contra o arbítrio, inclusive, dos agentes políticos, em tese legitimados para possíveis mudanças na lei. Estabeleceu-se então que a Constituição deve, de fato, estar acima de arbítrios e ter com isto reconhecida a sua importância como norma fundante e por isso superior e digna de respeito na sua integridade seja pelas normas posteriores ou decisões administrativas tomadas, que devem estar em acordo com esta.

Não podemos deixar de analisar o seguinte fato: há uma certa incapacidade do juiz ordinário para exercer a justiça constitucional de forma efetiva, isto porque a magistratura geralmente é composta de magistrados de carreira, composta de pessoas sem a experiência que se requer para formulação de uma análise política que carrega o controle de leis elaboradas pelo parlamento. Considere-se que a maioria dos magistrados, tradicionalmente, está pouco acostumada com a atividade criativa que denota essa função de controle de Constitucionalidade, que é feito através da interpretação de normas constitucionais, opinião partilhada por autores como Cappelletti e Favoreau, posto que, por ser uma atividade não meramente subsuntiva, mas, sobretudo, hermenêutico-constitucional, caberia a juízes mais experientes e com franca atuação no controle e interpretação de normas constitucionais.

Daí entendermos também a opinião de Kelsen, no seu clássico confronto com Schmitt, acerca do controle da constitucionalidade das leis necessariamente ter de ser feito por um órgão à parte dos poderes constituídos e sem qualquer ligação com o Poder Judiciário, embora seja um Tribunal na sua concepção formal.

²⁵ Cf. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 185.

Após a exposição das diferenças entre os modelos norte-americano e europeu, evidenciamos a que a revisão abstrata da legislação, típica do modelo europeu, altera de forma significativa o entendimento do processo de expansão do poder judicial sobre questões políticas. Trazendo com isto a necessidade de se rever um modelo diferenciado deste controle, haja vista a dimensão que toma o Poder Judiciário, contribuindo para a judicialização da política²⁶.

Lembramos ainda que o próprio processo de modificação do Poder Judiciário não é recente²⁷, tendo se iniciado maciçamente ainda nas décadas de 60 e ganhado grande impulso na década de 70 pelo mundo, apenas vindo a manifestar-se no Brasil a partir do início da década de 90 com a criação de associações de juízes, que alimentaram a renovação do modelo tradicional de julgar, a qual mencionamos a **Associação de Juízes para a Democracia**, no ano de 1991, no Rio Grande do Sul, que pretendia o uso do chamado Direito Alternativo, no sentido de cada juiz produzir o seu “próprio direito” e “sua justiça”, ignorando até mesmo as leis postas para tanto. Ainda que não concordemos com a totalidade daquilo que fora pretendido, não podemos deixar de registrar os esforços para tirar o Judiciário de sua

²⁶ Cf. CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, nº 28: 161-179 jun. 2007. p. 174. “Antes de tudo, é preciso deixar claro que a revisão abstrata da legislação é apontada como a grande protagonista do processo de judicialização da política na Europa. A judicialização da política, de uma forma bem ampla e praticamente consensual, refere-se ao processo geral em que o discurso legal - normas de comportamento e linguagem - penetra e é absorvido pelo discurso político. Em uma perspectiva menos abstrata o consenso em torno do conceito de judicialização acaba. Por exemplo, do ponto de vista macro, a judicialização pode se entendida como a possibilidade de interferência judicial em reformas implementadas por governos eleitos. Este tipo de afirmação divide os estudiosos sobre o tema. Para alguns, a participação do Judiciário no *policymaking* (processo decisório) significa a remoção de responsabilidades das instituições representativas. Por outro lado, há quem defenda a interferência judicial baseado na capacidade dos tribunais de moderar as tendências radicais, encorajar a centralização do poder e pacificar a vida política em geral (STONE, 1995 *apud* CARVALHO, 2007. p. 206). Essa análise normativa sobre a funcionalidade do Judiciário é importante, mas ajuda pouco no esclarecimento do fenômeno da judicialização. Em uma análise mais focada, podemos afirmar que o processo político pode ser descrito como judicializado quando houver possibilidade de censura constitucional futura ou quando uma decisão baseada na jurisprudência altera os resultados legislativos. Essa definição é sensível em duas direções: a) impacto direto ou a faculdade do veto judicial e b) impacto indireto ou os resultados políticos podendo ser alterados por reações antecipadas dos atores políticos (STONE, 1995 *apud* CARVALHO, 2007. p. 207).

²⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 78. Importante sua opinião falando a respeito da Boa Revolução dos Juízes ocorrida na Europa: “Esse movimento renovador e democratizante teve início na França e na Itália na década de setenta, tendo seguidores ativos na magistratura europeia, como ocorreu na Espanha, e atingindo depois outros países, inclusive o Brasil. Uma boa fonte de conhecimento das raízes da ‘rebelião’ dos juízes franceses é o livro *Le ghetto judiciaire*, de Philippe Boulanger (Paris Ed. Grasset, 1978), onde há muitas informações sobre a situação da magistratura francesa e a reação iniciada através do *Syndicat de la Magistrature*. Muitos juízes se opuseram às propostas do Sindicato e isso acabou gerando a fundação de outro sindicato de magistrados, mas este fato, em si mesmo, é uma demonstração de que a semente frutificou e a situação do Judiciário começou a ser discutida. Quanto aos juízes italianos é fundamental o conhecimento dos motivos que inspiraram a criação do movimento denominado “Magistratura Democrática”. Para tanto é valioso o trabalho *Crise político-istituzionale e indipendenza della magistratura*, De Salvatore Senese, publicado pela revista *Questione Giustizia*, editada pela casa editora Franco Angeli, de Milão (ano I, n, 1982).

acomodação, enquanto poder aparentemente mais fraco e subordinado aos Poderes políticos (Executivo e Legislativo), e se colocar no seu papel de Poder Constitucional, a quem cabe efetivar justiça²⁸.

1.3 A perda das identidades (*standards* fixos) e a pós-modernidade como fatores indutivos ao ativismo judicial e à judicialização da política

Stuart Hall²⁹ sinaliza o fato de que a perda da identidade e dos ideais teóricos pelo indivíduo moderno aponta para uma nova realidade, qual seja a inexistência do sujeito que fora construído a partir do Iluminismo. Esclarece o autor que o indivíduo anteriormente centrado e estável que fora criado na modernidade, quando do advento da pós-modernidade, a despeito de serem as realidades, neste contexto teórico, cada vez mais mutantes, fizeram surgir novas necessidades e situações que apontam para uma tendência crescente de perda de identidades únicas, provocando a necessidade de mudanças no encontro de soluções e adaptações cada vez mais rápidas a essas novas realidades que lhe são impostas.

O sujeito pós-moderno é “inconstante” ou variável, ele precisa adaptar-se às novas formas de convivência. Os sujeitos possuem diferentes identidades, muitas vezes contraditórias entre si, e que precisam ser agrupadas pacificamente, não existindo com isto a figura lúdica da identidade unificada, posto que se tornasse fantasia.

A complexidade que acompanha a pós-modernidade aponta para a necessidade de se rever papéis antes fixos e invariáveis, em virtude de não mais satisfazerem a solução de problemas anteriormente postos como saciados. Surge, então, a necessidade de novos mecanismos, novos papéis sociais e isto certamente impulsiona o discurso pró ativismo judicial, posto que o Judiciário inerte de outrora, mero expectador da realidade social que o rodeia, atuante apenas quando instado por meio do processo judicial e limitado aos limites circunscritos da norma jurídica posta, distante do fato social e, portanto, das necessidades da sociedade, precisa ser adaptado. Ante o fato crescente de uma consciência de que a função

²⁸ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 78-79.

²⁹ Cf. HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. O autor relata que a pós-modernidade traz consigo a quebra dos paradigmas fixados como certos desde a modernidade, inclusive os *standards* teóricos e tidos como base científica. Certamente que com isto haverá quebras na identidade do indivíduo anteriormente constituído como estável, único. Haja vista a própria mutabilidade conceitual estabelecida. Não existem verdades absolutas, tudo está em construção ou reconstrução, sobretudo o novo indivíduo que será formado neste novo contexto.

jurisdicional exercida, também, é parte integrante do poder político do Estado sendo necessária a sua intersecção com os demais poderes de forma mais aparente e contundente.

Ingeborg Maus³⁰ aponta para o fato de que o sujeito pós moderno teria perdido a sua “paternidade”; não havendo mais os ícones de outrora, levando à necessidade de criação de novos ícones. Ela sustenta que o Judiciário teria tomado o papel anteriormente ocupado pelos reis, príncipes e governantes do passado, e que agora seria ocupado, na sua ótica, pelo Poder Judiciário, especificamente pela figura do juiz, que neste passo seria a representação daquele em quem os jurisdicionados poderiam receber seus anseios, de ver ser atendidas as suas necessidades. O juiz passa a simbolizar o acesso a uma vida social mais justa, assumindo a figura do pacificador (aquele que está para atender aos anseios de todos), uma vez que também é participante do Estado e como seu representante, não poderia fugir ao cumprimento de suas atribuições.

Nesta evolução de conceitos o processo judicial deixa de ser simplesmente palco para disputas de terceiros, como o era durante o Estado Liberal clássico, sendo mero palco de discussão de direitos controversos, que só interessava àqueles que contendiam dentro dele. Durante o período que se sucede em que o Estado passa a intervir cada vez mais na vida das pessoas, o processo e, conseqüentemente as normas que o balizam e regem passam a representar de fato meios de transmissão das ideias que porta este Estado, sendo também veículo de transmissão das ideologias abraçadas por estes.

Ora é certo que a mudança de um Estado mínimo para um Estado garantidor, sobretudo de direitos sociais, firma a necessária transformação do Poder Judiciário, e torna necessário o re-desenho da Teoria da repartição dos Poderes que o compõe, posto que tire do Judiciário a suposta neutralidade política, que lhe infligiam em contraposição à opinião traçada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, quando prelecionava a respeito do papel da política dentro da repartição dos poderes do Estado e da neutralidade política do Poder Judiciário.

Garantir [...] uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente aceita no Executivo e é fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito³¹.

³⁰ MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, nº 58, nov. de 2000.

³¹ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1989. p. 56.

O Poder Judiciário, como já afirmamos, por conta da complexidade social emergente, das transformações do próprio Estado antes indiferente, hoje atuante e interveniente, teve por necessidade a revisão nas antigas teorias que sustentavam que a este caberia a neutralidade, como necessária representação de sua imparcialidade, hoje não mais aceita, pelo menos não em sua totalidade.

Admite-se então a criatividade do juiz, enquanto possibilidade de o magistrado criar norma jurídica, nisto verificando que há diferenças entre norma e lei, posicionamo-nos conforme Carlos Wolkmer:

O juiz é plenamente soberano na esfera de ação em que atua, podendo, por si mesmo determinar as normas e as regras de aplicação necessárias. A atitude do juiz em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade, nem tampouco será a lei considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em um outro elemento entre tantos que intervêm no exercício da função jurisdicional. [...] A lei não contém todo o direito, isso é mito, desta feita é importante a verificação da contribuição criativa do juiz, tendo em vista o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica³².

Dá-se, desta feita, apreciação a importante instrumento utilizado pelos americanos, qual seja o controle de constitucionalidade das leis que, na prática, veio a conferir aos magistrados a possibilidade de afastamento das leis e decisões que, incongruentes com a Constituição, não poderiam ser validadas. Logicamente que este controle e o consequente trabalho moral e ético exercido há longos anos pela magistratura e, sobretudo, o controle exercido pela Suprema Corte do país, aliados ao prestígio de seus integrantes conferiram, em conjunto ao poderio econômico-financeiro dos americanos, o êxito e o tamanho do sucesso nesta sua empreitada. Não podemos com isto negar a forte influência do modelo americano para a produção e desenvolvimento das atividades de ativismo judicial.

Percebemos então, que a Constituição, enquanto norma ápice do ordenamento jurídico, bem como a sua supremacia e o controle de compatibilidade das normas produzidas pós Carta Política, são de suma importância para o desenvolvimento da ideologia de gigantismo do Poder Judiciário. Necessariamente as técnicas de interpretação e aplicação das leis, bem como o seu afastamento por meio do controle de constitucionalidade, de algum modo, contribuem para o Ativismo Judicial.

³² WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 164;166.

2 JUDICIALIZAÇÃO É FATO E ATIVISMO É ATITUDE

Parte daqueles que escrevem sobre os fenômenos da judicialização e sobre o ativismo judicial afirmam que a judicialização é um fato, posto advir, no caso brasileiro, diretamente do modelo constitucional adotado, de uma Constituição extensa e minimalista³³, além do fato de ser uma Constituição recheada de termos conceituais abertos, o que implica *in casu* a necessária posição política que se põe ao Poder Judiciário, seja no controle da Constitucionalidade das normas constitucionais, seja pela interpretação dos conceitos abertos e de cunho principiológico, ou ainda porque em algumas decisões os juízes tenham que se portar de maneira evidentemente política, haja vista o papel substitutivo dos Poderes Executivo e Legislativo, no que pertine as suas falhas operacionais.

O constituinte brasileiro, ao estabelecer o modelo constitucional vigente, preferiu um modelo de Constituição Analítica, recheada de conceitos abertos e por isso também eclética, posto que trate de diferentes temas, e não apenas de normas básicas de estruturação e funcionamento do Estado e, por isso, de natureza constitucional.

Por ser extensa e minimalista como o dissemos, a nossa Carta Política de 1988 desce as minúcias a respeito de vários temas, alguns deles apenas formalmente constitucionais, como é o caso do art. 5º, XX da Constituição Federal, que expressamente afirma: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, embora se entenda que o direito de associação seja de fato importante, não haveria necessidade de este vir grafado na Constituição, haja vista tratar-se de direito quase que de foro íntimo dos indivíduos, além de que materialmente este não poderia ser considerado fundamental no sentido literal da palavra, posto que não tenha tamanha importância, no sentido de ser imprescindível à vida e existência humana, como o têm, por exemplo, os direitos que refletem a proteção da igualdade, da liberdade, da garantia da vida, da dignidade da pessoa humana, entre outros, que ora citamos.

³³ Cf. ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1. É certo que um dos fatores preponderantes para o gigantismo do Poder Judiciário certamente provém do sentido dado à Constituição como norma ápice do ordenamento, e em razão disto o fato de que esta supremacia implica obrigatoriedade de compatibilização das normas inferiores aos padrões estabelecidos pela Carta Constitucional, havendo necessário controle judicial dos atos legislativos – o que se convencionou nomear de legislação negativa do Poder Judiciário - por meio do Controle de Constitucionalidade o qual, nos Estados Unidos, como vimos anteriormente no ponto 1.2 é um fator preponderante para o desenvolvimento do chamado Direito Judicial. O autor tece considerações interessantes a esse respeito quando afirma que os Estados Unidos devido ao seu poderio econômico certamente influenciaram bastante o restante do mundo, no que tange ao modelo estabelecido de Controle de Constitucionalidade, no que tange ao modelo estabelecido de Controle de Constitucionalidade, tal modelo, menciona ainda o autor, juntamente com outros institutos americanos, tais como modelo de separação dos poderes, declaração de direitos e *Judicial Review*, deveria ser copiado pelo resto do mundo, haja vista funcionarem melhor do que outros mecanismos anteriormente estabelecidos.

A respeito da importância do Judiciário na atualidade, Carlos Augusto Silva afirma:

As enormes responsabilidades conferidas ao Poder Judiciário na vida político-social dos países forçam que as atenções se voltem ao juiz, personagem com novas vestes nesse atual panorama das instituições. O juiz de tradição do *commom law* é o que melhor guarda intimidade com esse novo desenho político³⁴.

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari propaga:

Um dado muito positivo é que, dentro do próprio quadro de juízes vem tomando corpo uma reação cada vez mais vigorosa, procurando fazer com que se justifiquem na prática o prestígio teórico e a condição de Poder constitucional, de que goza o Judiciário. Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de justiça³⁵.

A Constituição enquanto norma ápice, composta de valores axiológicos e ideológicos de um povo, formada a partir de um Poder Constituinte, ao seu turno limita todas as demais instâncias de Poder do Estado. Em contrapartida a essa verdade e a própria delegação de decidir imposta ao Poder Judiciário, do dizer o direito no caso concreto, firmam aos juízes o dever de decidir muitas vezes de forma política, interpretando as leis constitucionais e infraconstitucionais.

O Poder Judiciário deve dar sentido a essas normas, “criando lei” no caso concreto, posto que o sentido não unívoco dos enunciados abertos, além dos componentes principiológicos e lacunosos, obrigam a uma postura política, e, portanto, discricionária de decidir.

Daí porque sugerimos a ideia de visualizar o ativismo judicial como verdadeira atitude³⁶ adotada pelos magistrados de afastamento da auto-restrição, ou de uma conduta mais

³⁴ SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: Reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 81. O autor aponta ainda para o fato de que o juiz no *commom Law* é a figura central do direito, posto que faz parte da construção do direito e do jurídico, sendo de juízes os principais nomes do Direito americano e inglês, verdadeiros pais e heróis, enquanto que nos países de tradição romano-canônica os principais nomes do Direito são sempre de doutrinadores e acadêmicos, denotando a função judicial como mera carreira burocrática, apenas mais um serviço público mecânico, o que necessariamente implica uma desconfiança em relação ao seu trabalho e obviamente dificulta o entendimento dos fenômenos que ora estudamos.

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 78.

³⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 101. Define atitude como sendo: “Termo amplamente empregado hoje em dia em Filosofia, Sociologia, e Psicologia para indicar, em geral, a orientação seletiva e ativa do homem em face de uma situação ou de um problema qualquer. Dewey considera essa palavra um sinônimo de hábito e de disposição; em particular, parece-lhe que ela designa ‘um caso de especial de predisposição, a disposição que espera prorrupção através de uma porta aberta [...] Lewis, analogamente, diz que na A. o que está presente é captado em seu significado prático e antecipador, como um indício daquilo que está além [...] projeto de comportamento que permita efetuar opções de valor constante diante de determinada situação”. No caso do ativismo, conceituamos e o classificamos como uma conduta, obrigação assumida pelo Poder Judiciário de atuar ativamente na dicção do

moderada ante as situações processuais práticas que envolvam, por exemplo, cerceamento de direitos sem regulamentação e que pela sua própria omissão causariam prejuízos, provocando a interferência proativa do Judiciário na situação posta, haja vista a incapacidade ou omissão ofensiva dos Poderes que seriam competentes para instituí-los. Nesse sentido, o processo judicial não mais é palco para disputas individuais com efeitos inter-partes. Cada vez mais as decisões proferidas carregam consigo natureza e importância no dia a dia, não apenas às partes processuais, senão a toda uma coletividade, considerando o estabelecimento e crescimento da disciplina dos direitos coletivos e difusos, por exemplo.

O ativismo é repellido pela esfera mais tradicional da doutrina, justamente pelo perigo de cometimento de ilegalidades em prol da suposta aplicação da justiça, sem obrigatoriamente observar-se a segurança jurídica das atitudes cometidas pelos magistrados em suas decisões. À guisa de exemplo citamos as decisões em que magistrados obrigam o Estado ao atendimento de tratamentos médicos que não são aprovados pelos seus sistemas de saúde a pretexto de proteção do direito à vida. Entretanto, não se observa que, enquanto o Estado tem o dever de prestar saúde aos cidadãos, aquele tratamento especificamente, sem qualquer comprovação científica de resultados práticos, está prejudicando o direito de outros, visto que os valores, geralmente exorbitantes pagos nesse tipo de tratamento, daria para atender a outras centenas ou milhares de pessoas, que certamente correm o risco de ficarem sem mínimos procedimentos, por falta de recursos.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO MÉDICO EM HOSPITAL DE OUTRO ESTADO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. Solicitação outorgada no juízo *a quo*. Recurso do Estado de Santa Catarina. Alegação de ilegitimidade ativa do *parquet*. Não

direito dentro do processo legal estabelecido irrompendo com isto uma postura, por vezes mais agressiva, e, portanto, contrastante com o ideal de passividade que geralmente se utilizou em um passado não tão distante para legitimar as decisões proferidas pela inércia e neutralidade do juiz, como garantia de decisão justa para as partes. Como já afirmamos outrora e melhor definiremos adiante, não se admite mais um Judiciário burocrático, trancado em seus gabinetes, alheio ao anseio das ruas, a ideia de justiça, que clama o povo e que tem feito do Judiciário mais consciente de seu papel constitucionalmente estabelecido, que é o dar o direito no caso concreto, efetivando normas e garantindo com isto, não apenas o acesso a justiça e ao direito de ação estabelecidos, senão, também, aos anseios próprios de implementação por meio de suas sentenças normas para disciplinamento de situações definidas pela Constituição, mas que não foram positivadas por inércia ou descompromisso do Poder Legislativo, ou mesmo carente de implementação pelo descaso e falta de operacionalidade do Poder Executivo. Neste sentido concordamos com a professora Gisele Cittadino quando afirma: “Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade - o juiz só se manifesta mediante provocação -, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhes são apresentadas. CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Rio de Janeiro, ano II e III, nº 2 e 3, 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/.../poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?...>. Acesso em: 18 fev. 2011.

ocorrência. Existência de inúmeros julgados que confirmam a legitimidade do ministério público para aforamento desse tipo de demanda, sobretudo por se tratar de menor, à vista do estatuto da criança e do adolescente (artigo 201, viii). Chamamento ao processo da união federal. Requerimento que não foi formulado no prazo para apresentação da contestação. Impossibilidade de aceitação de tal alegação. Inteligência do artigo 78 do Código de Processo Civil. Preliminares rechaçadas. Argumentação do Estado de Santa Catarina de que existem medicação e tratamento passíveis de substituição daqueles requeridos na peça exordial. Inexistência de prova pericial, embora a parte a tenha solicitado. Cerceamento de defesa. Anulação da sentença para verificação de tais fatos, a fim de se propiciar maior subsídio para a correta resolução da lide. Manutenção, porém, da decisão que concedeu a antecipação da tutela ante a necessidade de cuidados médicos contínuos do menor. Prefacial acolhida³⁷.

O exemplo citado é corriqueiro na rotina dos fóruns e tribunais deste país, o que nos faz perguntar: até onde vai a discricionariedade de decisão do Judiciário nestes casos? Caberia ao juiz decidir como o Poder Executivo deve gastar o dinheiro que será investido em saúde? Não seria este um caso franco de desrespeito à separação dos poderes? São perguntas que tentaremos responder.

Neste sentido, Gisele Cittadino esclarece:

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de ‘judicialização da política’ - por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas - é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positiva, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de ‘juridificação’ das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre ‘força do direito’ e ‘fim da política’ - ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras -, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político³⁸.

Em rasas palavras seriam essas as bases para que possamos estabelecer um paralelo entre ambos os conceitos que são por vezes confundidos pelos doutrinadores, defensores e críticos de ambas as condutas. Embora muito próximos um do outro, ambos não se confundem. Podemos definir a judicialização como fato decorrente da supremacia da Constituição, por sua vez composta de conceitos de caráter aberto e que precisam ser decididos no seu sentido pelo Poder Judiciário, seja no controle de constitucionalidade ou nas decisões de natureza política,

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível: AC 117931 SC 2009.011793-1, Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Vanderlei Romer. Julgamento: 26/08/2009. Publicação D.O. Balneário Camboriú. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6709548/apelacao-civel-ac-117931-sc-2009011793-1-tjsc>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

³⁸ CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Rio de Janeiro, ano II e III, nº 2 e 3, 2001-2002. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/.../poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?...>. Acesso em: 18 fev. 2011.](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/.../poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?...)

tendo em vista que os magistrados, de fato, revisam temas e questões - que à primeira vista - competiriam a outras instituições, isto porque estas são de natureza mais amplas e estruturais, ao passo que visam cuidar de condições maiores, em grau de importância para a sociedade, e, não apenas de índole jurídica, portanto inter partes dentro de um processo, senão, sobretudo, políticas e institucionais que, de algum, modo transferem a esfera decisória do eixo Poder Legislativo e do Poder Executivo para o Poder Judiciário³⁹.

Por sua vez, o ativismo, como afirmamos, é uma conduta comprometida dos magistrados, não apenas das altas cortes, de ativamente se utilizarem do processo judicial para concretização de direitos, sobretudo, ligados aos direitos fundamentais, e que não foram ou não estão sendo plenamente satisfeitos. Como é o caso dos direitos prestacionais à saúde e educação, salvaguardados por meio de ações afirmativas, só que desta feita implementadas pelos juízes e que em muitos casos denotam o que chamamos de criação judicial do direito, visivelmente avançado nos países de *common law*.

Em síntese apertada, a judicialização é a própria representação de uma espécie de transferência do poder político para as mãos do Poder Judiciário, precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, levando-se em conta o fato de, nos últimos anos, ter havido importantes modificações na estrutura jurídica e política das nações de um modo geral e que, no Brasil poderíamos citar a redemocratização do país, com forte incentivo ao acesso à justiça estabelecido como corolário supremo pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal. O próprio processo de constitucionalização pelo qual passamos fez com que vários assuntos fossem tratados pela Constituição de 1988; além, é claro, do fortalecimento e aprimoramento do controle de constitucionalidade. De um modo geral, tem havido um maior debate de temas políticos dentro dos tribunais nos últimos tempos, causando a Judicialização da vida, o que nos leva a concordar com a doutrina de Luís Roberto Barroso a respeito quando cita: “a judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário; é a circunstância do modelo constitucional que nós temos”⁴⁰.

³⁹ A título de exemplo das situações que expomos podemos citar quatro casos recentes que marcaram a presença do Poder Judiciário, via Supremo Tribunal Federal, em campos decisórios de natureza política, que ora denotam condutas de ativismo judicial, ora judicialização da política, quais sejam: pesquisa embrionária com células-tronco (ADIN nº 3.510/DF), do amianto (ADIN nº 3937-7/SP) e dos pneus (ADPF nº 101), sem falarmos no não menos polêmico caso das algemas que teve como protagonista o banqueiro Daniel Dantas, a saber: o HC 56.465-6.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto *apud* ITO, Marina. **Judicialização é fato, ativismo é atitude**. Seminário Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça fluminense. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

Contrariamente, o ativismo é mais próximo a uma atitude proativa dos magistrados, geralmente marcada pela ausência de atuação prática de outros órgãos e ou poderes, manifestando-se em alguns casos pela aplicação de regras e princípios a situações muitas vezes não previstas em leis, ou mesmo contrárias a esta. O problema deste é justamente o perigo de uma completa politização da justiça, no sentido de que o Judiciário perca os limites na hora de decidir, causando enormes prejuízos à coletividade em prol de concretizar direitos individuais fundamentais ou não, ao invés de benefícios, tendo em vista o fato de que há uma razão política no ato de produção normativa e que deve ser precipuamente respeitado pelo juiz, quando da prolação de suas convicções.

Nos próximos tópicos deste capítulo, deteremo-nos mais pormenorizadamente nos conceitos e principais características que concentram os dois institutos estudados para, ao final, expormos se de fato as duas condutas são diferentes ou complementares entre si.

2.1 Judicialização: conceito e principais características

Quase que não se pode pensar, atualmente, em alguma questão política, moral, econômica, científica e, ou ambiental que não possa ser conduzida à apreciação pelo Judiciário e com isto pelo Supremo Tribunal Federal.

A judicialização passou a ser um fenômeno bastante complexo com matizes de diferentes dimensões. Institucionalmente, a judicialização da *política* tem por definição o desenvolvimento de um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para juízes e tribunais, que por sua vez passaram, dentre outros temas polêmicos e controversos, a revisar e também implementar políticas públicas, revendo com isto as regras do jogo democrático.

Portanto, a partir de um enfoque mais sociológico, a judicialização das *relações sociais* põe em destaque o aparecimento do Poder Judiciário como uma espécie de alternativa para resolver-se conflitos, sobretudo, os de natureza coletiva, para a agregação do tecido social e ainda para a adjudicação da própria cidadania. Sob uma conjuntura lógico-argumentativa, a judicialização também implica difusão das formas de **argumentação e decisão** tipicamente exercidas por órgãos jurisdicionais para fóruns políticos, institucionais ou não, o que representa uma completa domesticação da política e das relações sociais pela linguagem dos direitos e, sobretudo, pelo discurso constitucional.

Sem contar que atualmente a palavra de ordem é celeridade, efetividade, seja na vida privada das pessoas, nos seus negócios, ou mesmo nas transformações sociais e econômicas que ocorrem cada vez mais velozes, todas elas reclamando mecanismos legais mais paritários com essa perspectiva. O Estado, por meio de sua atuação, sobretudo, jurisdicional, arrematou todo o campo de apaziguamento e solução dos conflitos, e nesse sentido é cobrado pela sociedade por atividades que de fato comprovem resultados efetivos.

Do ponto de vista do processo, a judicialização da política contribui para que haja um novo padrão de interação entre os Poderes estabelecidos na Constituição (que se mostra configurado pelo conflito entre tribunais constitucionais, Poder Legislativo ou Poder Executivo), que não significa o expurgo do conceito de democracia. A perspectiva é justamente contrária, posto que, é necessário que a democracia esteja presente, como espécie de “requisito”, para a expansão do poder judicial.

Assim é que a transformação da jurisdição constitucional como sendo parte integrante do processo de formação de políticas públicas obriga a uma visão de necessário desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política acontece porque os tribunais são chamados a se pronunciar sobre assuntos onde são falhos ou ineficientes o agir do Legislativo e do Executivo, haja vista as suas próprias incapacidades ou mesmo insatisfação social existente. Daí o fato de haver certa dose de aproximação entre Direito e Política, o que em sua maioria, torna mais complexa a distinção entre o que seja “direito” e aquilo que de fato é “interesse político”, o que nas palavras de Tate e Vallinder⁴¹ torna possível caracterizar o desenvolvimento de uma “política de direitos”.

O termo judicialização, então, tem se tornado por vezes uma celebração da “justiça efetiva”, numa espécie de retomada das rédeas, pelo Estado, através do Poder Judiciário, a fim de sanar as falhas e mazelas deixadas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, sobretudo, este último, que devido a fatores de diversas matizes, tem perdido a sua credibilidade. O sucesso dos modelos americano e europeu, sejam eles no direito de *common Law* ou do Tribunal Constitucional, tem motivado outros países, sobretudo, aqueles que ainda não conseguiram por meio da democracia estabelecer uma ordem social mais igualitária, a

⁴¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. Para uma melhor compreensão o autor explica com base analítica na obra TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (1995), *The global expansion of judicial power* New York, New York University Press. As possíveis causas para o crescimento das atividades do Poder Judiciário, sobretudo, a partir do estabelecimento dos Estados Unidos da América do Norte como única superpotência mundial, causando a expansão do poder judicial enquanto fenômeno que alcançou a maioria das nações.

socorrer-se desta esperança de que o Judiciário seja de fato a “bola da vez”, como sendo capaz de apaziguar os conflitos estabelecidos por meio da utilização do processo judicial e, com isto, dar consecução aos anseios sociais estabelecidos.

Certamente que todo e qualquer exagero neste sentido é condenável porque não há Messias estabelecido e nem se pode extrair um modelo de perfeição válido para todas as épocas e todos os povos, o que também não significa que não possamos observar as experiências que têm funcionado em ambos os modelos, onde têm sido aplicados, fazendo-se as necessárias adequações à realidade brasileira.

É certo que esse movimento traz um redesenho da jurisdição e das próprias funções exercidas pelo Poder Judiciário, posto que a separação formal estabelecida por Montesquieu e seguida pela maioria dos países acrescenta que não deveria haver junção das funções legislativa e judicial, pelo perigo de que os juízes poderiam legislar e executar suas próprias normas, o que acabaria diretamente com a imparcialidade requerida aos órgãos judicantes.

Todavia, podemos inferir que não seria razoável que a Teoria da Separação dos Poderes continue a ser utilizada da forma como idealizada, posto que não mais nos caiba a rigidez de entregar-se a cada um dos Poderes uma função apenas específica e plenamente desvinculada das funções delegadas aos demais.

Acrescente-se ainda que não mais vale a rigidez dessa separação, uma vez que ela foi necessária quando em um determinado momento histórico específico em que havia temor pela retomada do poder por parte de monarcas absolutistas, hoje sendo mais interessante não a divisão, senão a técnica de distribuição das funções entre órgãos separados, não se pretendendo com isto a incomunicabilidade entre eles, antes, porém, a sua íntima cooperação.

Desta feita o fenômeno da Judicialização traz consigo um redesenho da jurisdição tanto nos países de *commom Law*, quanto nos países de *civil Law*, posto que produz uma certa aproximação entre os dois sistemas, ao passo que fortalece com isso as suas bases, ainda que havendo certas discrepâncias em cada caso.

Não podemos deixar de citar o fato de que a judicialização da política tem sido utilizada como um fenômeno que fornece acesso à parte da população que se encontra alheia ao processo político, posto que não possui voz para disseminar suas ideias. Necessário exemplo é aquele que tange às minorias sem grande poder de barganha, por meio de seus votos. A esse respeito Mauro Capelletti aponta as ideias do cientista político americano

Martin Shapiro que exalta o *judicial process* como solução àqueles que se encontram desprovidos do *political process*:

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir [...]. Enquanto, efetivamente, são especialmente *políticos os poderes* da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os *procedimentos* da Corte, pelo contrário, são *Judiciários*. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (*‘adversary’*) entre duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena⁴².

Claro que o respeito aos direitos das minorias é parte integrante do regime democrático, já sinalizamos aqui, que embora quantitativamente elaborada por uma maioria, não há garantia expressa de legalidade a uma norma. Não fosse assim não seria possível a cassação de constitucionalidade de leis por afronta à matriz constitucional, certamente que a produção do Direito, não da lei, mas da norma jurídica⁴³, por meio do processo judicial abarca logicamente um exame de argumentos diversos que emergem dentro dos procedimentos estabelecidos, que, por conseguinte, garantem certa isonomia das partes litigantes, ainda que formalmente estabelecida, e que pela característica da imparcialidade da jurisdição ajudam na aferição da proteção e preservação próprias destes direitos.

Todavia, não podemos esquecer que, também, parte desta mesma população encontra-se impedida de acesso ao Poder Judiciário⁴⁴, sendo mister o seu favorecimento para que haja efetividade no processo estabelecido. De toda sorte o acesso à Justiça também é de

⁴² SHAPIRO, Martin. *apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 99.

⁴³ Somos partidários do entendimento de que há diferenciação entre lei e norma jurídica, posto que a lei é aquilo que é produzido pelo Poder Legislativo ou Executivo com a aquiescência daquele, nunca o Poder Judiciário poderia então produzir lei. Por sua vez a norma jurídica é que se extrai da lei, é o seu sentido prático. Neste sentido seria função do Poder Judiciário aferir o seu conteúdo que, neste caso específico, dependendo dos conceitos abertos, e da lacuna da lei no tratamento do assunto vergastado, poderá haver modificação de sentido na aplicabilidade prática da norma jurídica. Aqui é que entra o grande cerne da questão do ativismo e da judicialização.

⁴⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. A presente obra permite um aprofundamento complementar. O acesso à justiça vem sendo tema de debates constantes desde a década de 60, quando teve grande vulto com a obra de Garth e Cappelletti, os quais sustentavam que era dever do Estado promover o acesso do jurisdicionado a justiça, focando a solução desse problema nas chamadas 03 ondas de acesso à justiça, propostas pelos autores 1) Expansão da oferta de serviços jurídicos aos setores pobres da população, possibilitando aos necessitados economicamente o amplo acesso a justiça; b) Incorporação dos interesses coletivos e difusos, o que resultou na revisão de noções tradicionais do processo civil, que deixa de ser focado simplesmente no indivíduo e passa a focar os direitos difusos, coletivos e trans-individuais e a 3) Justiça informal, o desvio de casos de competência do sistema formal legal e a simplificação da lei. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

suma importância para garantia dos direitos e melhoria dos instrumentos democráticos, sobretudo de proteção às minorias.

Não resta dúvida do contributo do processo judicial para melhoria dos mecanismos de aferição e regularização da democracia e de seus instrumentos assecuratórios, o que verdadeiramente é uma meta a ser alcançada pelos defensores da Judicialização, enquanto mecanismo de defesa de direitos⁴⁵.

O pensamento de que o princípio majoritário seja o único componente do regime democrático é irrisório e pequeno, posto que existam outros mecanismos que atuam positivamente para a sua salvaguarda, além do seu necessário aprimoramento. Junto a este existe a premissa dos direitos fundamentais como base de proteção à democracia. Obviamente que a premissa de que ao Poder Judiciário cabe a guarda da Constituição, necessariamente protegendo os direitos fundamentais, assegura a proteção da democracia. Isto se voltarmos à realidade de que nem todos possuem acesso ao processo político de validação de seus interesses⁴⁶.

O resultado prático são decisões que, pautadas dentro dos ditames teleológicos estabelecidos pela Carta Política, garanta ao Poder Judiciário decidir de forma a garantir, por

⁴⁵ Cf. AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2005. p. 110-111. Também defende a mesma premissa: “Tanto o Poder Legislativo como o supremo Tribunal Federal são órgãos importantíssimos para o aperfeiçoamento da democracia, ajudando a encontrar soluções que possam resolver o grave problema de exclusão social que aflige a sociedade brasileira. A grande conexão entre esses dois órgãos deve ser estabelecida no sentido da defesa dos direitos fundamentais, que é requisito essencial para construção da sociedade desejada por todos. O problema consiste em como delimitar o espaço de atuação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário para que o espaço político não seja arrefecido, porque, de acordo com o posicionamento defendido por Oppenheim, toda interpretação judicial é uma forma de criação normativa. Quando há uma decisão judicial, segundo o mencionado autor, há uma produção jurídica, que adentra na competência do Legislativo, e, portanto, causa arrefecimento da seara política, o que ocasiona conflito entre essas duas dimensões. [...] A relação entre o Direito e Política configura-se como uma das relações mais tensas existentes no Estado Democrático Social de Direito. A política simboliza as decisões tomadas pela sociedade como a finalidade de alcançar objetivos escolhidos por sua população, tendo como uma de suas principais características a discricionariedade de sua escolha. O Direito tem como um de seus apanágios, de modo diverso, a previsibilidade de sua normatização. Assim, devido ao caráter diverso de suas mais importantes características, o Direito e a Política podem gerar atritos”.

⁴⁶ Não podemos deixar de comentar aqui o fato de que embora haja verdadeira consolidação institucional da democracia brasileira, concomitantemente, na prática, também incide uma defasagem no seu modo de funcionamento, resultado da predominância do Poder Executivo sobre o Legislativo e também do afastamento da população da atuação cotidiana dos parlamentares, sobretudo pelo descrédito que vem ganhando a cada dia o Poder Legislativo, seja em decorrência dos escândalos, cada vez mais presentes, ocasionando com isso um acesso de crescimento da cidadania. Assim é que retirando-se o aspecto negativo, é certo que, a busca crescente do Poder Judiciário contra leis, atos e práticas da Administração Pública ou das omissões atribuídas, tanto ao Executivo quanto do Legislativo, tem sido, de fato, um meio para salvaguardar direitos. A título de exemplo podemos citar as várias ações com pedidos liminares para garantia de tratamento de saúde, entrega de medicamentos, vagas em escolas e universidades, construção de creches e escolas pelos Poderes Executivos municipais país afora, e que têm sido atendidos pelos juízes e confirmados pelos tribunais.

exemplo, que maiorias transitórias não deturpem o sentido estabelecido pelos fundadores da Constituição⁴⁷, justamente em detrimento de minorias que se encontrem efetivamente prejudicadas por estarem afastadas do poder político vigente. O grande problema seria justamente limitar as decisões emitidas pelo Judiciário, justamente seu cunho político, posto que não pudesse a esse pretexto decidir fora dos parâmetros estabelecidos, limitando de algum modo sua intromissão em assuntos que não lhe caibam.

Todavia, é certo que, quando amparada na Constituição e nos direitos fundamentais, a atuação constitucional da jurisdição certamente fortalece a participação popular nas decisões políticas ao passo que incentiva sim a democracia, posto que há participação popular no processo judicial. A provocação das partes ao Poder Judiciário certamente é um fator de participação popular, se visto sob o ângulo que este que assim o faz procura apresentar por meio do processo sua opinião, que certamente fora ignorada pelo processo político, tentando com isto apresentar sua realidade àquela imposta pela maioria que, como dissemos, não necessariamente exprime a mais correta das posições a ser adotada.

Certamente no caso brasileiro o que marca a tensão existente nos processos de judicialização da política e politização da justiça é a disputa de poder (espaço) entre aqueles que compõem os poderes estabelecidos.

Sobretudo, marcada pela tensão entre Legislativo e Judiciário, haja vista o fato de que a expansão da atuação jurisdicional implica necessariamente cerceamento da atuação legislativa. Senão vejamos: no processo de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário age como verdadeiro poder contra majoritário, ao passo que ao afastar a lei inconstitucional está, de fato, anulando o trabalho formulado pelos parlamentares. De outra sorte, quando age julgando casos políticos deixados de lado muitas vezes por serem de natureza impopular, o Judiciário rouba outra vez a atuação do legislador, agindo de forma a criar jurisprudência, que no nosso caso é a lei na prática, dando sentido normativo as suas decisões. Não podemos nos esquecer da implantação da súmula vinculante editada pelo STF, e que confere efeito prático legal às suas decisões, passando a ser vinculantes das esferas inferiores da organização judiciária brasileira.

⁴⁷ Nos Estados Unidos a teoria dos *foundations fathers* assegurava que ao máximo do possível devia-se atrelar a interpretação das normas constitucionais à intenção dos seus fundadores, devendo o Judiciário estar intrinsecamente atrelado em suas decisões ao que fora estabelecido pelos constituintes posto que soberanamente decidiram as bases valorativas desejadas pela população, havendo necessária legitimidade naquilo que na lei se encontra disposto, o que seria afrontado pela manifestação jurisdicional ou mesmo legislativa, posteriormente, que fosse dissonante daquilo que fora anteriormente estabelecido.

Neste contexto, o fortalecimento do Controle de Constitucionalidade, sobretudo aquele realizado pelo STF, o fortalecimento da Jurisprudência nos Tribunais, sobretudo os superiores, e a implantação da Súmula Vinculante seriam claros exemplos de efeitos positivos de uma judicialização, posto que no patamar de pensamento de que ao Estado é incumbida a satisfação do bem comum, não importando de que forma, ou melhor, por quem serão implantados tais objetivos. A judicialização apareceria como uma forma de opção a que seja de fato implementada tal conjuntura. Todavia, a quebra do paradigma da Tripartição dos Poderes e a Crise do Poder Legislativo seriam aspectos que, se não tratados de forma metodológica e específica, com limites claros, trariam o risco do abuso de um Poder Judiciário que se implanta para uma “Judicocracia”, no pior dos aspectos de uma ditadura da toga.

No entanto, advertimos que esse é um argumento falacioso sempre recorrente dentro da formação dos juristas, de que se deve deixar passar a vida, além de que ao magistrado caiba apenas observar o mundo e esperar pela provocação da partes para agir estritamente dentro processo. Todavia, essa realidade não mais se coaduna com as necessidades requeridas; o juiz deve ser atuante, firme, passível de interferir naquilo que é injusto, não permanecer na margem rasa da legalidade estrita, mas observar de fato qual o efeito que sua decisão provoca, não apenas às partes diretamente envolvidas no feito, mas de um modo geral às partes que, ainda que não presentes no feito, possam vir a ser afetadas por aquela decisão. Tomemos por exemplo as decisões que tem reconhecido as uniões homoafetivas e que regulamentam a guarda e adoção de menores por homossexuais, sob os argumentos da igualdade de tratamento pela lei, proibindo a discriminação bem como o do melhor interesse do menor, e que certamente trouxeram reviravoltas nos casos da vida real, em que se disciplinam situações que envolvam outros homossexuais.

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na constituição federal, que vedam qualquer discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida⁴⁸.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598362655. 8ª Câmara Cível. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade. j. Em 10.03.2000. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 15 fev. 2011.

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - ALEGAÇÕES DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE – DEFERIMENTO DO PEDIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos, sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo estatuto da criança e do adolescente (eca) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fatos de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido⁴⁹.

É bem verdade que algumas decisões não possuem tamanha abrangência, mas de um modo geral é primordial, ao juiz, a observação de sua realidade e de seu tempo. Reproduzimos então as palavras de Pietro Barcellona, Dieter Hart e Ulrich Mückenberger a esse respeito:

Se afirma solenemente que um juiz não pode reduzir-se a um mero leitor do texto normativo, senão também que seja um *expert* da vida social e deve saber captar nesta os seus valores que justamente qualificam a norma, deve realizar um equilíbrio entre a duração e a evolução que constituem o *proprium* do Direito; deve sentir-se empenhado em *dicere ius*, em tratar de dar a norma que precisa interpretar, na medida do possível o seu significado e alcance que se apresente coerente com os valores que emergem da realidade vigente humana e social. O jurista não é um vigilante de um ordenamento cristalizado, senão que deva ser um partícipe do processo construtivo de uma sociedade humana que através da lei – que tem uma vida própria, autônoma que tentou inferir o legislador que um dia a emanou - tendo por constante a sua evolução⁵⁰.

De toda sorte é necessário observarmos que a judicialização pode e de fato contribui para o acesso a justiça. Destacamos que um juiz que participe de seu tempo, e, da realidade social que o circunda, pode ajudar e contribuir para efetivamente conceder a tão almejada justiça perquirida no processo, em tempo e modo oportunos, com isto possibilitando a garantia de concretização de direitos que são verdadeiros deveres do Estado, e, propriamente atribuições, também do Poder Judiciário, enquanto parte integrante desta grande estrutura, não

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 14.332/98. Rel. Jorge de Miranda Magalhães. j. 23.09.99. p. 269. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 15 fev. 2011.

⁵⁰ BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista:** Capitalismo monopolista y cultura jurídica. 3. ed. Madri: Civitas, 1988. p. 29-30. “[...] se afirma solemnemente que el juiz no puede reducirse a úmero lector del texto normativo, sino que debe también el experto em la vida social y debe sabe captar em ella los valores que cualifican a La norma; debe reazlizar el equilibrio entre la duración y la evolución que onstituyen el *proprium* Del Dereceho; debe sentirse empenado en *dicere ius*, em tratar de dar a la norma que haya interpretar, em cuanto sea posible, el significado y alcance que se presente más coherente con los valores que emergen de la vigente realidade humana y social. El jurista no es, ni puede ser um vigilante de um orden cristalizado, sino que debe ser partícipe Del proceso constructivo de uma sociedade humana que a través e la ley - que tiene uma vida propia, autónoma de la que intentaba coferirle el legislador Del que um dia emano - tiende constantemente evolucionar”.

mais se admitindo os argumentos de outrora, a respeito da falta de sua legitimidade para proferir decisões, ainda que de natureza políticas, seja porque, de fato sua legitimidade seja adquirida pela própria norma constitucional, quando estabelece o concurso público, como forma de ingresso nos cargos da magistratura, ou ainda quando se estabelece a escolha indireta do chefe do Executivo, com participação dos membros do Legislativo, quando da composição dos Tribunais, o que não podemos negar confere a sua legitimidade.

2.2 Ativismo judicial conceito e características

Outro conceito também importante para compreendermos o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal e do próprio Judiciário brasileiro na atualidade é o chamado ativismo judicial. Assim entendido como atitude decorrente da judicialização, o ativismo judicial analogamente ao processo de judicialização, é complexo por conter múltiplas dimensões. Inicialmente pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional (nos autos do processo judicial) quanto fora deles, quando os magistrados, por exemplo, dão entrevistas, discursos de posse e pronunciamentos fora dos autos, que repercutem uma posição política, sociológica, causando repercussões em esferas diversas da sociedade. Desta feita, podemos dizer que o ativismo extrajurisdicional (fora dos autos) explícita a dimensão de ideologia Política do Judiciário, aproximando-o de alguma forma da atuação dos demais poderes de Estado (Executivo e Legislativo), os quais, entretanto, são legitimados democraticamente para o exercício dessa atividade política.

Na prática atividades denominadas como ativistas são aquelas que expressam uma discordância, sobretudo de esferas políticas do Poder do Estado, e que foram emitidas pelo Poder Judiciário, que age como poder contramajoritário ou criativo, posto que vem a invalidar as ações (normas e atos) dos outros Poderes, especialmente do Poder Legislativo, a quem cabe a produção de leis. Também é ativista o juiz ou tribunal que busca suprir omissões, sejam elas reais ou aparentes dos outros Poderes do Estado, através de suas decisões, que tornam jurídicos assuntos de natureza política. Desta feita, ativismo pode ser entendido como sendo uma ampliação da competência do tribunal por meio de suas próprias decisões.

O certo é que não mais se admite um Judiciário apático e distante dos reais conflitos sociais, reforçando a ideia de que o juiz deve ser um ser presente, atuante, disposto a resolver conflitos, de forma a ultrapassar barreiras e dogmas pré-estabelecidos. A atualidade repele então a figura do burocrata, enclausurado em um gabinete, esperando os conflitos chegarem a

si, para de forma quase que automática resolver os problemas, com fórmulas pré-estabelecidas e prontas.

O juiz do século XXI não pode ser homem alheio às profundas transformações da sociedade. Não é mais o árbitro dos conflitos intersubjetivos, mas toma decisões que terão relevo para expressivos grupos, quando não para a comunidade toda. Exige-se-lhe conhecer os problemas do ecossistema, dos conflitos de massa, dos direitos do consumidor, do usuário de serviços públicos, ostentando formação complexa e de amplitude nunca até então imaginada. Por isso é que a função sempre crescente da Magistratura é sempre mais consistente relevância política do seu papel é necessário fazer corresponder, como se já vem fazendo em proporção variada em outros países de tradição democrático-constitucional – uma marcada modernização do aparato Judiciário a todos os níveis, com mais eficazes instrumentos de acesso a justiça para todos os cidadãos e maiores garantias sobre a qualidade do juiz⁵¹.

Há uma verdadeira consciência de que o processo é um meio eficaz para garantir liberdades, transformar realidades jurídicas e fáticas e inclusive ajudar a programar políticas públicas. Todavia, tudo isso deve ser feito através de uma abordagem crítica, atual e sistemática do processo judicial, para que de fato possa vir a compreender o que dele se pretende e se pode extrair.

Então, o discurso de perigo de um “governo da toga” não se fundamenta, quando se levanta que precipuamente interessa a promoção dos objetivos do Estado de Direito propostos na Constituição, e que devem ser implementados por qualquer um dos poderes, seja em conjunto ou separadamente.

O direito necessita evoluir com a sociedade, posto ser uma de suas características, na inteligência da Teoria de Miguel Reale⁵², o dever de ser fato, valor e norma, dentro de um contexto social e histórico específicos. Por isto que podemos inferir ser direito daquele que recorre à justiça, desta obter o resultado perquirido. Assim, cabe ao Estado Jurisdição atender aos anseios sociais estabelecidos e garantidos na Constituição.

Assim é que podemos definir o ativismo judicial como sendo uma conduta ou atitude, com sentido de decisão ou comportamento dos magistrados, a fim de revisar temas e questões, que inicialmente seriam de competência de outras instituições, sobretudo aquelas que tenham atribuição política de decisões. Geralmente estes o fazem agindo, além dos limites impostos na lei, ou ainda em sentido contrário à própria norma, sempre intuindo a melhor aplicação com maior eficácia das decisões.

⁵¹NALINI, José Renato. **Recrutamento de juízes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 58.

⁵²REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 72. “Cada época fixa as normas e os limites da sua exegese do Direito, em função dos valores culturais dominantes”.

A própria Carta de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Certamente que a conduta cada vez mais crescente do ativismo judicial ganhou espaço na lacuna deixada pelos demais órgãos que compõem a estrutura de poder do Estado. Entrementes a isto, e ao mesmo tempo em que encontra óbices, no tocante à quebra da inércia que move o Judiciário, e, conseqüentemente à necessidade de neutralidade política de suas decisões. Trazem ao juiz o dever de ser cômico de suas atividades e de sua importância, sobretudo de sua importância, também, enquanto agente político do Estado.

Não é à toa que vemos o crescimento do Supremo Tribunal Federal e dos holofotes que são diariamente lançados sobre a magistratura nacional, quando, por meio de suas decisões modificam o cenário nacional, interferindo na vida cotidiana das pessoas. A exemplo, podemos citar o recente julgamento, Recurso Extraordinário (RE) 511961, que fixou a não obrigatoriedade de diploma para o exercício da profissão de jornalista, o que certamente mexeu com a vida cotidiana de milhares de pessoas que ainda estão nas faculdades, pensando. O que fazer então com o investimento de vida, tempo e dinheiro feitos em um curso que não é mais necessário? Ou ainda pelo temor dos profissionais atuantes de verem seus postos de trabalho ser atacados por pessoas que não tiveram a mesma dedicação a que estes se submeteram ao cursar o referido ensino⁵³.

⁵³ Cf. STF. **Supremo decide que é inconstitucional a exigência de diploma para o exercício do jornalismo**. Notícias, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>> Acesso em: 20 nov. 2010. Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quarta-feira, que é inconstitucional exigência do diploma de jornalismo e registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalista. O entendimento foi de que o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, baixado durante o regime militar, não foi recepcionado pela Constituição Federal (CF) de 1988 e que as exigências nele contidas ferem a liberdade de imprensa e contrariam o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 511961, em que se discutiu a constitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e a obrigatoriedade de registro profissional para exercer a profissão de jornalista. A maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, acompanhou o voto do presidente da Corte e relator do RE, ministro Gilmar Mendes, que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo do DL 972. Para Gilmar Mendes, “o jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada”, disse. “O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”, afirmou o relator. O RE foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (Sertesp) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que afirmou a necessidade do diploma, contrariando uma decisão da 16ª Vara Cível Federal em São Paulo, numa ação civil pública. No RE, o Ministério Público e o Sertesp sustentam que o Decreto-Lei 972/69, que estabelece as regras para exercício da profissão – inclusive o diploma –, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Além disso, o artigo 4º, que estabelece a obrigatoriedade de registro dos profissionais da imprensa no Ministério do Trabalho, teria sido revogado pelo artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Tal artigo garante a liberdade de pensamento e de expressão como direito fundamental do homem.

Certamente que nunca antes, vimos decisões judiciais ocuparem lugar de tamanho destaque na imprensa e na vida privada das pessoas, inclusive com repercussões extra parte da lide processual.

Certamente que tais modificações cumprem um plano ideológico, posto que as normas jurídicas são necessariamente pacificadoras e mantenedoras de uma realidade desejada. Neste caso, são apropriadas as palavras de Paulo Ricardo Schier a respeito:

Se o direito, por contingências históricas, está a serviço de interesses de classes determinadas, que se organizam em determinada forma de Estado, é fácil concluir que os valores que ele tutela predominantemente são os relacionados com esses grupos.[...] Resultado: teoria da justiça é igual a teoria da justiça das classes dominantes⁵⁴.

Para dar cabo à consecução dos desejos de acesso à justiça e implantação dos objetivos do novo Estado, faz-se necessária não apenas uma modernização e melhoria do aparato judicial e novas leis que deem apenas celeridade processual. É necessária uma reformulação do Poder Judiciário como um todo, que passa, não apenas como atesta Nalini⁵⁵, por uma reformulação da forma de recrutamento e formação dos juízes, que serão selecionados para exercer os cargos. Sobretudo, seria necessário que o Poder Judiciário pudesse de fato transpor as barreiras da “imparcialidade”, aqui vislumbrada como uma distância das partes para preservação da justiça de suas decisões, de modo que ao Judiciário dê-se a conhecer de fato a sua importância dentro da estrutura de poder do Estado que compõem, além, é claro, da percepção de que suas decisões são de fato políticas, sendo necessário o seu reconhecimento.

O reconhecimento dessa natureza política de suas decisões dará certamente ao Poder Judiciário o conhecimento que suas decisões são importantes à medida que trazem mudanças sociais profundas e duradouras, capazes de revolucionar seguimentos e épocas. De fato já falamos a respeito da tripartição dos Poderes e da necessidade de relativização da sua operação, posto que aos Poderes que compõem o Estado não apenas competem as suas próprias atividades, mas dar de fato consecução aos anseios a que o Estado se propõe, e no caso brasileiro está de fato posto no art. 3º, da Carta Constitucional.

Certamente que o ativismo é de fato uma tendência mundial inevitável. As próprias transformações que sofre o mundo pós-globalização urgem por novos modos de pensar a estrutura, o Poder e a maneira como aquela se demonstra para os tutelados do Estado que

⁵⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Uso alternativo do direito. **Revista de Direito Alternativo**. São Paulo, nº 02, 1993. p. 74-81.

⁵⁵ NALINI, José Renato. **Recrutamento de juízes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 59.

necessitam de uma resposta rápida para satisfação das garantias e direitos que são oferecidos pelo Estado e que devem ser por ele salvaguardados. Não apenas no âmbito individual, senão, sobretudo, os trans-individuais e coletivos, posto que as decisões judiciais, além da própria postura adotada pelo STF, no caso brasileiro, demonstram esse fato. A utilização das súmulas vinculantes são casos concretos que demonstram no caso da Corte Suprema brasileira, essa nova onda de posicionamento deste novo Judiciário que se desenha.

Verdade que existem efeitos positivos do ativismo judicial que foram sendo implantados aos poucos e trouxeram avanços para a questão do próprio acesso à justiça, não apenas como meio de inserir-se no aparato judicial e poder contender no processo, senão pelo fato de conseguir “justiça” naquilo que se pretende em juízo, de forma que essa decisão seja não apenas justa, no tocante a ser condicionada a uma legislação, mas, sobretudo, temporal e oportuna⁵⁶.

Igualmente, temos o ativismo como sendo a efetiva participação dos magistrados no controle de temas ligados anteriormente ao Poder Executivo e, ou Legislativo; o juiz que produz norma, aquele que fomenta e realiza políticas públicas por meio do processo judicial. Para muitos o ativismo judicial, tem sido uma possibilidade danosa ao processo político majoritário, posto que: a ampliação de atuação dos tribunais e juízos nas esferas políticas de decisões antes tidas por atípicas a este poder é verdadeira ameaça ao equilíbrio dos Poderes constitucionalmente estabelecidos, e, portanto, pode gerar uma infamante Judiocracia.

A bem da verdade, o Brasil teme atitudes como as tais, não podendo esquecer o fato de sermos um país jovem, democraticamente falando. Recordemos que não mais que 21 anos antes, vivíamos uma ditadura, com completa castração de direitos políticos. Certamente, há incrédulos a respeito de qualquer insurgência de um poder sobre os outros, haja vista a precariedade de consciência política ao povo desta nação.

Não obstante os temores de uma ditadura da toga estabelecida por meio do ativismo judicial, não podemos esquecer o fato de que há, verdadeiramente, uma celeridade de acontecimentos, fatos e respostas que precisam ser dadas cotidianamente. Uma sociedade tão multifacetada como a atual, redescobre-se a cada dia, e urge por soluções práticas igualmente céleres. O Estado constitucionalmente contraiu esse dever. Como já aludimos aqui, há uma

⁵⁶ Aqui traduzimos a ideia de justiça e efetividade/celeridade processual, no sentido de que a decisão justa, também o é aquela que consegue dar àquele que participa do processo judicial uma decisão dentro de um razoável tempo. Oportunidade e necessidade regem então esse conceito. Há que se estabelecer que justiça, nesse caso, seria analogicamente igual a conseguir uma tutela jurisdicional em tempo oportuno.

crise institucional estabelecida nos chamados poderes políticos do Estado, e um mito estabelecido deque o Poder Judiciário não é um poder político, a fim de preservação da isonomia dos poderes e da própria imparcialidade dos julgados. Todavia esse mito não mais se coaduna com as necessidades que se impõem, e que precisam ser repensadas.

Há sempre que se estabelecer o respeito aos direitos fundamentais como sendo o parâmetro que deve nortear a atuação do Poder Judiciário de forma mais ativa no processo, posto que a Carta Magna estabeleça direitos que não mais podem ser vistos apenas como na antiga perspectiva liberal clássica de um não fazer, sobretudo, os direitos fundamentais, que atingem uma nova perspectiva dentro do novo Estado chamado de Direito, qual seja o de prestação estatal.

Entrementes haja certa confusão entre os conceitos de judicialização e ativismo judicial. Por todo o que já expusemos, fica um pouco mais fácil diferenciar judicialização do ativismo judicial; ao passo que a judicialização é um processo maior, onde a partir da interpretação da constituição e da necessária compatibilização dessas normas e da própria liberdade legislativa temos a interferência do Poder Judiciário dizendo o que é direito, o que constitucional, não de forma arbitrária, senão de forma a respeitar os próprios limites constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o ativismo judicial se tratar de atividades do magistrado que conduz o processo judicial de forma a torná-lo mais célere e efetivo, ainda que implique a releitura da lei, ou a sua integração por ausência, total ou parcial, senão ainda por suas lacunas, imprecisões ou vagueza conceituais.

Todavia, não podemos deixar de comentar o fato de que os dois conceitos, Judicialização e Ativismo, complementam-se, posto que uma judicialização da política certamente gerará condutas cada vez mais proativas dos magistrados.

2.3 Ativismo judicial, judicialização e proteção dos direitos fundamentais como causa propulsora de um judiciário “onipotente”⁵⁷

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal da República brasileira estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e faz com isto claro que essa obrigatoriedade de conhecimento de todas as lesões aos direitos ao Poder Judiciário é advinda da criação da própria jurisdição, como já anunciamos no capítulo primeiro desta monografia⁵⁸, onde o Estado avocou para si a solução prática de todos os conflitos, proibindo a auto tutela. Ora é certo que ao estabelecer o conhecimento das ditas lesões, a lei, a partir da própria Constituição estabeleceu direitos a serem observados, entre os quais os direitos chamados fundamentais, que no caso brasileiro, encontram-se elencados não apenas no título II da Constituição Federal de 1988, como também, segundo doutrina de José Afonso da Silva, Celso Bandeira de Melo, Ingo Sarlet e outros, além de decisões pacíficas do Supremo Tribunal Federal, espalhados por todo o texto constitucional, sem falar, é claro, daqueles que podem vir a ser anexados por meio de Tratados Internacionais. Também é certo que o sucesso dos direitos fundamentais se encontra na aceitação da ideia de supra legalidade dada à Carta Constitucional.

O desenvolvimento de uma tese de que os direitos fundamentais não são apenas direitos de negação de atuação do Estado na esfera privada dos cidadãos, mas, sobretudo, direitos a uma prestação efetiva por parte deste mesmo Estado, na esfera privada, seja no sentido de proibir lesões efetivas a direitos alçados a esta categoria ou não, seja ainda no

⁵⁷ A referência à palavra onipotente entre aspas justamente quer fornecer a impressão que firmam os críticos do ativismo judicial, que deixam entrever que o processo de judicialização da política e da vida, como se coloca, atrelado a uma conduta proativa do juiz dentro do processo, criaria um super-poder entre os poderes estabelecidos tradicionalmente na esfera tripla (Legislativo, Executivo e Judiciário). O que forneceria base para o que se chama de Judiciocracia, ou governo da toga como menciona a doutrina de Carlos Augusto Silva. Certamente que no âmbito de equilíbrio que há na disposição das funções constitucionais que compõem o Estado, e aqui nos referimos ao Estado brasileiro e aquilo que contido está no Art. 2º da Constituição Federal de 1988 “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Somos partidários da inteligência de que, formalmente e materialmente falando, não há sobreposição entre os poderes/funções tradicionalmente estabelecidos, sendo certo apenas que a própria Constituição estabeleceu o cumprimento de funções típicas e atípicas a cada poder. O que tem havido, a respeito do aparente agigantamento do Poder Judiciário é que de fato, pela primeira vez, temos a sua aparição pública, haja vista o aumento de conflitos e necessárias atuações que, nos últimos tempos, têm aparentado uma usurpação, que reiteramos não existe. Necessário lembrar que noutra tempo não muito distante, quando do estabelecimento pela própria Constituição da utilização de Medidas Provisórias, houve semelhante questionamento a respeito do gigantismo do Poder Executivo sobre os demais, que logo fora pacificado com a implementação e sistematização do uso do mecanismo constitucional, com meio garante de administrabilidade do Estado, o que cremos certamente acontecerá no tocante às práticas, sobretudo do Ativismo Judicial, haja vista que a Judicialização seja decorrente do próprio modelo de Estado e Ideologia Constitucional estabelecidos.

⁵⁸ Remetemos à leitura do capítulo 1 desta obra Estado e Jurisdição breve esboço.

sentido de fazer, executar, prestar algum serviço; por exemplo: proteção do meio ambiente, fornecimento de saúde e garantia da paz pública e da ordem propiciaram através das décadas, a noção que temos hoje da necessidade de um ativismo judicial ou de uma judicialização da política (controle judicial da política ou das decisões políticas do Estado).

Nessa linha de raciocínio, quando a Constituição fala de “ameaça a direito”, ela se refere não apenas a um direito de não interferência (omissão), senão que o Estado é obrigado a interferir (ação) na esfera privada da vida cotidiana das pessoas, a fim de garantir acesso à justiça, e, também junto a este, o próprio acesso ao processo judicial, ou direito de ação. Assim é que um direito a uma tutela inibitória seja ela ao direito afligido, ou ainda potencial, deve ser compreendido como sendo direito a sentença de mérito, ou a tutela antecipatória do mérito (proibindo a lesão, protegendo o direito, ou preservando ameaças as possíveis omissões que gerem essas ameaças).

Desta feita, a verbalização do princípio da inafastabilidade traz consigo a franca noção de direito à tutela jurisdicional capaz, de impedir a violação do direito. Essa afirmação é bastante óbvia, principalmente levando-se em consideração os direitos chamados fundamentais, portanto, invioláveis, e que foram estabelecidos, como o dissemos, pela própria Constituição. Em outras palavras, o que levantamos aqui como direito à tutela inibitória está expresso na estrutura da norma jurídica que traz em si mesma algumas espécies de direitos.

A própria concepção de existência de uma norma jurídica que outorgue direitos invioláveis traz também a ideia de direito à inibição do ilícito, posto que essa inibição do ilícito como noção de um direito, encontra-se plasmada no plano do direito material, razão porque decorre da noção de uma sanção e não na esfera do direito processual, posto que a este seja dada somente a função de técnica para boa prestação dessa tutela inibitória.

Obviamente que o processo, diante de algumas situações de direito substancial postas, deve também viabilizar a entrega da tutela inibitória⁵⁹ àqueles que a ela tem direito e

⁵⁹ É importante explicarmos aqui a utilização do exemplo da chamada tutela inibitória que nada mais é do que uma ação de conhecimento a que se dotariam meios executivos idôneos a fim de se prevenir possíveis lesões ou ameaças a direitos. O fato de a levantarmos aqui se dá justamente porque sobrepairia certo temor de se dar determinados poderes ao juiz, especialmente os poderes executivos, para que pudesse se antecipar à violação do direito, posto que esta atuação comprimissem os direitos de liberdade das pessoas. Todavia dentro de um novo contexto de Estado e das novas situações de direito substancial impostas, há uma necessidade, como já temos defendido, do estabelecimento de novos meios, mais ágeis e eficazes de agir judicial. Então a possibilidade do agir judicial antes mesmo que o dano se materialize poderia contribuir para uma maior eficácia de proteção a direitos, sobretudo os de natureza fundamental, o que de certa forma ajudaria na concretização das normas constitucionais, certamente. Além, é claro, de favorecer um certo ativismo judicial, posto que confere aos magistrados expansão de poderes, de agir não apenas após o efetivo dano, senão antes mesmo de sua afronta.

que para isto se socorrem do Poder Judiciário, sob pena de com isto, negar a tutela jurisdicional preventiva de sua lesão. Diante desta perspectiva que Luiz Guilherme Marinoni⁶⁰ aponta para, dentro deste contexto, atentarmos para a importância do direito à tempestividade da tutela jurisdicional que por sua vez intima-se com o direito à tempestividade, não apenas à chamada tutela antecipatória, bem ainda com o entendimento da própria duração do processo, estabelecendo o autor o adequado uso racional do tempo processual por parte das partes e do juiz.

As normas que estabelecem os direitos fundamentais afirmam valores que por sua vez, incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e iluminam as tarefas dos órgãos Judiciários⁶¹, legislativos e executivos. Por isso que Marinoni afirma que “é possível dizer que tais normas implicam em uma valoração de ordem objetiva⁶²”, estabelecendo o que ele mesmo chama de “eficácia irradiante”, posto que, direciona além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o próprio ordenamento jurídico. Assim é que afirmamos reiteradamente a obrigação de o Estado defender, proteger os direitos fundamentais, nem que para tanto haja uma interferência entre os poderes constituídos, na atuação uns dos outros, de forma a proteger não direitos somente, mas acima disso os valores que permeiam tais direitos.

Importante frisarmos as lições de J. J. Gomes Canotilho acerca dos direitos fundamentais, especialmente quando divide o grupo dos direitos a prestações, nas perspectivas de direitos ao acesso e utilização de prestações do Estado, que por sua vez dividem-se em direito originário a prestações e direitos derivados a prestações. Explicando o direito *originário* a prestações como sendo:

Afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o *dever do Estado na criação* dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, **as prestações constitutivas desses direitos**. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever do Estado em criar meios de informação e de os colocar à disposição

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 06 dez. 2010. p. 6-8.

⁶¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Gen Método, 2010. p. 32. No Estado constitucional democrático, a jurisdição não se limita a verificar apenas a validade formal das leis, mas também a sua compatibilidade material com a Constituição, sobretudo no que se refere aos seus direitos fundamentais. O novo modelo tem como um de seus elementos identificadores o reconhecimento da – até então duvidosa – normatividade dos princípios, seguindo a contribuição das teorias desenvolvidas por Robert Alexy e Ronald Dworkin. NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Gen Método, 2010. p. 32.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 2.

dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação? (destaque nosso)⁶³.

Canotilho esclarece ainda, ao tratar dos direitos *derivados* a prestações, que:

À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: - o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas *criadas* pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); - o direito de igual quota-parte (participação) **nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade** (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez) (destaque nosso)⁶⁴.

Podemos inferir que os direitos derivados são, portanto, aqueles que exigem o cumprimento das prestações originárias. Canotilho deixa isto claro quando se refere a julgado que, em Portugal, declarou a inconstitucionalidade de uma norma que pretendia revogar em parte lei que criou o “Serviço Nacional de Saúde”:

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional desse deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social⁶⁵.

Todavia, além dos direitos ao acesso e utilização das prestações do Estado (subdivididos em direito originário e em direitos derivados), Canotilho estabelece ainda nova classificação, onde atesta sobre os direitos a prestações serem vistos, também, como direitos à participação na organização e procedimento. Aqui há um ponto chave da doutrina de Canotilho quando afirma a necessidade de “democratização da democracia” através de uma participação direta nas organizações, o que exige a prática de certos procedimentos:

Os cidadãos permanecem afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos: daí a exigência de participação no controle das ‘hierárquicas, opacas e antidemocráticas empresas; daí a exigência de participação nas estruturas de gestão dos estabelecimentos de ensino; daí a exigência de participação na imprensa e nos meios de comunicação social. Através do **direito de participação** garantir-se-ia o direito ao trabalho, a liberdade de ensino, a liberdade de imprensa. Quer dizer: certos direitos fundamentais adquiririam maior consistência se os próprios cidadãos **participassem nas estruturas de decisão** – ‘*durch Mitbestimmung mehr Freiheit*’ (através da participação maior liberdade)⁶⁶.

⁶³ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 543.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 541-542.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 542.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 543.

Certamente a participação direta ou indireta dos cidadãos nos órgãos estatais garantiria maior legitimidade às decisões do Estado, sobretudo, a antiga questão da legitimidade judicial no exercício de decisões políticas. Por sua vez Robert Alexy, a esse respeito, divide o grupo dos direitos a prestações em sentido amplo e estrito, onde os direitos a prestações em sentido estrito são aqueles que se relacionam aos direitos às prestações sociais, enquanto que os direitos a prestações em sentido amplo se ligam a outra divisão e perspectiva: direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento⁶⁷.

Assim é que todo direito a uma atitude positiva é o mesmo que um direito a uma prestação, que por sua vez exige um direito de defesa, que recai o direito a uma ação negativa, no sentido de uma omissão estatal, ou ainda direito a prestações fáticas de natureza social, que englobam igualmente direitos a prestações normativas, tais como a proteção por meio de normas de direito penal, civil, consumerista, por exemplo, ou ainda a edição de normas de organização e procedimentais (processuais).

Outra classificação interessante a respeito dos direitos fundamentais tem como protagonista Ingo Sarlet⁶⁸ ao destacar que os direitos de proteção, aqueles ligados aos direitos de participação na organização e procedimento, consubstanciam não apenas os direitos propriamente prestativos em sentido estrito, como também os direitos a prestações em sentido lato - ao lado dos direitos de defesa. Partindo da teoria de Alexy, Ingo Sarlet esclarece que o indivíduo não possui apenas o direito de impedir a intromissão Estatal, o que equivale a um não agir, mas, também, o direito de exigir ações positivas de proteção por parte deste mesmo Estado. Obviamente o direito de impedir não pode ser confundido com o direito de exigir. Posto que essas medidas positivas de proteção possam consubstanciar normas penais, administrativas ou ainda uma atuação mais concreta dos Poderes Públicos⁶⁹.

De toda forma há aqui talvez uma forma de garantismo, estabelecido pela atuação dos órgãos judiciais, no sentido de efetivar direitos sociais, amplamente estabelecidos na Constituição de 1988, e que precisam ser estabelecidos pelo Estado brasileiro, sendo certo que as dificuldades encontradas pelos Poderes Executivo e Legislativo certamente têm sido objeto de atuação do Poder Judiciário. Os magistrados funcionam então, nas palavras de Hanah

⁶⁷Cf. ALEXY, Robert. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 06 dez. 2010. p. 6.

⁶⁸Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 195. Nesta obra o autor fala dos direitos fundamentais traçando sua própria classificação a partir das ideias de Robert Alexy.

⁶⁹*Ibidem*. p. 195.

Arendt, uma espécie de “Messias”, posto que efetivam direitos por meio de decisões judiciais, algumas delas a nível individual, mas outras, por via da judicialização da política e do ativismo judicial que tomou de assalto as atividades, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, coletivamente, posto que os efeitos cada vez mais vinculantes de suas decisões denotam esta realidade.

No mesmo sentido Lincoln Magalhães da Rocha tece valiosas conclusões em obra de vanguarda, do que nominou *Direito Súmular*:

A preocupação com o tema – jurisprudência – e a grande massa de obras sobre decisões judiciais demonstram a atualidade e importância do papel das cortes na formação do direito. [...] A súmula de jurisprudência da Suprema Corte, sobre ser um excelente mecanismo de economia processual e de poupança de energia, reflete tendência codificadora do nosso sistema⁷⁰.

Certo é que a própria validade e eficácia do direito produzido pelas atividades exercidas pelo Judiciário (interpretativo-constitucional), neste contexto, têm por base e pano de fundo os direitos fundamentais, que funcionam como vetores que por si somente garantem o direito, propriamente como sistema jurídico, haja vista que as decisões proferidas, teoricamente, têm por base a Constituição, seja aquela explícita, ou mesmo implícita por meio da interpretação dos princípios que a regem e fornecem vida ao direito positivado. Tudo isto devidamente permitido pela própria Carta Política, haja vista as regras operacionais de divisão e atuação dos Poderes Constitucionais estabelecidos, ao Judiciário a interpretação, “*juris dizer*”, o direito no caso concreto.

Ademais não podemos deixar de mencionar o fato de que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão – objetiva e subjetiva – não que haja uma direta ligação do direito subjetivo em relação ao objetivo. Esclarece-se então que ao subjetivar uma norma como sendo de direito fundamental, levamos em consideração a totalidade daqueles que fazem parte da sociedade. De sorte que os direitos fundamentais não são apenas direitos individuais, no sentido de que seus titulares possam simplesmente fazer ou deixar de fazer, senão, antes de tudo devem ser entendidos como verdadeiros valores ou fins que regem a comunidade.

⁷⁰ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **Direito sumular**: uma experiência vitoriosa do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Shogun Arte, 1983. p.121. O autor levanta e defende que a súmula e a jurisprudência, ainda no longínquo 1983 já se mostravam uma boa atitude do Poder Judiciário, posto que aproximavam os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*, mas que isso servia como uma espécie de codificação do nosso direito, posto que esta atitude, de fato, ajudava, através da compreensão dada por meio das súmulas e jurisprudências formuladas pelos Tribunais Superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, o qual confere entendimento, razoabilidade, melhorando a inteligência e a interpretação e hermenêutica, facilitando, com isto, a aplicação do direito pelos seus operadores com reflexos positivos à população.

Neste sentido é que ao Estado, na condição objetiva dos direitos fundamentais, incumbe o dever protetivo dos valores que regem e circundam a sociedade em que se organiza. O que implica, como já o dissemos em normas de proibição ou de imposição de determinadas condutas sociais, a partir da própria inteligência dos valores como sendo atitudes positivas ou negativas valorativamente para a sociedade determinada. Assim, as normas que proíbem a venda de produto reputado nocivo à saúde do consumidor, por exemplo, ou ainda uma lei que obrigue a adoção de condutas antipoluentes, tais como instalação de maquinários e equipamentos, com o intuito de proteger o meio ambiente, sintetizam o sentido de valores que carregam os direitos fundamentais como normas, sobretudo valorativas.

A norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Na primeira perspectiva é que podemos inferir a importância das normas de direito fundamental para as atividades tidas como típicas ao Ativismo Judicial ou mesmo a própria Judicialização, posto que a própria carga valorativa que carrega a norma impõe e baseia a decisão do juiz, não mais como simples decisão, mas acima de tudo como uma decisão que está acima do “bem ou do mal”, se assim podemos dizer, posto que ao decidir como base na proteção dos direitos fundamentais, como geralmente ocorre, os juízes que utilizam esse argumento, atribuem legitimidade à sua decisão, ainda que eminentemente política, haja vista o grau de importância que se dá aos direitos fundamentais.

Por fim, afirmamos que a decisão judicial que tem por base a defesa e, ou concretização dos direitos fundamentais, justifica possíveis condutas “exacerbadas” do Judiciário (por exemplo, aquela que ultrapassa os limites da norma). Ao decidir desta forma, o juiz apenas está afirmando os direitos protegidos, e consequentemente os valores que estes carregam consigo. A razão de ser desta afirmação se encontra no fato de que as normas são produto do mesmo Estado, do qual é partícipe o Judiciário, o que significa dizer que o juiz, quando extrapola os limites da legalidade, apenas defende os interesses deste mesmo Estado, que desejou na criação da lei, da qual se afasta, os quais eram justamente concretizar e garantir a aplicabilidade e eficácia do direito. Assim é que podemos dizer que não importa quem decide, se o Legislativo, o Executivo ou mesmo o Judiciário; o que importa é conferir à sociedade, a defesa dos valores consagrados supremos por ela própria.

Neste sentido o Estado é uno e a divisão das funções apenas se opera para dar consecução aos fins estabelecidos nas normas, sobretudo as constitucionais, seguindo-se todo o restante do ordenamento. A bem da população deste Estado se justificaria a utilização de meios inadequados (decisões judiciais carregadas de valor político), a fim de concretizar direitos.

3 A INTERPRETAÇÃO DA LEI COMO MEIO CONDUTOR PARA O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO

A Hermenêutica Jurídica desempenha uma função essencial no Direito desde os primórdios⁷¹. Sobre o Direito e o povo domina o Poder, por isso através da hermenêutica, reflete-se o pensamento dos intelectuais, dos poderosos e do clero. Por meio da hermenêutica podemos aclarar pontos obscuros da história do Direito, das leis e do poder político. Por outro lado, o seu mau uso, transforma a Hermenêutica Jurídica num dos maiores instrumentos de dominação e poder já existentes no mundo político-jurídico. O que certamente serviu aos governos despóticos e políticos sofistas para justificarem suas dominações e opressões.

Cabe então aos profissionais do Direito dedicado estudo da Hermenêutica Jurídica, pois, mais importante que aplicar a lei ao caso concreto é saber por que se a aplica, de modo que, com essa aplicação/interpretação, seja realizada a justiça almejada por todos. Desta feita, observamos que, quando se fala de hermenêutica, devemos incluir todos os processos e meios para interpretação das inúmeras opiniões e pontos de vista diferentes que tratam dos assuntos a serem conhecidos. Vê-se então que hermenêutica e interpretação⁷² não se confundem, sendo a interpretação a aplicação de regras criadas pela hermenêutica, para o bom entendimento dos textos normativos estudados, o que serve para a atividade cognitiva efetuada pelo juiz na elaboração das suas decisões.

Observamos ainda que por mais conhecidas as interpretações, sempre podem surgir novas impressões. De forma que o intérprete não pode pretender melhorar a lei desobedecendo as suas prescrições explícitas. Pelo contrário, deve ter por intuito o

⁷¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 68. A esse respeito achamos proveitosas as palavras do professor João Paulo Allain Teixeira: “Tradicionalmente a interpretação tem larga aplicação no campo da crítica literária, voltada que está para a determinação da natureza dos significados bem como seus limites e possibilidades (Cf. AFRÂNIO, 1995, p. 20ss). O direito, por possuir uma base linguística, demanda a mediação interpretativa como forma de determinação do sentido do dever-ser contido na formulação linguística. Assim, o hermeneuta além de compreender o texto, deve determinar-lhe a força e o alcance através do cotejamento do texto com a realidade social. A tarefa hermenêutica encontra-se associada à pacificação social, permitindo caracterizá-la como agente que atua no sentido da ‘domesticação’ dos conflitos sociais. Mais apropriadamente, os conflitos sociais não são eliminados, mas trazidos para um nível de suportabilidade que permita a própria permanência social.” (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 281).

⁷² FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21-22. Importante destacar o conceito de interpretação e sua diferença da hermenêutica elaborada pelo estudioso do assunto R. Limongi França “a operação que tem por fim fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador. Assim, como bem assinala Carlos Maximiliano, ela não se confunde com a hermenêutica, parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira. A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais.

cumprimento, regra geral, da norma positivada, e, tanto quanto a letra o permita, fazê-la de acordo com as exigências cotidianas. Somente assim, colocando em função os valores jurídico-sociais imbuídos na lei, é que pode de fato melhorar a eficiência da regra.

Desta forma concluímos que o papel do intérprete é dar vida aos textos, fazê-los eficientes em toda a sua plenitude, extraindo não somente o sentido, mas com ele o seu integral alcance. Ao jurista, como cultivador da ciência relacionada com a vida humana em comunidade, não é dado o poder de fechar os olhos à realidade que o circunda. Por isso que acima de frases, e de conceitos, impõem-se incoercíveis as necessidades dia a dia renovadas pela coexistência humana, que por sua vez tem se tornado cada vez mais complexas.

Razão a todo o exposto é que a deontologia da norma jurídica não é constante, absoluta, eterna e única. Certos disto é que podemos dizer que o sistema hermenêutico do próprio Direito, apesar de normativo, asseguram os fins da vida do homem em sociedade. Por isso que realizar a lei, através da Hermenêutica, é um bem, juridicamente protegido. Talvez uma das maiores complexidades desta atividade interpretativa seja a compreensão de que o Direito/norma jurídica agrega em si um sem número de interesses diversos e, por vezes, antagônicos, não só o bem econômico e materializado, mas também outros valores de ordem psíquica e social. Com ele protegemos o patrimônio físico e moral do indivíduo e da coletividade, acima de tudo.

Ocorre que na nossa vida cotidiana o ato de interpretar acontece o tempo todo, quase que naturalmente, isto porque abriga em si o ato de conhecer um objeto. Podemos, assim, afirmar que toda forma de conhecimento é pressuposto de uma atividade interpretativa. Interpretamos com a finalidade de desvendar os significados presentes nos objetos, de modo a conhecê-los.

Interpretar, em uma definição bastante concisa, quer dizer revelar o sentido. Refutamos com isto a afirmação de que, havendo norma jurídica clara, não deve ocorrer interpretação, posto que, de forma mais densa ou menos densa, sempre haverá necessidade de cognição, conhecimento e que, podem ser gerados com ele, questionamentos a respeito da norma jurídica; o que é salutar ao próprio sistema jurídico, servindo a sua renovação, sem necessariamente haver uma modificação legislativa, seja pela implementação de nova lei, ou correção de uma norma por outra, daí levantarmos aqui a importância da utilização da hermenêutica.

A questão da interpretação da lei sempre foi motivo de controvérsias em épocas passadas, seja porque há certo ciúme por parte do Legislativo e do Executivo, seja pela própria disputa de poder que se encontra nesta atividade, posto que a Constituição; embora produzida pelo Poder Legislativo, de fato é aquilo que o Judiciário diz que ela é, haja vista o ato de interpretação das leis ser responsabilidade do Poder Judiciário.

Desde o *Corpus Iuris Civilis*, por determinação do Imperador Justiniano, houve proibição na sua interpretação pelos juristas. “No terceiro prefácio ao Digesto, o Imperador Justiniano determinou que quem ousasse tecer comentários interpretativos à sua compilação incorreria em crime de falso e as suas obras seriam seqüestradas e destruídas”⁷³. Havia uma filosofia que regia a atividade dos juízes, posto que sua tarefa consistia em apenas dizer o direito e não dá-lo, no sentido de sua interpretação criar norma jurídica nova, diferente no seu sentido daquilo que estava posto, portanto, era necessário o buscar à vontade do legislador, qual a sua real intenção ao elaborar a lei então examinada.

Carlos Augusto Silva⁷⁴ aponta para o fato de que na França as ideias de Montesquieu pela restrição da criatividade judicial influenciaram o povo francês tendo se espalhado e aprofundado aos países latinos. Asseverando ainda que a rígida *séparation des pouvoirs* da Revolução Francesa cedeu espaço aos *checks and balances* americano, tendo este último certamente alcançado um sentido mais forte, denotando comando, do que aquele estabelecido pelos franceses que portavam consigo apenas o sentido de simples verificação.

O certo é que o limite do poder de interpretação dos tribunais faz parte da própria racionalização do poder, conferindo estabilidade, posto que, ao mesmo tempo em que se permite a interpretação da norma constitucional, essa mesma premissa impede a modificação da Constituição, por meio da sua interpretação. Elival da Silva Ramos adverte neste sentido para o que chama de uma Teoria da Interpretação:

Não é possível tratar de um tema como o dos limites do poder criativo da jurisdição constitucional (em sentido amplo) e dos parâmetros ao correspondente ativismo Judiciário sem explicitar os pressupostos de que se parte em termos de Teoria da Interpretação, a qual, por seu turno, se vincula, necessariamente, a determinado modo de compreender o direito, vale dizer, a determinada Teoria do Direito. O entrosamento desta com os saberes específicos da Dogmática Jurídica é muito mais intenso e profundo do que imaginam os operadores do direito e mesmo alguns juristas de perfil dogmático⁷⁵.

⁷³ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 22.

⁷⁴ SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: Reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 94-95.

⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

A interpretação do Direito, portanto, tem por essência, a revelação do seu sentido e do seu alcance, pressupondo o trabalho de interpretação, o descobrimento do espírito e do conhecimento pleno das expressões normativas intuindo explicá-las nas próprias relações sociais.

João Paulo de Allain Teixeira, citando Luiz Fernando Coelho⁷⁶, ressalta que é papel do juiz buscar aquilo que se denomina por justo, no caso concreto, superando legalismos e, por decorrência, o mito da neutralidade da lei, o que o faz opinar sempre pelos mais desfavorecidos. Todavia, o autor levanta que a chamada racionalidade jurídica, ou racionalidade das decisões jurídicas que são prolatadas, por sua volta, carecem de um maior questionamento, posto que, são galgadas em expressões emocionadas, cheias de “retórica de impacto” e “frases de efeito”, que quase sempre disfarçam discursos autoritários da direita brasileira, que aparentemente bem intencionadas escondem uma exclusão social e dominação autoritária do Poder Político por parte dos governos, dando como exemplo o Estado Novo de Getúlio Vargas e a dominação Militar das décadas de 60 e 70 como resultados dessa utilização. Critica, portanto, qualquer uso da alternatividade do direito na esfera apenas política, posto que a aplicação justa e segura, como forma de afastamento da opressão, se dá, principalmente, por operadores jurídicos comprometidos com as causas populares, haja vista que o saber jurídico se pauta sempre sob a influência dos fatores político-ideológicos dominantes⁷⁷.

3.1 Métodos, fontes e critérios de interpretação judicial

Historicamente muitos métodos, fontes e critérios de interpretação se sucederam, quando da cognição das leis. Abaixo faremos menção de alguns que se destacaram por sua importância e que necessitam ser ressaltados: o primeiro método foi o da Teoria Subjetiva de Interpretação do Direito que teve na origem na Escola da Exegese francesa, que considerava como Direito Positivo apenas o Código de Napoleão, o qual se afirmava não possuir lacunas. Os adeptos desta teoria cultivavam, de forma permanente, a vontade do legislador, posto haver uma crença na infalibilidade do Código Civil Napoleônico, o qual, em sua opinião, satisfazia todas as necessidades da vida social, por isso o seu intérprete deveria analisar

⁷⁶ COELHO, Luiz Fernando. *apud* TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 66.

⁷⁷ TEIXEIRA. João Paulo Allain. *Ibidem*. p. 66-67.

apenas seu conteúdo e, de forma quase mecânica, deste extrair conclusões lógicas, gerando a necessidade de reconstruir-se o pensamento do legislador que deve ser aceito incondicionalmente, independentemente do resultado da interpretação, redundando na sua consequente contestação.

Outra teoria também importante foi Objetiva, com o legado da Escola Histórica, que fora responsável pelo seu desenvolvimento e pelo desenvolvimento da teoria da interpretação, advinda após a fase das codificações da Teoria Subjetiva. Desta vez o intérprete pesquisa a “vontade da lei”, que deixa de ser produto de uma vontade individual, para assumir a vontade do desejo social. Ainda aqui são levadas em consideração, de alguma forma, as ideias do legislador, que não são totalmente abandonadas. O intérprete tem por limite os princípios contidos no texto da norma a ser interpretada. Essa teoria é bem mais democrática e eficiente que a subjetiva, e talvez por isso mais aceita.

No que tange às fontes, a interpretação do Direito pode assumir três formas, quais sejam a Autêntica, Doutrinária e a Judicial; Autêntica quando emana do órgão competente pela formação da lei, retroagindo a interpretação ao início de sua vigência, devendo, o intérprete, ter o cuidado para que a interpretação se limite à revelação do sentido do texto, proibindo-se as inovações com aplicação retroativa, a não ser nos casos permitidos pelo próprio ordenamento constitucional brasileiro. Como exemplo de interpretação autêntica, podemos citar, aquela contida em uma nova lei, que tenha por intuito esclarecer o conteúdo da anterior. A interpretação Doutrinária - é aquela encontrada e produzida nas obras científicas, pareceres de juristas e lições de mestres do Direito.

O tipo que nos interessa aqui é a Judicial cuja interpretação se alinha aos juízes e tribunais. Ao passo que ao interpretar a lei, o juiz deve prefacialmente, traduzir o seu sentido e alcance, conferindo aos textos, uma interpretação atualizadora, que atenda às aspirações da Justiça e do bem comum, tendo cuidado de não substituir o critério do legislador pelo seu próprio, pois neste caso, haveria possibilidade de um julgamento *contra legem*.

Acontece que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, revelando por este artigo, a falácia de que o intérprete não possa conciliar os textos com as necessidades dos casos concretos, o que traz ao juiz a fuga de sua condição de ente inanimado, incumbido apenas da aplicação crua da lei positiva, sem qualquer utilização de

seus critérios e de bom senso, tampouco qualquer análise de um possível desejo social consubstanciado pelo bem comum.

Por isso pensamos que o art. 5º da LICC deu ao intérprete uma atitude mais atuante diante dos fatos e do Direito, o que certamente contribuiu para o avanço de atribuições e importância dos magistrados dentro deste novo contexto sócio-político da nação brasileira⁷⁸, o qual passou a ter um papel importante no progresso das instituições jurídicas, além da aplicação dos princípios da democracia social moderna, que por sua vez também consubstancia uma finalidade do Direito, qual seja a de atender às finalidades sociais, visando ao bem comum.

3.2 Critérios, agentes e extensão da interpretação judicial

Como vimos, a atividade interpretativa abrange diversas formas, das quais compõem a ciência Hermenêutica, de forma que é de importância o friso de três critérios que podem ser utilizados na arte de cognição dos textos normativos: o primeiro deles é o Princípio chamado de Integração, por meio do qual o intérprete deve examinar cada parte do conjunto em conexão com os demais. Assim a norma jurídica não pode ser vista de forma singular e isolada, senão em conexão com o todo. Daí a explicação para inexistência de lacunas, posto que, o ordenamento é um grande sistema que se completa, não havendo possibilidade de antagonismos dentro dele.

O segundo critério é o da Fixação Genérica, oportunidade em que o intérprete deve fixar na leitura do texto, primeiramente, o exame dos elementos gramaticais, para depois a própria lei pertinente à matéria, e, se for o caso, recorrer aos usos e costumes. O terceiro e último critério que gostaríamos de salientar a importância é o da Classificação Técnica, que se dá quando o intérprete apoia-se no conhecimento fornecido pela doutrina e pela lei, classificando o negócio jurídico, a fim de determinar-lhe as consequências jurídicas.

⁷⁸ TEIXEIRA. João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 62. Aponta para o desenvolvimento da ideia de um “uso alternativo do direito”, como possível solução à questão da interpretação e sentido hermenêutico da norma, razão porque fixou-se a ideia de que o magistrado deve decidir de forma *praeter legem*, o que não sendo possível, em razão das “brechas” da legislação, dar-lhe-ia a condição de agir em nome da justiça social e do bem comum. Desta feita a produção de uma decisão *contra legem*, pela inaplicação de lei injusta, pressuporia uma legislação com papel apenas de referencial não vinculante, para que se realize a justiça. O autor formula crítica ao que chama de “abertura legislativa para uso alternativo do direito”, o qual se encontra no art. 5º da LICC, baseando-se no fato de que existe um altíssimo grau de expressões polissêmicas e de sentido altamente lacunoso nas normas, tais como “fins sociais”, “exigências do bem comum” e, que por isso levantar-se-ia o risco de serem mal utilizadas pelos julgadores, posto a sua instrumentalidade retórica; que ao sabor das ideologias dominantes em cada época, poderiam causar grande prejuízo.

Na interpretação é importante destacar o responsável pela sua autoria que pode ser um agente público ou privado: Público - quando prolatada pelos órgãos do Poder Público, subdividindo-se em Interpretação Pública Autêntica - quando feita por próprio órgão legislador e Interpretação Pública Judicial - quando realizada pelos órgãos do Poder Judiciário. Sendo essas duas mais visíveis no nosso ordenamento pátrio, prevalecendo a segunda em muitos casos, podemos ainda citar uma terceira espécie de interpretação Pública qual seja a Administrativa, que é realizada pelos órgãos que compõem o Poder Público, seja ele Jurídico, Executivo e, ou Legislativo, quando exercem o poder **Regulamentar** (destinado ao traçado de normas gerais, como portarias, decretos etc.). A Interpretação de autoria Privada, que é exercida por particulares, tais como advogados, juristas e técnicos da matéria, denominada Doutrinária, por ora não nos interessa.

A extensão da interpretação feita pelo magistrado, imbuído de formular a decisão jurídica, pode se dar em três âmbitos: Extensiva - quando há conclusão de que o alcance da norma é mais vasto do que indicam os seus termos, havendo alargamento do seu campo da incidência, inclusive para situações não previstas, todavia virtualmente incluídas. Geralmente esta é o tipo de resultado que se produz na judicialização e no ativismo judicial. As **Restritivas**, por sua vez, restringem sentido à norma, de forma a limitar a sua incidência pela diminuição da amplitude das palavras. Este tipo de resultado também se configura presente nas atividades de judicialização e ativismo judicial. Por fim, a **Declarativa**, limita-se na declaração **quase que expressa da norma**, sem restringi-la ou estendê-la, por não possuir danos, porque apenas reproduz o conteúdo definido pelo legislador, não possui grande relevância para o trabalho.

Assim é que a tarefa interpretativa consiste em concretizar a lei em cada caso da vida real. Certamente que isto redundará numa complementação produtiva do Direito, atitude destinada ao magistrado, que por sua vez deve se jungir à lei, da mesma forma que qualquer outro membro da comunidade jurídica. Certamente que na ideia de uma ordem judicial, há suposição de que a presença do magistrado não se finque em arbitrariedades não previstas, senão de uma justa ponderação. Sendo por isso certa a presença da segurança exigida no mundo jurídico.

São Tomás de Aquino já atentava para o fato de que aquele que se encontra submetido à lei não pode agir à margem das palavras da lei, criticando com isto o próprio ato de buscar-se a intenção do legislador, posto que, ao fazê-lo, corre-se sempre o risco de ir além

do que foi intencionado, por isso que somente àquele a quem incumbe instituir a lei cabe a sua interpretação. Todavia, levantamos aqui algumas considerações a esse respeito. Primeiro o fato de que nem sempre a lei é clara, e mais ainda **o legislador não consegue considerar todos os casos singulares e mesmo que isso fosse possível, não seria razoável, haja vista a grande confusão que poderia ser gerada, além da inflação legislativa** que tornaria bastante difícil o manejo do sistema de normas. Em segundo, podemos levantar o caso de que pode ser que a aplicação da lei ao caso concreto gere injustiça, o que só pode ser resolvido, por vezes, pelo seu afastamento, ainda que seja por motivo de se analisar a finalidade da lei a ser imposta, isto é, o favorecimento do bem comum, e aqui novamente voltamos para o perigo da indeterminação e vagueza de sentido dos vocábulos.

Certamente que o embate entre subjetivistas, que buscam a vontade do legislador, e objetivistas⁷⁹, que buscam a vontade da lei, alegando que a busca pela vontade do legislador raramente é identificável, haja vista o fato de que o legislador não seria ele, propriamente o elaborador da lei, mas tão somente mais um intérprete de seu tempo, que tenta imprimir na lei elaborada a necessidade da coletividade, o que certamente descaracteriza a vontade psicológica do autor da norma jurídica. Os objetivistas, por sua vez, admitem o fato de que a lei, uma vez promulgada, adquire vida própria dissociando-se de seu elaborador para se conformar à realidade social a ser regulada, então nesse sentido podemos inferir que o processo de interpretação do sentido da norma, não seria uma mera consulta da inteligência e vontade do legislador, nem ainda a simples vontade da norma, feita por um intérprete, posto que uma e outra trazem situações indesejadas, tais como as que aconteceram durante a Segunda Guerra, quando as leis eram interpretadas pelo *Führer*, denotando um autoritarismo exacerbado, ou de outra forma quando exagerado é o objetivismo podemos ter a vivência de um tendente anarquismo, prevalecendo o perigo do Governo da Toga, também resultando um autoritarismo.

Todo este embate que se trava só revela o embate de poder entre os poderes constitucionalmente estabelecidos, Executivo, Legislativo Judiciário, principalmente estes dois últimos, pela disputa de quem deva interpretar a norma jurídica, posto que, a esse certamente dar-se-á o poder de estabelecer as regras do jogo, visto que o sentido que se dá às

⁷⁹Cf. TEIXEIRA. João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 70-71.

leis, podem modificar a estrutura política de mando e, como já o dissemos, aquele que o detém poderá vir a anular o poder do outro, seja ele Legislativo ou Judiciário⁸⁰.

Não podemos deixar de comentar também que o problema de interpretação da norma passa pela Semiótica, haja vista que a norma jurídica é uma forma de expressão comunicativa, obrigando-nos a relacionar sempre Direito e linguagem, a propósito de aquele se dá na práxis, através do jogo da linguagem que é estabelecido.

Prova disso foi o recente embate via TSE e STF, da aplicação da chamada inelegibilidade dos “candidatos ficha suja”⁸¹, se seria a norma válida e aplicável para as

⁸⁰NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 124-125. Sobre a questão posiciona-se: “Da minha parte creio que essa polêmica está enraizada na concepção clássica da teoria da tripartição dos poderes e do papel do juiz na busca do ‘verdadeiro’ significado da lei. Segundo a teoria clássica da separação de poderes, a criação do direito deveria ser obra exclusiva do legislador, cabendo ao juiz, em obediência ao referido princípio, apenas declarar o conteúdo previamente fixado da lei”.

⁸¹ALENCASTRO, Catarina; BRAGA, Isabel; SOUZA, André. **Julgamento no STF sobre validade da Lei da Ficha Limpa termina novamente empatado**. Jornal O Globo e Agência Brasil *on line*. Publicada em 27/10/2010 às 19h16m – Brasília. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/eleicoes2010/mat/2010/10/27/julgamento-no-stf-sobre-validade-da-lei-da-ficha-limpa-termina-novamente-empatado-922884254.asp>>. Acesso em: 19 jan. 2011. - Todos os dez ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) repetiram os votos dados no caso do recurso do ex-governador do Distrito Federal Joaquim Roriz (PSC) e o julgamento do recurso de Jader Barbalho (PMDB-PA) contra a Lei da Ficha Limpa também permaneceu empatado em 5 a 5. Com isso, continua o impasse sobre a validade ou não da lei para este ano. O peemedebista foi eleito senador pelo Pará, mas teve o registro de candidatura negado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e, por isso recorreu à Corte. Com o impasse no julgamento, o advogado de Jader, José Eduardo Alckmin, defendeu que o caso seja retomado apenas quando 11º ministro for nomeado pelo presidente da República. A Corte está com menos um ministro desde que Eros Grau se aposentou, em agosto. A eleição pode ser anulada porque mais de 50% dos votos foram para candidatos sem registro - o próprio Jader e o petista Paulo Rocha - e, por isso, considerados nulos. Joaquim Barbosa, que é o relator do caso, foi o primeiro a votar e rejeitou o recurso de Jader, sendo a favor da aplicação da Lei da Ficha Limpa ainda nessa eleição. - Não houve desestabilização do processo eleitoral porque esse sequer tinha iniciado - disse o ministro. Em seguida, o ministro Marco Aurélio Mello votou a favor de Jader e contra a aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa. A renúncia ocorreu em 2001 quando não tinha a consequência de inelegibilidade - disse Marco Aurélio, completando: - Podemos aplicar retroativamente lei nova de 2010 a esse ato e colar a ele como consequência que é a inelegibilidade? Abriremos a porta aí para novas situações - alertou. O ministro Dias Toffoli seguiu a posição de Marco Aurélio. Os ministros Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia seguiram o voto do relator. Com isso, também rejeitaram o recurso de Jader e disseram aprovar a validade da lei para este ano. Gilmar Mendes, sétimo ministro a votar, acolheu o recurso de Jader e rejeitou a aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, referindo-se a ela como casuística. Lei casuística para ganhar a eleição no tapetão - disse Gilmar Mendes, que defendeu seu voto por mais de uma hora. Acessos de moralismo, em geral, descambam em abusos - afirmou ele, em outro momento. A ministra Ellen Grace foi a oitava ministra a votar e, sem se alongar, rejeitou o recurso do peemedebista. Logo no início de sua explanação, Celso de Mello disse que o voto de Gilmar Mendes foi “magnífico”. Ao final, acompanhou a posição do colega e votou pelo provimento do recurso. O presidente do STF, Cezar Peluso, repetiu o voto do julgamento do recurso de Roriz e rejeitou a aplicação imediata aplicação da Lei da Ficha Limpa. Procurador-geral pediu rejeição do recurso de Jader Barbalho. Antes do início dos votos dos ministros, o procurador-geral da República, Roberto Gurgel, leu o parecer em que recomendou a rejeição do recurso de Jader contra a Lei da Ficha Limpa. Segundo Gurgel, a renúncia do peemedebista teve como objetivo impedir as investigações do Senado e, assim, poder se candidatar depois. - Tratava-se da única maneira de poder disputar novas eleições, que era fraudar, impedir a apuração dos fatos pelo Senado, impedindo, portanto, a cassação do seu mandato e o mantendo a salvo - disse Gurgel. Julgamento foi retomado do zero, como se ministros não tivessem se posicionado. Jader Barbalho (PMDB) foi eleito senador pelo Pará, mas aguarda o julgamento do recurso no Supremo para ter a vitória registrada no TSE. Ele teve a candidatura cassada pelo TRE pelo mesmo motivo de Roriz: renúncia de

eleições últimas de outubro de 2010, ou se somente para a próxima, em 2012, exigindo a intervenção do Poder Judiciário para efetivamente decidir o alcance da norma por meio do fornecimento de sentido (interpretação) à mesma, o que por vezes levantou o debate do uso das correntes objetivista e subjetivista, com as nuances de uso do senso comum, no sentido de se extrair o desejo coletivo da sociedade brasileira, que naquele momento exigia moralidade em detrimento das próprias regras de validade jurídica das normas, posto que a referida lei não poderia, de forma própria, alcançar os fatos presentes.

Obviamente o julgamento e as cenas de veiculação via imprensa mostraram a importância e também a complexidade, além é claro do jogo de poder que se travou entre membros dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, visto que, cada voto de cada Ministro denota e carrega um alto valor, posto que, na prática poder-se-ia invalidar a norma, e com ela a própria vontade do povo brasileiro, que urgia por uma moralidade na política, ou invalidando a norma, caberia a realidade de uma sensação de impunidade, cominando com isto a sensação de injustiça.

Certamente que o uso da Semiótica, a fim de se extrair os múltiplos sentidos da lei, seja pela sintaxe, relacionamentos entre signos, semântica, que aborda o significado do conteúdo designativo do signo, ou ainda a pragmática relacionado o signo dentro de um contexto empregado pelas pessoas envolvidas, foi de grande valia não apenas no julgamento citado, como ainda pode ser vista em todos os âmbitos. Talvez o problema de toda esta conjuntura problemática que se levanta a respeito do significado da lei passe certamente pelo problema da veracidade, validade e consequente segurança perquirida pelo Direito e previamente estabelecida na modernidade, é preciso estabelecer significado à norma, para com isso determinar a sua validade, o que não se percebe é que as palavras não possuem único significado, posto que as leis, sobretudo de natureza constitucional carregam ambigüidades, vaguezas, além, é claro, da sua riqueza de significados em cada oportunidade e realidade próprias e, obviamente, do fator tempo, de que não dispõe o Poder Judiciário para averiguar caso a caso, as possíveis implicações negativas e positivas de suas decisões, posto que a celeridade, como já o dissemos, não permite tais divagações.

De todo modo entendemos que o uso de teorias, tais como a Tópica de Viehweg, poderiam ajudar na aplicação da norma, por meio de processo hermenêutico-interpretativo.

mandato para escapar de possível processo de cassação por quebra de decoro. Deste modo, o julgamento desta quarta-feira foi mais ágil do que o de Roriz, que foi dividido em dois dias, totalizando cerca de 16 horas. O julgamento sobre a lei foi retomado do zero, como se nenhum ministro tivesse se posicionado sobre o assunto. Notícia extraída do sítio eletrônico.

Ainda mais porque a um novo Estado que se desenha nada mais acertado do que adoção de novas formas de aplicação do direito.

3.3A interpretação das lacunas - o modo de pensar tópico como solução para a confecção de decisões judiciais válidas em tempos de judicialização e ativismo judicial

Certamente que um dos maiores problemas dentro do ordenamento jurídico seria a interpretação de expressões lacunosas, ou pior ainda a aplicação de direito dentro de lacunas⁸² da lei no que pertine ao tratamento da realidade que lhe é posta a julgamento. O próprio princípio do *non linquet* estabelece que o Judiciário não pode se escusar de decidir sob a alegação de que não há lei tratando do caso concreto. A Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 4º estabelece que ao juiz, na sua decisão, é dado decidir, na ausência da lei, com base em analogia, costumes e princípios gerais do Direito.

Os criadores das Teorias da Argumentação Jurídica, a partir de Viehweg, estabeleceram interessantes conceitos que poderiam ser utilizados como meio de integração das normas jurídicas e consequentemente um meio alternativo útil à interpretação da lei, no que pertine a expressões lacunosas ou mesmo ausência completa de lei para proteger e regulamentar direitos que, na prática cotidiana, necessitam ser protegidos.

O final da II Guerra Mundial e as trágicas experiências vividas durante o horror do Reich de direito alemão foi o pano de fundo para elaboração das chamadas Teorias da Argumentação, das quais se considera Viehweg como sendo seu precursor, tendo por fundamento a superação do formalismo e a aproximação do direito e da moral.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1-5. Aponta para o chamado “vazio do direito”, apontando para o fato de que a lei não abarca todos os problemas e esquemas da realidade social, estabelecendo que o direito não seria uma ordem ilimitada, posto que não consegue abarcar toda a realidade. Sinaliza ainda que o problema das lacunas no direito é recente, tendo sido concebido apenas no século XIX. A autora diferencia também a chamada lacuna do direito e lacuna da lei, haja vista que aquela é mais ampla posto que parte da lacuna do sistema, enquanto que esta mais restrita por se tratar de lacuna de uma lei específica dentro do sistema. A autora levanta que a discussão acerca das lacunas é um problema de cunho lógico da completude ou incompletude do sistema, levantando que se faz importante o seu estudo para definir se seria a lacuna apenas um problema de natureza processual, presente apenas no ato de aplicação das normas ou de ordem material, o que impossibilitaria a fruição do próprio direito, posto que inexistente. Antes de tudo o problema das lacunas parte do questionamento do seu preenchimento pelo Judiciário, e sua legitimidade para tanto. Trazendo, também em Viehweg uma possível solução, a partir de sua técnica de pensamento problemático do direito, trazendo opinião de que o mesmo se torna mais apropriado ao estabelecimento do preenchimento das lacunas, a partir da análise do problema posto.

A busca dos clássicos ensinamentos de Aristóteles e Cícero⁸³ e o resgate da Tópica, em Viehweg, e da Retórica, em Perelman, visam a uma alternativa para solução de conflitos no âmbito do conhecimento jurídico, a partir dos pensamentos apodítico e dialético, baseados os pensamentos respectivamente na concepção de verdade e verossimilhança. A partir das perspectivas dogmática e zetética de construção do pensamento e do uso do problema como ponto de partida para solução de conflitos e não mais de um sistema pronto e acabado, foram permitidas deduções silogísticas em cadeia, que trariam todas as respostas, segundo o modelo cartesiano dominante à época.

Viehweg afirmava que, através da leitura correta do problema posto⁸⁴, e a depender no foco nas perguntas, por meio do uso do pensamento Zetético, (este primordialmente questionador), poderíamos fixar novas realidades ao problema, inclusive sendo este o modo pelo qual se renovariam as respostas e o próprio Direito. A partir, então de uma maneira dogmática de se pensar (mais fixa em determinadas realidades e conceitos, não questionadora), poder-se-ia apenas afirmar a segurança do ordenamento pela reprodução de respostas dogmáticamente estabelecidas dentro do Direito (estas são as respostas já estabelecidas como sendo mais acertadas, ou que não se necessitam questiona, pelo menos não nesse momento).

Sua construção tem por base a constatação de falhas, não apenas do método científico dedutivo-cartesiano, mas do próprio modelo de ciência posto. Viehweg aponta para o fato de que o pensamento por problemas seria não um método, mas um estilo, como propõe e expõe que serviria de alternativa ao uso universalizante do estudo do Direito pelo método cartesiano de ciência, o qual advindo das ciências naturais, aplicava os mesmos critérios para classificação e estudo das ciências humanas, incluindo o Direito.

Ademais, necessário justificar que o pensamento tópico muda o foco do problema das respostas a ser dadas e a solução dos conflitos trazidos a lume pelo Direito, porque

⁸³Cf. ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: Tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004. Como parte da retórica, a tópica – como já se disse – teve uma importância considerável na formação antiga e medieval. A retórica, com efeito, foi uma das sete artes liberais que integrou o Trivium, juntamente com a gramática e a dialética (a lógica medieval). O modo de pensar tópico surge, assim, como um contraponto do modo de pensar sistemático-dedutivo, do qual a geometria de Euclides é o exemplo paradigmático na Antiguidade. A desqualificação da tópica e sua perda de influência na cultura ocidental teriam ocorrido precisamente a partir do racionalismo e da irrupção do método matemático-cartesiano.

⁸⁴VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 34. Define problema como sendo: “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que se buscar uma resposta como solução”.

personaliza e ainda singulariza, de fato, o caso concreto à medida que qualifica o direito. Foca o problema, trazendo a sua realidade própria, isso como meio alternativo de sua observação massificante pelo sistema dedutivo cartesiano, que tratava como justo o que era posto pelo sistema, não questionando a justiça de cada caso em particular, o que não ocorreria dentro do panorama tópico de pensar, uma vez que a particularização e individualização dos casos geram a observação de todos os pontos do problema. Consequentemente, a gama de respostas possíveis dariam margem ao entendimento de que a fixação de modos alternativos de vermos o problema e as diversas possibilidades de *topoi* gerariam uma certeza de uma boa discussão dos seus resultados.

A opção de Viehweg aponta para um modelo de discurso jurídico menos dicotômico, não necessariamente comunicando como irracional aquilo que é retórico, e racional aquilo que só possa a ser demonstrado por meio de lógica formal, pelo contrário, importa que o discurso seja construído por participação situada dentro de um contexto histórico e social, e o uso seja ele zetético ou dogmático, influenciaria como recursos ou técnicas que viabilizam o entendimento daqueles que interagem para a construção do discurso jurídico, sendo legítima a sua opção.

O modo de estudo tópico, ou “estilo tópico” de conhecer o jurídico permite a singularização da realidade posta. Como dissemos, uma melhor percepção da realidade e, portanto, segundo a proposta de Viehweg, encontrar o justo ou o mais acertado para cada problema, certamente denota uma panorâmica dentro do problema, mostrando a realidade como ela é, permitindo soluções mais compatíveis e ajustadas a cada situação da vida, sobretudo no que pertine à total ausência de normas dentro do ordenamento jurídico.

O professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸⁵ Sustenta, no prefácio da edição brasileira que fez da obra de Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, o fato de que a tópica não seria propriamente um método, senão um estilo de pensar por problemas, não se misturando com a ideia de uma visão principiológica de avaliação das evidências e cânones que servem para julgar a adequação das respostas dadas, sendo então somente um modo de pensar por problemas a partir deles próprios e em direção a estes.

⁸⁵FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 3.

Écio Oto Ramos Duarte⁸⁶, por sua volta, aduz que a tópica é um processo especial de tratamento de problemas ou técnica do pensamento problemático, que tem por característica o emprego de certos pontos de vista, questionamentos e argumentos gerais, considerados adequados, a saber: os tópicos que são propriamente pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, possuindo validade geral, ponderando os prós e contras das opiniões que levam ao verdadeiro.

Viehweg procede uma classificação que subdivide a tópica em dois níveis: tópica de primeiro grau e tópica de segundo grau. Ao defrontarmo-nos com um problema, selecionamos uma série de pontos de vista, invocando, deste modo, razões que permitem levar, objetivamente, a consequências que nos apresentem caminhos para a solução do referido problema. Destaca o autor alemão que assim se procede na vida cotidiana, estamos situados no nível da tópica de primeiro grau. Se procedemos, agora, buscando utilizar um catálogo de tópicos, ou seja, estruturados em uma base que foi elaborada a partir de um repertório de pontos de vista, estamos situados no nível da tópica de segundo grau⁸⁷.

Em seu pensamento por problemas, Viehweg abandona o pensamento sistemático sustentado pelo Cartesianismo, se auto-afirmando assistemático, propondo que as soluções para determinados problemas dar-se-ia a partir do próprio problema proposto, focando-se as perguntas certas e conseqüentemente as respostas mais adequadas a sua solução, não significando com isso que necessariamente as respostas obtidas sirvam como parâmetros para outros problemas análogos, isso numa perspectiva de que, estando aberto a novas soluções, não haveria engessamento, o que possibilitaria a renovação jurídica dos argumentos de forma mais constante.

De fato, Viehweg afirma que o Direito surgira, seja da norma, ou da vivência social, mantendo uma visão não jusnaturalista, haja vista que não se enquadra nem como positivista, nem ainda como jusnaturalista. A sua visão é, sobretudo, sociológica, porque em sua tópica se propõe a ser uma terceira perspectiva que não se enquadra em nenhuma das duas outras correntes doutrinárias aduzidas.

Ademais, não podemos esquecer que a tópica levanta como pressuposto básico o fato de que a lei deixa de ser a principal, senão única fonte de formação do Direito, o que quebra o paradigma positivista de que a norma abrange todos os casos da vida prática, que ela consiga dar respostas a todas as perguntas, ou ainda o fato que não se questiona sobre se ela realmente promove a justiça.

⁸⁶DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso correção normativa do direito**: Aproximação à metodologia discursiva do direito. 2. ed. rev. São Paulo: Landy, 2004. p. 87

⁸⁷*Ibidem*. p. 87.

Dalmo de Abreu Dallari fórmula ferrenha crítica aos modelos de decisão estabelecidos dentro do Judiciário que não se preocupam com as repercussões de injustiça provocadas pelo apego cego à aplicação de leis incompatíveis com as necessidades do jurisdicionado:

Não se percebe preocupação com os interesses e as angústias das pessoas que dependem de decisões e que muitas vezes já não têm mais condições de gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados a abrir mão de seus direitos, arrasados pelas circunstâncias da vida ou da morte. Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho à arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei⁸⁸.

Certamente que a proposta da tópica se aproxima em muito das declarações formuladas por Dallari, posto que o mais importante não é a obediência cega à lei, senão a promoção da justiça, que inclusive passa pela análise valorativa em muitas vezes de que a lei não produzirá no caso analisado, o benefício desejado. Daí a importância de se pensar por problemas. Certamente que tópica, como já disse Viehweg não deve ser entendida como método, senão como alternativa à solução de problemas, por meio de decisões judiciais pontuais.

3.4 O problema da indeterminabilidade nas decisões pelo uso tópico – as críticas ao uso da teoria tópica

O que diferencia Viehweg do pensamento Sistemático Cartesiano seria o fato de que pensar por problemas, embora não seja algo sistemático em si, e implique num prévio conhecimento a respeito dos lugares comuns a serem utilizados os *topoi*, geraria uma solução e com isso, automaticamente, haveria implicação de alocação em conjuntos prévios dentro do próprio sistema, o que não é preocupação de Viehweg em sua obra. Mais adiante percebemos que essa é uma das fraquezas de sua teoria, segundo os seus opositores, é que demonstra que a tópica de fato não serviria para o estudo do Direito e conseqüentemente para produção de decisões judiciais, como método substitutivo ou mesmo alternativo, sendo insubsistentes os seus liames metodológicos de fechamento na escolha das soluções, posto que não daria a segurança jurídica requerida.

⁸⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80.

Pensemos que, de fato, no pensamento cartesiano consideramos como válida e correta uma única solução, o que não ocorre certamente no pensamento tópico, que permite o encontro de mais de uma e até mesmo possibilidade de diversas soluções para o problema proposto, haja vista que, a partir da análise do problema e a considerar-se qual o lugar comum a ser utilizado para dar uma solução ou ainda as perguntas que se façam, certamente poderemos ter variadas respostas. Indiscutivelmente isso causa uma certa insegurança, posto que uma decisão judicial poderá ter várias possíveis soluções, sem contudo haver-se estabelecimento de qual delas seja a mais acertada⁸⁹.

Entretanto, defendemos que a tópica permite a explicação de certos argumentos do pensamento jurídico que passam despercebidos, numa perspectiva lógica do raciocínio, uma vez que não apenas considera a lei como única aporia fundamental para resolução dos problemas postos, elencando outros lugares comuns que podem ser utilizados pelo Direito em grau de igualdade e, ou superioridade, não precisamente sendo a lei a primeira na ordem de preferência de utilização, o que no mínimo gera uma revolução no formalismo até então imposto como sendo de mão única, sendo a lei preferencialmente a única e fundamental fonte para se encontrar as respostas dos problemas propostos.

No mesmo sentido Eduardo Beil:

Com isso, quer-se aqui esclarecer, e, portanto, de pronto afastar, a ideia equivocada de que a lei seria a única – ou então a intangível – fonte do Direito. Não é. A lei, não obstante seja realmente importante, é mais um elemento de um todo que forma o sistema jurídico, o qual funciona e diante de uma conjunção de fatores, que somente se configuram definitivamente num processo contínuo de atividade jurisprudencial, do qual a lei é apenas uma parte. A lei, em si, não responde tudo, relegando ao operador jurídico a explanação de seu significado, o preenchimento de suas lacunas. É óbvio e inevitável que, neste processo, os pontos de vista, o meio social e a época vivida por aqueles que buscam e entregam a resposta vão influenciar a decisão. Ou seja, tão importante quanto o texto produzido pelo Legislativo são as complementações sobre ele realizadas pelos seus intérpretes, aí incluídos não só os juízes, mas também os advogados e membros do Ministério Público, cada um deles interferindo em seu significado, demonstrando suas respectivas opiniões⁹⁰.

Dentro então do panorama tópico proposto por Viehweg, a norma perderia a condição primeira, não apenas quando não verificada a sua perfeita compatibilidade com o

⁸⁹ ATIENZA, Manoel. **As razões do direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 49-50. “Os tópicos devem ser vistos como premissas compartilhadas que têm uma presunção de plausibilidade ou que, pelo menos, impõem a carga da argumentação a quem os questiona. Mas o problema essencial que se coloca com o seu uso é que os tópicos não estão hierarquizados entre si, de maneira que, para a resolução de uma mesma questão, seria necessário utilizar tópicos diferentes, que levariam também a resultados diferentes”.

⁹⁰ BEIL, Eduardo. **A jurisprudência como fonte de produção e atualização do direito**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=34271>. Acesso em: 05 jan. 2011. p. 2-3.

problema, mas em todo e qualquer caso posto à solução. Ora, os positivistas e os dogmáticos certamente não toleram o fato de que a norma possa ser preterida por um costume, uma decisão judicial, ou qualquer outro *topos*, posto que, perderia em segurança jurídica e certezas que são necessárias ao Direito, na regulação social.

Desta feita, o modo de pensar tópico torna-se, de fato, uma via alternativa para o estudo do Direito, sobretudo para a *práxis* jurídica, indicando que na prática ele ocorre, independente da vontade daquele que o utiliza, ocorrendo naturalmente. Ao tratarmos um problema, segundo aduz o autor alemão, temos por método o questionamento do problema posto e a necessária solução deste. Todavia, o que não é muito claro é o uso de outros argumentos advindos não especificamente da lei previamente estabelecida, seja pela sua indeterminação, vagueza, ou mesmo ausência, senão de outros meios, e que a esta podem se sobrepor, haja vista que a realidade do problema é que vai determinar qual a solução mais adequada, pelo que existem outras soluções válidas e que poderiam também ser utilizadas para o mesmo, quebrando o dogma de que para cada problema haveria uma única e verdadeira solução.

Certamente causa calafrios aos chamados silogistas do estudo do Direito que, a partir de uma premissa maior (a norma), e da premissa menor (o caso concreto), teriam a solução do caso, de forma dedutiva pura, a partir de um sistema previamente proposto (seguro), de onde se parte sempre da norma para o problema, e não do problema para a norma, como creem os realistas americanos, quando aduzem que o juiz, ao solucionar um caso concreto, já tem a sentença do caso, indo à lei apenas para embasar o seu raciocínio.

Todavia os críticos de Viehweg apontam que a aplicação de sua teoria de estudo do Direito pelo modo tópico - focalizando os problemas - apontam inconsistências diversas, sobretudo pela vagueza e imprecisão dos conceitos utilizados pelo autor. O próprio Alexy formula ferrenhas críticas ao modo de pensar tópico, informando que primeiramente ele forneceria no mínimo três sentidos distintos: 1) uma busca de premissas; 2) uma teoria da natureza das premissas e 3) uma teoria sobre a natureza das premissas na fundamentação jurídica⁹¹, devendo de plano definir qual seria então o sentido que Viehweg quis dar a sua teoria, ou a princípio.

⁹¹ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

A vagueza na definição do que seriam os problemas e a própria formulação conceitual da disciplina como um todo, segundo Atienza⁹², advém desde a formulação, pelos filósofos gregos, do que seria o significado de *topos*, feita de modo impreciso, a qual ainda hoje se encontra confusa, e certamente produz incerteza nos pontos de partida admitidos por Viehweg e na fixação dos critérios que forneçam legitimidade aos lugares comuns estabelecidos pelo autor, haja vista a complexidade de se definir os lugares comuns, quais os critérios que deveriam ser considerados nessa escolha.

Outras críticas formuladas a Viehweg apontam para o fato de que ele confunde as noções de sistema e lógica, havendo confusões ao querer distinguir o sistema dedutivo lógico e o tópico, daí as imprecisões anteriores formuladas quando falávamos que, ao intitular-se assistemático, Viehweg não consegue explicar de modo satisfatório o fato de como ajustar a escolha dos *topoi* que melhor se adequariam à resolução dos problemas, seus mecanismos utilizados para distinguir os lugares comuns, quantos e, mais ainda, como são escolhidos, sendo, em Viehweg, lacunosa as diretrizes para sopesar os argumentos tidos por verdadeiros e mais adequados a cada problema, os chamados dogmas, que viriam a ser soluções para cada caso concreto.

De fato, validar os dogmas encontrados e mesmo avaliar de modo seguro os *topoi* não é algo que seja claro em Viehweg, posto que, de fato, haja uma abertura muito grande na sua teoria. Até mesmo as perguntas a serem formuladas, pela sua imprecisão metodológica e vagueza, tornam-se o calcanhar de Aquiles da Teoria de Viehweg.

Além disso, não restou explicado como se faria para selecionar os problemas que seriam tratados pelo ordenamento jurídico, quais os critérios de seleção, uma vez que não haveria subsunção do fato a uma norma especificada, nos moldes cartesiano-dedutivo, em ainda sequer garantia de que a norma seja de fato utilizada em todos os casos, posto que ocupa lugar de igualdade diante dos demais argumentos disponíveis para solução, como antes afirmamos.

Desta feita, fixar as perguntas que seriam feitas e quais delas seriam, de fato, válidas para corroborar as respostas que seriam escolhidas, uma vez que da mesma forma que o modo de pensar cartesiano pode ser manipulado para legitimar injustiças, com o pensamento tópico, instigam os seus críticos, não seria diferente, tendo em vista que Viehweg não fez o

⁹² ATIENZA, Manoel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p. 52-53.

fechamento dos pontos principais de sua teoria, o que deixou em aberto não apenas os conceitos, como também esses critérios de análise dos pontos assinalados e que permanecem sem resposta, pondo em descrédito, no mínimo, o modo de pensar tópico para aquilo que se propõe ser, uma alternativa ao modo de pensar lógico-dedutivo do modelo cartesiano.

Vale instar que de fato a tópica lista uma série de tópicos que podem ser de fato utilizados numa perspectiva zetética, que conforme apontado anteriormente levam a construção crítica e tenta, com isso, formar o conhecimento dogmático ou mesmo fazer a renovação de dogmas que não mais sejam aceitos para solução do problema posto.

Diante dessa perspectiva, as críticas, levam ao ponto de que embora se classifique como assistemático, Viehweg, na verdade, é, inegavelmente, sistemático na proposição de sua teoria, não se encontrando a tópica dentro do sistema fechado, que aqui denominamos ordenamento jurídico, mas de fato a sua tópica tem sede certamente dentro do sistema aberto, portanto, maior, que aqui poderíamos denominar ordem jurídica, posto que muitos dos topos utilizados pela tópica encontram-se nesse meio, onde embora não positivados, servem de amparo e auxílio para a solução de conflitos, tais como princípios, costumes jurídicos e, diríamos mais, até mesmo o próprio sentimento de justiça que se encontra espalhado nesse panorama de ordem jurídica⁹³.

E, por fim, não menos importante seria a crítica de que Viehweg expõe que a Justiça deveria ser o parâmetro de escolha dos tópicos e soluções para os problemas. Ocorre que o próprio conceito de justiça também é vago e aberto, carecendo de limites para sua imposição e interpretação própria. Isto, por que haja a necessidade de métodos que garantam os limites dessa noção de justo, que é perquirido, uma espécie de controle dos argumentos, que permitam a discussão racional do que de fato seria justo, haja vista que, segundo o autor, esta seria um dos objetivos da jurisprudência a busca dos argumentos válidos e, portanto, justos.

De toda sorte, as críticas formuladas à teoria de Theodor Viehweg são válidas à medida que sintetizam o fato de o autor não ter fechado os pontos nevrálgicos de sua formulação teórica, o que, segundo os autores, dificultou e dificulta a aplicação, nos moldes desejados, da sua teoria à práxis jurídica, posto que seria verdadeira insegurança jurídica generalizada, o que em parte discordamos, haja vista o fato de ser possível contemporizar a

⁹³CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbekian, 1996. Para uma melhor visualização dessa realidade recomendamos a leitura do livro de Canaris a respeito, quando ele explica com maior vagar essa breve explanação, que de forma simplista aqui expomos.

teoria, fazendo-se as devidas adequações, logicamente formulando os limites ao uso dos *topoi*, aliando-se a tanto uma forma de regramento e validade escalonada, segundo o valor de cada um deles.

Neste ponto concordamos com Maria Helena Diniz quando afirma:

Ao colmatar lacunas por meio da ideologia, pois está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica dentre as várias soluções possíveis, que indica os meios para que possa prolatar sua decisão, deverá mater-se dentro dos limites autorizados pelo sistema jurídico. Sua solução ao caso concreto não poderá ser conflitante com o espírito desse sistema. De modo que a norma individual completamente do sistema não é, nem pode ser elaborada fora dos marcos jurídicos⁹⁴.

Defendemos que a própria natureza sistemática do direito não permite que mesmo havendo diversidade de possibilidades no preenchimento das lacunas, por parte do juiz, que em tese teria uma discricionariedade ampla na sua integração, não seria possível, haja vista que existem valores que permeiam e informam o ordenamento jurídico, os quais seriam os limites implícitos ao cometimento de arbitrariedades ou excessos pelo magistrado. De outra sorte o próprio art. 4 da LICC impôs uma ordem que deve ser seguida na ausência de lei que trate do caso a ser julgado. De sorte que a aplicação da teoria tópica poderia sim ser bastante útil a solução dos casos aparentemente sem solução previamente conhecida pelo ordenamento. Outrossim a aplicação da teoria de Viehweg não deve ser utilizada de forma isolada senão combinada com outros métodos e técnicas de integração e preenchimento do direito, na melhor ideia de Dworkin, a respeito da integridade do ordenamento, no que tange a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos.

3.5 Os conceitos abertos e a interpretação principiológica

Ainda que a atividade de aplicação do Direito não seja meramente mecânica na sua atividade interpretativa, é certo que o intérprete se encontra diante de escolhas. Fato é que ao Poder Legislativo, e somente a este, é dada a escolha na produção normativa de quais temas vão compor as leis, sendo certo que o Poder Judiciário, não obstante o chamado “poder criativo”, a ele atribuído, posto que traz certa inovação na aplicação da lei, produz, certamente, o sentido normativo no caso concreto, entretanto, não pode, essa atribuição, “criar lei”, em suas decisões, com sentido que seja *contra legem*, ainda que ocorra a existência de vácuo legislativo.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 299.

Não obstante a tudo o que já dissemos até então, é preciso entender a atuação do Poder Judiciário nos casos de interpretação dos chamados conceitos abertos, se há ou não um ativismo judicial e, conseqüentemente, uma criação legislativa, quando os juízes interpretando o caso concreto, com base em princípios, parecem criar nova regra jurídica⁹⁵.

Senão como resolver a questão do sopesamento de valores que há nas atividades do Poder Judiciário, quando diante dos chamados *hard cases*? Ou mesmo na atuação de princípios colidentes? ou ainda, na existência de regras que agridem princípios jurídicos estabelecidos?

Prima facie precisamos recorrer a uma conceituação de princípio jurídico e regra jurídica. Adotamos a posição defendida pelo jurista Robert Alexy sobre os temas:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas [...] De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível⁹⁶.

Conclui ainda que os princípios:

[...] não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Do fato que o princípio valha para um caso não se infere que o princípio requer deste caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser ultrapassadas por outras razões opostas [...]. Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas⁹⁷.

Não dissociamos a ideia de que à existência de tensões neste campo de atuação do Poder do Judiciário, no que tange a existência de judicialização e ativismo judicial, umbilicalmente ligam-se ao fato da natureza complexa e tensional dos direitos fundamentais, somados de alguma forma a uma divergência e conflituosidade social, que se apresentam junto com o Direito e que se expressam na pluralidade de valores albergados na Constituição,

⁹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Gen Método, 2010. p. 32.

“Diversamente das concepções jusnaturalistas e positivistas, na quais princípios e normas eram compreendidos como espécies distintas, na teoria alexyana a norma é um gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Enquanto estas, quando válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições (mandamentos de definição), os princípios se caracterizam por possibilitar que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus, por serem ‘normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes’ (mandamentos de otimização)”.

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 86-87.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 99.

consequentemente, gerando distintas interpretações do seu texto, pelos agentes jurídicos, por sua vez imbuídos de uma atividade de natureza política.

No que tange à interpretação/aplicação de regras pelo Poder Judiciário, ainda que tratemos do âmbito de validade normativa, fica mais fácil a sua resolução haja vista os comentários de Alexy, posto que, as regras ou aplicam-se ou não, existindo a impossibilidade de atuação de ambas no mesmo caso, a aplicação de uma automaticamente invalida a outra, sendo fácil controlar a presença de condutas ativistas dos magistrados. Todavia, salientamos que, se considerássemos que apenas existissem regras, certamente haveria com isto uma mecanização do Direito, o que de todo modo o enfraqueceria, posto que limitasse sua própria atualização do direito por meio da interpretação/atuação judicial.

No sentido contrário, a presença de princípios jurídicos gera uma maior possibilidade de atuação da judicialização e do ativismo judicial, haja vista o fato de que não tratamos de validade, mas de ponderação, dentro de uma perspectiva interpretativa com o intuito de concretização de uma norma⁹⁸.

3.6 A criação judicial do direito pelos juízes: técnicas do ativismo judicial e da judicialização

O que se observa é que hoje a atividade cognitiva realizada pelo juiz não se restringe a uma simples adequação do fato à norma; é crescente a ideia de que a sentença não mais decorre automaticamente da lei, mas que o juiz, em sua atividade de dizer o direito ao caso concreto, exerce uma função de natureza propriamente criativa em relação à lei posta. Neste diapasão, vejamos os ensinamentos de Kelsen:

Contrariamente ao que às vezes se afirma, o tribunal não formula apenas direito já existente. Ele não ‘busca’ e ‘acha’ apenas o direito que existe antes da decisão, não pronuncia meramente o direito que existe, pronto e acabado, antes do pronunciamento. Tanto ao estabelecer a presença de condições quanto ao estipular a sanção, a decisão judicial tem um caráter constitutivo. A decisão, é verdade, aplica uma norma geral preexistente na qual certa consequência é vinculada a certas condições. Mas a existência das condições concretas é, no caso concreto, estabelecida, primeiro, pela decisão do tribunal. As decisões e consequências são relacionadas por decisões judiciais no domínio concreto, assim como são relacionadas por estatutos e regras de direito consuetudinário no domínio do abstrato. A norma individual da decisão judicial é a individualização e a concretização necessárias da norma geral e abstrata. Apenas o preconceito, característico da jurisprudência da Europa continental, de que o direito é, por definição, apenas normas gerais, apenas a identificação errônea do direito com as

⁹⁸DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**: Aproximação à metodologia discursiva do direito. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 66-67.

regras gerais do direito estatutário e consuetudinário, poderiam obscurecer o fato de que a decisão continua o processo criador do direito, da esfera do geral e abstrato para a esfera do individual e concreto⁹⁹.

Desse modo que, o juiz ao decidir, exercendo atividade cognitiva própria da jurisdição, cria norma jurídica, posto que estabelece sentido à lei e, com isso, acaba inovando em certa maneira, o sistema normativo. Assim, ao dizer o direito, o juiz não apenas declara o conteúdo expresso na lei vigente mas, mais que isso, atribui-lhe significado na sua interpretação, não sendo atividade meramente declaratória, mas propriamente constitutiva.

No mesmo sentido o pensamento de Nojiri, aduzindo que interpretar é atribuir significado a um texto normativo. Não se tratando de desvendar ou simplesmente descobrir um sentido encoberto na lei, mas de fato a imputação de um significado ao enunciado trazido no bojo do texto legal. Interpretar então seria verdadeira construção de sentidos e não apenas reprodução. Portanto, ocorreria uma criação judicial do Direito.

Aduz ainda que:

[...] é possível extrair dois sentidos para a expressão criação judicial do direito, um fraco, na linha de uma simples realização da norma, e outro forte, no qual a discricionariedade judicial é mais ampla. Nessa última acepção a criação não decorre, necessariamente, nem da redação da lei, nem da “vontade do legislador”, mas de critérios outros advindos da subjetividade do próprio julgador, ainda que essa subjetividade esteja inserida em um contexto social maior, de matiz política ideológica. A criação judicial, em sentido forte, seria uma verdadeira subversão da ordem imposta pelo princípio da separação dos poderes, visto em sua acepção tradicional¹⁰⁰.

No caso do Brasil, a forma de criação judicial do Direito se identifica mais com o sentido fraco da expressão citada por Nojiri, haja vista o fato de que na maioria dos julgados não se aceitam elementos alienígenas ao direito que é estabelecido pelo legislador, embora na prática este cenário venha se reformulando com a mistura à abertura das normas do sistema jurídico para renovação do sentido das leis. Vemo-nos, portanto, diante do velho problema das fontes do Direito. Todavia, existem casos em que os julgamentos apresentam criação judicial em seu sentido forte, prevalecendo, nesses casos, a vontade da política e, ou ideologia do juiz que os profere, em detrimento, algumas vezes, à própria legislação vigente.

Sobre o tema ressalta João Paulo Allain Teixeira:

A tradição jurídica associa a interpretação e a aplicação do direito como um processo meramente subsuntivo baseado num silogismo. Esta perspectiva, essencialmente formalista, favorece o entendimento equivocado de que a norma

⁹⁹KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 139.

¹⁰⁰NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

possui um sentido absoluto, pré-existente ao próprio ato interpretativo que necessita tão somente ser ‘desentranhado’ pelo intérprete. A hermenêutica clássica privilegia assim uma interpretação fundada em um processo silogístico, proporcionando o fechamento cognitivo do direito¹⁰¹.

Para o autor, essa visão das decisões baseadas em um silogismo encontra guarida na concepção liberal do Direito e do Estado, visto que sempre buscou-se a limitação do poder através de uma ordenação objetiva como forma de suprimir o poder que no passado já fora absoluto. Então se percebia que o papel principal do Direito era garantir ao indivíduo meios que assegurassem segurança contra eventuais abusos, os quais eram estabelecidos por meio de direitos e deveres prévios de todos. Daí a ideia de previsibilidade que tornava a vida em sociedade suportável, elevando com isto a segurança a um status de supremacia, que muitas vezes corroía a própria realização da justiça.

Recorrendo a Perelman, o professor João Paulo Allain Teixeira aponta ainda:

Enquanto o raciocínio jurídico relativo à aplicação da lei foi considerado uma simples operação dedutiva que se tratasse de decisão judiciária ou administrativa, devendo a solução ser apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, sem levar em consideração seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável, podia-se pretender que uma Teoria Pura do Direito devia ignorar juízos de valor¹⁰².

Ademais não podemos esquecer que a interpretação ou hermenêutica passa também pelo fato de que nem sempre haverá clareza da norma criada, haja vista o fato de que o legislador nem sempre deixe claro a aplicabilidade da norma criada, posto que não há decisões que, de fato, possam ser aplicadas em todas às situações. Assim consideremos que o próprio entendimento de sistema, e a necessidade de se recorrer a uma interpretação sistemática, conglobante leva à criação de um direito, muitas vezes assemelhado a novidade em relação a própria lei interpretada. Nesse sentido podemos remeter o leitor às palavras de Limonji França a respeito do papel da hermenêutica e da interpretação dos textos normativos:

Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não podem restringir-se tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança¹⁰³.

Como exemplo de julgados que adotaram a criação judicial no seu sentido forte,

¹⁰¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 2.

¹⁰² PERELMAN, Chaim. *Apud* TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Ibid.* p. 3.

¹⁰³ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 22.

citamos os casos de relativização da coisa julgada. Com relação ao tema da coisa julgada, é de se ressaltar que ela hoje é vista como algo soberano e imutável, pétreo, o que tradicionalmente estabeleceu-se que nem mesmo a decisão ‘injusta’ seria capaz de ser modificada. Todavia, esse tipo de argumentação vem se modificando, com o argumento de que, no confronto entre segurança jurídica e ideal de justiça a ser alcançado, pode haver a flexibilização para se alcançar o justo desejado, podemos citar casos mais aceitos de flexibilização e que vêm sendo debatidos no Judiciário, os casos de declaração de paternidade por ausência de provas, antes da existência do exame do DNA, e que já não mais se alcançavam por meio de Ação Rescisória.

Neste sentido selecionamos duas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde anteriormente posicionava-se de forma contrária à relativização nos casos de ação de investigação de paternidade e, posteriormente, veio a aceitá-la, produzindo atitude de franca criação judicial e ativismo.

ACÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido¹⁰⁴.

Em 2001, o STJ modificou o seu entendimento, analisando caso proveniente do Paraná que, em 1985, julgando recurso de apelação, o Tribunal de Justiça paranaense indeferiu o pedido, julgando-o extinto por falta de provas, e passados doze anos, em novembro de 1997, novamente proposta a ação, requeria a parte autora a realização do DNA, a qual impugnou o réu preliminarmente a existência de coisa julgada, o que, não acolhido pelo juízo de piso, ocasionou a propositura de agravo de instrumento que aceitou a tese do investigado para dar-lhe acolhimento, levando os autores a proporem Recurso Especial ao

¹⁰⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp. 107.248/GO. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, AC. De 07.05.98, DJU de 29.06.98. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502400/recurso-especial-resp-107248-go-1996-0057129-5-stj>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

STJ, que desta feita, modificando decisão anterior, promoveu a decisão, que na prática é verdadeira criação judicial de Direito, e francamente permeada de ativismo judicial, senão vejamos a ementa:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II - nos termos da orientação da turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III - a coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, **na busca, sobretudo, da realização do processo justo**, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, **a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade**'. IV - este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum¹⁰⁵.

Essa modificação do entendimento jurisprudencial dos tribunais é possível dentro de uma ordem jurídica, o que não pode haver são tribunais que julgam ora de uma forma, ora de outra, isso sim é evitar a insegurança jurídica. Embora de cunho eminentemente ativista, a posição do Tribunal precisou o elemento justiça como sendo o mais importante, não podendo ser impedida a sua realização sob a argumentação de que a lei não permitia a relativização em prol da segurança jurídica.

Neste sentido concordamos com Karl Larenz:

[...] claro que na nossa ordem jurídica os tribunais não estão vinculados à interpretação em certa altura aceite. Podem, ou melhor, devem, desviar-se dela quando, segundo a convicção do tribunal, no caso julgar, melhores razões se inclinam para uma outra interpretação. Mas tais casos são relativamente raros; a relativa insegurança jurídica consubstanciada na possibilidade de uma alteração da jurisprudência dos tribunais tem que aceitar-se para tornar possíveis sentenças materialmente correctas. [...] não existe, no entanto, uma interpretação absolutamente correcta, no sentido de que seja tanto definitiva, porque a variedade

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 226.436/PR. Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira. AC. De 28.06.01. DJU de 04.02.02. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7839519/recurso-especial-resp-226436-pr-1999-0071498-9-stj>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões¹⁰⁶.

Como se percebe, por trás das decisões apresentadas, existem valorações. Os Ministros, ao realizarem sua atividade cognitiva, “manipulam” o sentido literal das normas jurídicas, descobrindo novos significados para os textos legais, acabando, como já o dissemos aqui, com a falácia de que a lei tem interpretação e sentido unívocos, neste caso específico, prevalecendo o sentido de justiça aos demais contrapostos. Assim é que os magistrados têm se mostrado cada vez mais compromissados com a busca por novos procedimentos interpretativos, por vezes absolutamente criativos, como no caso da jurisprudência citada, que demonstra a mutação de sentido da lei.

Concordamos com autores como Nojiri para quem a criação do Direito em sentido forte é um mecanismo inerente ao próprio sistema jurídico, apesar de não estar expressamente reconhecido na lei, o qual atribui competência normativa a magistrados e administradores, para que possam amenizar em alguns casos o rigor da lei, nas hipóteses em que sua aplicação importe criação de situações dissonantes do padrão cultural, a exemplo da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

Ora a criatividade judicial, ao invés de ser considerada um defeito, do qual deve se livrar o aplicador do Direito, constitui-se numa qualidade essencial, a qual deve o intérprete desenvolver de forma racional e consciente. A interpretação criativa é uma atividade legítima, a qual o juiz, intérprete, desempenha de forma natural, durante o curso do processo de aplicação do Direito, e não um procedimento escuso e discricionário, posto que desenvolvido a seu bel prazer, que, por isso, deva ser coibido porque supostamente compreenda um agir à margem da lei ou fora dela.

Aliada a essas circunstâncias postas, necessária a análise do ponto referenciado, que trata da chamada lacuna da lei, precisamente diante do fato de que a lei produzida pelo Poder Legislativo não consegue abarcar todas as possibilidades do caso concreto, ou trazendo uma alusão kantiana, a norma que trabalha o mundo da ideia, ou dever-ser, não consegue preencher e visualizar todos os casos do mundo do ser, ou mundo dos fatos.

Ademais sempre temos que nos remeter à questão da possibilidade de haver lacunas na lei que se interpreta, ocasião em que nem sempre o juiz poderá usar de analogia ou mesmo dos costumes, devendo muitas vezes inovar na solução dos casos trazidos a julgamento, pela

¹⁰⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. reform. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 442-443.

obrigação de que nenhum dos casos trazidos ao Poder Judiciário poderá voltar sem resposta, o que automaticamente abriria um leque ainda maior de possibilidades no julgamento a ser proferido, à semelhança do que ocorre no direito americano do norte da possibilidade de o juiz legislar no caso concreto, ainda que indiretamente, por meio dos julgamentos que inevitavelmente trazem consequências do chamado precedente jurisprudencial, implicando a utilização particular do julgamento proposto de forma *erga omnes*, ante a possibilidade de ser levantado em outros casos semelhantes.

Mesmo não sendo largamente utilizada, ou aceita a tese da chamada legislação judicial, ainda assim, podemos dizer que, há algum tempo se constrói no Brasil uma doutrina, ainda que silenciosa, de construção judicial do Direito pátrio, haja vista os comentários do Jurista Lincoln Magalhães da Rocha¹⁰⁷, sobre a nossa aproximação com o direito de *commom Law*, senão o que dizer da importância das Súmulas e jurisprudências, estabelecida ao longo de décadas, cuja utilização sequer é comentada.

O que falar então da proposta do Novo Código de Processo Civil que, para conferir celeridade, meio que obriga as instâncias inferiores a negarem seguimento a recursos com base em jurisprudências das cortes superiores¹⁰⁸? No mínimo, o que podemos dizer é que a análise do instituto, da criação judicial da norma pelo juiz, deve ser tida por possível, haja vista a necessidade de eficácia aos direitos. Daí voltamos à questão do garantismo estabelecido a partir da fixação da Constituição como norma ápice e da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, posto que carregam os valores da comunidade.

¹⁰⁷ Cf. ROCHA, Lincoln Magalhães da. **Direito súmular**: uma experiência vitoriosa do poder judiciário. Rio de Janeiro: Shogun Arte, 1983.

¹⁰⁸ BRASIL. **Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código processo civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2011. Neste sentido importante a citação de trecho da exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil “Prestígiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: ‘A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia’. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

3.7 Os *hard cases* no contexto do ativismo judicial e da judicialização

Quando tratamos de decisões judiciais nos remetemos a situações da vida real que necessitam de uma resolução prática a cada caso. Partindo de um pressuposto de patamar positivista clássico, as respostas, diríamos então, estão todas na lei posta, haja vista o seu caráter de generalidade. Posto que a priori a máxima do positivismo se baseia no fato de que a lei responde a todas as situações. Entretanto, já estabelecemos aqui que certamente este foi, por muito tempo, e de certa forma ainda é, o grande problema do cartesianismo e da ideia de aplicação da lei como mera subsunção do que esta disciplina aos casos reais da vida comum, qual seja o fato de que a lei não consegue abarcar todos os casos e realidades da vida cotidiana, sendo certo que, em algum momento, haverá pontos cegos, onde não existirá possibilidade de sua implantação.

Certamente que um dos fatores para o avanço e crescimento do ativismo judicial se deu pela resolução dos casos difíceis ou *hard cases* na melhor doutrina norte americana, haja vista a sua natureza de situações de fato complexas, duvidosas e com agentes em condições peculiares; ou ainda normas aplicáveis que são vagas, ambíguas, e, ou incongruentes; o que caracteriza a necessidade de atuação/ação de um poder discricionário do juiz por meio de uma solução não meramente silogística, posto que impossível.

É certo que o advento do Estado social, a partir século XX, trouxe consigo uma característica de sobreposição do caso concreto à generalidade da lei, o que certamente provocou verdadeira revolução no Direito, haja vista que a sentença judicial passou a configurar uma espécie de exortação da jurisprudência à própria lei, posto que ao juiz, como já inferimos anteriormente, fora dado o papel de intérprete e, em não muitas raras oportunidades, criador da realidade jurídica (criatividade judicial da norma), pela interpretação dos institutos, sobretudo os lacunosos e imprecisos, sem falar naqueles trazidos por esta nova realidade de Estado Social, os chamados conceitos imprecisos ou principiológicos, com alto teor conceitual. O juiz desta época é um verdadeiro engenheiro social, ele dá consistência às possibilidades jurídicas, que lhe são trazidas por meio dos litígios, que conseqüentemente aumentaram, seja em razão da mudança de paradigmas, seja em razão da própria realidade de novos e maiores direitos postos à disposição dos súditos da lei, inclusive aqueles que estabelecem maiores deveres sociais do Estado para com o povo

(direitos sociais, de educação, de proteção a vida e liberdade entre outros que foram estabelecidos).

Assim é que, a partir da mudança de foco do Estado Liberal para o Social, vemos a modificação da racionalidade jurídica, que passa a induzir o primado dos fatos sociais e conflitos decorrentes, sobretudo, da prestação idônea dos direitos fundamentais pelo Estado, o que causou certa dissolução do ideal de ato normativo único, em razão da multiplicidade de decisões sobre cada assunto, desta feita na melhor doutrina da autora Ingeborg Maus o foco passa a estar no juiz, como figura central e necessária, capaz de resolver não apenas os conflitos processualmente postos, mas, sobretudo, com este dar consecução aos anseios sociais, tornando-se verdadeiramente “balsa de salvação para os perdidos”.

A multiplicidade de atores jurídicos e políticos, o maior entrelaçamento sistemático das funções institucionais do Estado, atrelado à existência de maiores ações jurídicas cada vez mais complexas visando à realização de programas diversos, inclusive de ordem política dos demais poderes constituídos, associado à noção de direito líquido que se põe nas diversas situações vem ocupando na sociedade destes Estados, todos os espaços disponíveis, causando de certa forma pressões por meio dos particulares, e também do próprio Estado, pela busca de auferir-se a realização dos escopos sociais adquiridos, sobretudo pelas normas constitucionais.

A Racionalidade jurídica discursiva e argumentativa passa a ser então um vetor de canalização e concretização dos direitos que se põem em xeque; verdadeira ferramenta para se dar voz a esses anseios. Como vimos no capítulo, em que tratamos da Tópica, como meio alternativo e útil, a favor dos magistrados, para resolver situações de lacunas legislativas, incluindo-se como ponto de partida, inclusive, aqueles não necessariamente legais, decorrente da multiplicidade de *topoi*, para resolução dos conflitos reais, o que poderia ser aproveitado de certa forma, desde que se estabeleçam limites adequados a sua utilização.

De toda forma, há uma cobrança para que o Judiciário seja mais efetivo na realização de direitos de natureza social, sobretudo pela importância destas decisões para a promoção do desenvolvimento do Estado.

Diante desta perspectiva clara, temos a premissa de que o Poder Judiciário, em favor do bem social, poder imiscuir-se na área de decisões políticas dos outros Poderes do Estado, sobretudo, de alguma forma, na discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo quando inoperantes, ou omissos em relação ao cumprimento dos novos direitos/deveres estabelecidos.

Certamente nos pomos diante de um questionamento sobre ética e direito, haja vista a pergunta sempre recorrente: que legitimidade tem o Poder Judiciário para decidir desta forma? O que em parte tem sido utilizado como sofisma para um discurso dos poderes Executivo e, sobretudo, Legislativo, que tem sido enfraquecidos pelo agigantamento da atuação dos magistrados.

O simples temor de uma tirania da toga, ou uma justiça togada, como queiram mencionar, não pode enfraquecer o fato de que o fenômeno mundial da globalização, que impele a pluralidade de ideias, celeridade nas respostas, avidez pelos prazeres e sucessos instantâneos, aliado ao fato de que o mundo passa por uma busca por novas mudanças de paradigmas, seja pela institucionalização de um novo modelo de pensamento filosófico, como o é a pós-modernidade, ou ainda pelo redesenho do Constitucionalismo, pelo advento do que Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos Duarte chamam de Neoconstitucionalismo, ou recorrendo a Dworkin, com a chamada interpretação moral da Constituição. A verdade é que o grau de conflituosidade aumentou, e cada vez mais se busca novas soluções nos mais diversos âmbitos do Governo e da organização do Estado, principalmente como viemos até aqui mencionando no que tange à concretização de direitos e de obrigações que foram impostas, especialmente com o social.

Os escopos constitucionalmente estabelecidos para serem cumpridos pelo Estado precisam ser cumpridos, nisto encontra-se a jurisdição que precisa ser mais célere e funcional. Não mais se admite um judiciário lento, burocrático, que a favor de um preciosismo de manter dogmas ultrapassados, tais como os mitos da inércia do juiz, da imparcialidade e da ausência de vontade política nas decisões judiciais, sem falar na proibição da criação judicial pela interpretação das leis, mais cause prejuízos do que benefícios. Não fosse assim, o Banco Mundial não teria promovido trabalho de pesquisa, chamado de Documento 319¹⁰⁹, sobre

¹⁰⁹ AIYER, Sriram. **Documento 319 Banco Mundial**: Elementos para a reforma. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2011. p. 7. “Os países da América Latina e Caribe passam por um período de grandes mudanças e ajustes. Estas recentes mudanças têm causado um repensar do papel do estado. Observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, com o estado atuando como um importante facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento do setor privado. Todavia, as instituições públicas na região têm se apresentado pouco eficientes em responder a estas mudanças. Com o objetivo de apoiar e incentivar o desenvolvimento sustentado e igualitário, os governos da América Latina e Caribe estão engajados em desenvolver instituições que possam assegurar maior eficiência, autonomia funcional e qualidade nos serviços prestados. O Poder Judiciário é uma instituição pública e necessária que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitárias aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao estado. Não obstante, em muitos países da região, existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos. O Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, falta de

levantamento do funcionamento do Poder Judiciário nos países da América Latina e Caribe e sua importância negativa, como sinônimo de entrave ao desenvolvimento social, econômico e financeiro destes países, sobretudo no que tange ao perigo de investimentos financeiros haja vista, os problemas que são levantados na pesquisa.

Assim é que desejamos jogar luz sobre o fato de que, certamente, toda esta mudança de paradigmas e conceitos trouxe consigo a ideia de que, na prática, haverá casos que podem ser solucionados no atacado, podemos assim mencionar aqueles chamados “*easy cases*”, onde se faz desnecessária uma apurada avaliação judicial dos fatos, posto que de fácil resolução. A esse respeito podemos citar as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004¹¹⁰ que estabeleceu a Súmula Vinculante com o intuito de atrelar todas as decisões das inferiores instâncias, com base em jurisprudência do STF consolidada na Súmula, o que certamente demonstra aquilo a que estamos sempre nos reportando neste trabalho e que podemos sintetizar como: celeridade processual, sempre atrelada ao fator segurança de direitos, com efetividade.

Como dizíamos, nem todos os casos serão de solução fácil e pronta, haja vista o aumento da conflituosidade e das diversas nuances dos casos estabelecidos. Nem sempre a lei poderá ser aplicável a todos os casos de forma isonômica ou mesmo estará contido dispositivo normativo para tanto, haja vista o fato de haver lacunas na norma, como já nos posicionamos

transparência e previsibilidade de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema. Essa ineficiência na administração da justiça é um produto de muitos obstáculos, incluindo a falta de independência do Judiciário, inadequada capacidade administrativa das Cortes de Justiça, deficiência no gerenciamento de processos, reduzido número de juízes, carência de treinamentos, prestação de serviços de forma não competitiva por parte dos funcionários, falta de transparência no controle de gastos de verbas públicas, ensino jurídico e estágios inadequados, ineficaz sistema de sanções para condutas anti-éticas, necessidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e leis e procedimentos enfadonhos. Este trabalho pretende discutir alguns dos elementos da reforma do Judiciário, apresentando alguns exemplos da região. Esperamos que o presente trabalho auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico o staff do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do Judiciário”.

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2011. A referida Súmula acresceu ao texto da Constituição o art. 103-A e parágrafos, o qual transcrevemos: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

anteriormente. Assim é que, por existirem alguns casos chamados de *hard cases* ou de difíceis soluções, é que deverão denotar uma atenção maior do Judiciário.

Detemo-nos então à determinação dada por Dworkin aos chamados *hard case* e *easy case*, justamente explicado como possíveis de solução com base na sua concepção de princípios jurídicos como valor de integridade do Direito, haja vista a sua dimensão de peso e seu profundo conteúdo axiológico, o que, segundo o autor, possibilitaria solução jurídica aos chamados casos difíceis (*hard cases*). Dworkin¹¹¹ apresenta um novo caminho a ser seguido na solução de conflitos jurídicos, e isso o faz explicando a existência de dois princípios quais sejam, o princípio legislativo e o princípio jurisdicional. Para ele, o princípio legislativo exige dos legisladores o estabelecimento de um ordenamento coerente, “coerência moral”¹¹². Sendo da mesma forma exigido do princípio jurisdicional que essas normas sejam encaradas também de forma coerente e uniforme, sendo esta a parte mais importante, haja vista a necessidade de manter-se a integridade do direito no momento de sua concreção prática.

Dworkin, afirma que o juiz, sob essa ótica de integridade, quando interpreta a norma, cria o direito, mas, ao mesmo tempo, não faz nenhuma das duas coisas¹¹³. Dworkin explica que o funcionamento do direito como integridade recorre a um julgador, o qual idealiza como utópico (o juiz Hércules, recorrendo à figura mitológica do herói grego), nas palavras do autor “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”¹¹⁴, o qual somente se justifica, nos casos difíceis (*hard cases*), pois, nos casos que sejam diretamente tutelados pelo direito, de fácil compreensão ou *easy cases*, não seria necessário a realização de procedimentos específicos para uma correta aplicação do direito.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 213.

¹¹² *Ibidem*. p. 213.

¹¹³ *Ibidem*. p. 271; 274. Isso se dá justamente pela rejeição que tem o autor em relação ao convencionalismo e ao pragmatismo. O primeiro pela sua característica de manter laços estreitos entre o Estado-juiz e as decisões políticas do passado que resultaram a promulgação de atos normativos, o que seria redundante conservadorismo, impedindo a natural evolução da interpretação das leis, ao passo que impede o juiz de pensar o direito de acordo com os avanços sociais. Sendo apenas permitida a discricionariedade do juiz, segundo essa ótica seriam as possíveis lacunas na lei, caso em que sua decisão teria para outras semelhantes no futuro (precedente jurisdicional). Dworkin refuta também os argumentos do convencionalismo pelo motivo de não estar, o direito, fixado no passado, senão seguir o entendimento da maioria da comunidade, com base nos valores contemporâneos estabelecidos “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’”

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 287.

Desta feita aponta o fato de que o juiz Hércules (a este assemelhando-se todos os demais), ao dirigir casos difíceis (*hard cases*) para julgamento, antes deveria apontar solução jurídica, de forma a visualizar todas possíveis respostas, dadas pelo direito, o qual, a partir de sua interpretação (lei), aliado às decisões proferidas no passado em casos análogos, sopesados com o conjunto (coerente) de princípios a respeito do sentido de justiça, de equidade e do devido processo legal, propiciaria a resolução do problema posto.

Dworkin apresenta como exemplo ação judicial com pedido indenizatório por danos morais, no qual deste se imagina todas as possibilidades de respostas possíveis, juridicamente para a situação posta, trabalhando seis hipóteses de solução para, ao final, a partir de uma espécie de análise geral do direito encontrado, poder pinçar uma possível solução ideal, obviamente tudo com base no conjunto de princípios mais coerentes ao problema. Com isso demonstrando que o direito sempre está apto a solucionar os casos e, conseqüentemente, a partir disto fundamenta sua teoria da integridade.

Certamente que tal situação favorece a ocorrência do ativismo judicial, embora Dworkin tenha certas restrições à sua ocorrência, assim como há franco favorecimento da judicialização da política, haja vista a discricionariedade dada ao magistrado, para diante de cada caso concreto poder construir um pensamento, mesmo que com base no ordenamento jurídico (não de forma isolada, senão sistematicamente). Associamos de alguma forma a teoria dworkiana à teoria formulada por Viehweg, com o diferencial que este último não parte, na construção das decisões no pressuposto da unicidade da lei, como fonte de aplicação do direito, e também pelo fato de que na Teoria de Dworkin haveria certo engessamento das decisões posto que o julgador tem o dever ético e moral, a fim de manter a integridade do ordenamento, de revisitar as decisões em sentido análogo ao caso de difícil solução a ser julgado; enquanto na Tópica não necessariamente haveria decisões semelhantes, haja vista o fato de que, ao julgar com base no problema, o magistrado poderia utilizar-se de *topoi* diversos, o que poderia ocasionar multiplicidade de respostas.

Diferenciações à parte, cremos que a liberdade judicial conferida ao juízo cognoscente é necessária, como o é presente a criatividade judicial do direito, haja vista o fato, inclusive porque o autor vive regido por um sistema de *Common Law*, de construção judicial do direito a partir de precedentes, demonstrando com isto a importância da discricionariedade judicial sempre presente no momento de aplicação do direito. A importância do Ativismo Judicial, bem como da Judicialização da Política, se dá, justamente,

no sentido de adequar-se às realidades impostas. A solução judicial a ser dada deve, no mínimo ser compatível com as vicissitudes de cada caso, que, como já vimos, não são semelhantes no seu todo, quissá em parte.

Reiteramos que as mudanças sociais emergentes e a problematização social recorrente impõem a atuação do Estado de forma eficiente, célere, produzindo efeitos concretos e respostas às indagações contemporâneas. Os agentes que compõem este Estado devem, de mesmo modo, agir sempre de forma digna ao cumprimento deste dever imposto pela emergente e crescente ampliação dos direitos fundamentais do cidadão. Assim é que nada mais justo que haja uma reformulação do pensar o Poder Judiciário, até mesmo como forma de atualização de um Poder que ficará há muito, preso ao passado e a dogmas que, como o dissemos anteriormente, nada produzem senão prejuízos.

4 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO E DA JUDICIALIZAÇÃO

Talvez um dos maiores problemas do ativismo judicial e da judicialização seja de fato, além da necessidade de legitimação de suas decisões, que veremos nos dois sub tópicos a seguir, o fator de controle de atuação dos juízes quando proferem suas decisões, haja vista o fato de haver uma certa margem de discricionariedade, por conta dos conceitos abertos e do teor princiológico que carregam as normas, sobretudo as de caráter Constitucional, para escolha de argumentos que fundamentem as suas decisões.

Mesmo que de maneira superficial podemos apontar como obstáculos a esta atuação da ampliação jurisdicional, sobretudo, no campo dos direitos sociais e de natureza política, a sua dificuldade de convivência com a teoria clássica da divisão dos poderes, que veremos adiante. No entanto, é certo que os limites à atuação, sobretudo, no que tange a conferir maior legitimidade a essas decisões, passa certamente pelo controle interpretativo dos atos normativos e dos conflitos que serão resolvidos a partir de então.

Certamente que a discricionariedade judicial estabelecida em certa monta pelo ativismo judicial e pela Judicialização traz certos questionamentos, sobretudo pelo perigo dos excessos que possam vir a ser cometidos pelo Judiciário, quando profere decisões que modificam a estrutura da norma, seja por que lhe mudam o sentido, diferentemente do que havia estabelecido o legislador originário, seja na sua retirada de vigor, no caso do controle de constitucionalidade das normas, quando age como legislador negativo, seja ainda pelo fato de que algumas decisões funcionam, de fato, como norma nova, posto que direcionam a aplicação da norma em sentido diverso, ou mesmo contrário ao que fora estabelecido pela própria lei interpretada. Todavia, levantamos a corrente de que, ainda sob este perigo, deveria haver uma maior participação do Poder Judiciário, de forma proativa, seja porque o Estado de Direito, através de seus outros poderes estabelecidos, tem falhado na implementação e aplicação de normas de natureza fundamental, seja porque há falhas na equidade da imposição desses direitos, o que prejudicaria, no caso brasileiro, a igualdade formal dos cidadãos, estabelecida como corolário fundamental.

É certo que o Estado deva participar da vida social de seus súditos e por isso mesmo deva prover os direitos e meios pelos quais os mesmos sejam implementados e protegidos por todos os órgãos. O discurso de que decisões políticas a nível judicial não devam existir não

podem ser toleradas, posto que é falacioso o argumento que os juízes não decidam politicamente, como já o dissemos antes, há parcelas da sociedade que não conseguem, sejam porque são minorias políticas ocasionais, seja por estarem totalmente à margem dos processos de formação das decisões políticas, e que por isso mesmo precisam e têm encontrado, no processo judicial, solução para suas questões, para os seus anseios, corroborando o entendimento de Bryan Garth e Mauro Cappelletti.

4.10 eixo procedimentalista - ênfase nos processos de formação democrática da vontade política

Diante do fato de que haja uma necessária participação do Poder Judiciário nas esferas de decisão, sobretudo políticas do Estado, há evidentemente uma maior preocupação com a validação e controle dessas decisões que são proferidas, sobretudo pela população em geral. Diante dessa perspectiva, encontramos, dentre os defensores de um maior controle de atuação do Poder Judiciário, aqueles que defendem a sua legitimação pelo procedimento, de forma que prevaleçam aqueles procedimentos que estejam previamente estabelecidos, para que não haja nenhuma surpresa no conteúdo decisório, independentemente do conteúdo ou mesmo da influência de outras instâncias ontológicas.

Defendendo um Judiciário com poderes mais limitados em relação aos processos democráticos de formação das vontades e do próprio poder, tem-se que estes tribunais apresentam grandes dificuldades no que tange ao reconhecimento e formulação de decisões acerca dos conflitos sociais¹¹⁵; posto que de outra sorte os canais políticos próprios de Poder

¹¹⁵ Cf. SUNSTEIN, Cass. *Apud* VERBICARO, Loiane Prado. **A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Jus Navigandi, publicada em 11 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2011. p. 04 Cass R. Sunstein defende a limitação do papel das cortes - minimalismo judicial. Segundo ele, o Poder Judiciário possui sérios limites institucionais que ensejam uma diminuição do seu potencial transformador (reforma social). Três problemas são de especial relevância: **1) democracia, cidadania, compromisso**: a dependência nas cortes reduz os canais democráticos de procura por mudanças (efeito corrosivo dos processos democráticos), de duas maneiras: desvia energia e recursos da política, excluindo as conquistas alcançadas por parte dos próprios cidadãos, o que pode gerar prejuízos consideráveis à democracia. Os processos democráticos de formação da vontade política mobilizam os indivíduos que passam a ser sujeitos ativos na condução das políticas públicas, aguçando, assim, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. Uma ênfase no Judiciário compromete esses valores; **2) eficácia**: segundo Stein, as decisões Judiciais são geralmente ineficazes em promover mudanças sociais. Exemplifica o autor utilizando-se do caso *Brown v. Board of Education*. Segundo ele, a decisão da Suprema corte em *Brown* é aclamada por ter mostrado a habilidade do Judiciário em reformar grandes instituições sociais, e de ter abolido o *apartheid* nos EUA. Na verdade, *Brown* confirma a fraca posição institucional do Judiciário. Dez anos após a decisão, não mais que 1.2% das crianças negras no Sul participavam de escolas que haviam abolido a segregação. Segundo ele, é possível que as ações do Legislativo e do Executivo não teriam ocorrido sem a influência do caso *Brown*. Mas mesmo isto é altamente incerto. Existe pouca evidência de que o caso *Brown* tenha dado

(Legislativo e Executivo) se apresentam mais efetivos às necessidades de reformas sociais. Desta forma, surge o argumento de que o controle judicial prejudicaria o exercício da cidadania ativa, haja vista o fato de envolver uma postura paternalista (protecionista exacerbada) o que, certamente, favoreceria a desagregação social e o individualismo, ao considerarmos que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos, fica dependente do Estado, tornando-se uma espécie de cidadão e cliente do Poder Judiciário, ao contrário do que se requer deste, que seja um agente ativo e capaz de participar da formação da vontade política do Estado - por meio de sua vontade consciente de participação e comunicação democrática, seja pelo sufrágio, ou pelos demais mecanismos postos à disposição para tanto, tais como o plebiscito e o referendo.

Posto isso é que se infere o fato de que a maior interferência do Estado, por meio do Poder Judiciário, em nome de uma justiça distributiva e concretiva de direitos, promoveria uma espécie de privatização da cidadania, pela visível invasão da política pelo direito, ainda que seja em nome da promoção e defesa de uma igualdade. O crescimento do Poder Judiciário, então, teria como consequências a estatalização dos movimentos sociais, causando com isto a decomposição da política em decorrência da sua judicialização que, em consequência, geraria uma inércia e apatia social, devido ao desestímulo ao agir orientado por finalidades cívicas.

Nesse contexto, o juiz e a lei tornar-se-iam as únicas referências para os indivíduos, o que é certamente um perigo para a democracia. Aos que pensam desta forma afirmam que,

um ímpeto à ação política; **3) o foco limitado da adjudicação:** segundo Sunstein, a adjudicação é um sistema pobre para se atingir uma reforma social em larga escala. O foco no litígio torna mais difícil que os juízes entendam a questão, frequentemente de efeitos imprevisíveis na intervenção legal. Uma decisão requerendo despesas em transporte escolar pode, por exemplo, dirigir recursos de uma área com uma igual ou maior necessidade para outros setores, o que pode gerar desequilíbrio com os recursos destinados aos gastos sociais. Sustenta o autor que os procedimentos legais estão em maior conformidade com ideias desenvolvidas fora da tradição da justiça compensatória típica dos tribunais, que são precariamente adaptadas para o alcance da reforma social, razão pela qual o Judiciário deve ceder ante os processos democráticos de formação da vontade política. Apresentados esses três problemas na participação das cortes em políticas públicas, afirma o autor que o *status quo* deveria, em regra, ser sujeito à democracia - não sendo afastado da deliberação democrática. Somente em raros casos é que as cortes deveriam interferir em políticas aprovadas por processos democráticos. Assim, defende um papel agressivo às cortes especialmente em dois casos: **1)** o primeiro envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política. Afirma o autor que a interferência governamental ao direito de voto e de expressão pede ativa proteção judicial para viabilizar as condições à cidadania, deliberação e igualdade política. Nestes casos, as cortes não devem adotar a atitude de deferência ao processo legislativo; **2)** o segundo caso envolve grupos ou interesses que pela natureza são incompatíveis a uma justa deliberação em processos democráticos (proteção das minorias). Aduz o autor que se um grupo se depara com obstáculos para organização ou preconceito e/ou hostilidade - por exemplo, homossexuais - seria errado permitir uma comum suposição em favor dos resultados democráticos. As cortes devem, nesses casos, decidir sobre decisões governamentais. Tal exame é justificado no interesse da própria democracia.

para que os cidadãos tornem-se autores e não meros expectadores do direito, não seria necessária a interferência do Judiciário, neste campo específico de direitos ligados à democracia, pelo contrário, somente através da conquista de canais comunicativos que consagrem o poder democrático do povo é que se fortaleceria a cidadania. Posto isto, a Constituição deveria garantir, pelo menos, a existência de meios e procedimentos para que os indivíduos criem o seu próprio direito, na sua vivência diária. Desta forma, os princípios constitucionais não precisariam expressar conteúdo substantivo, senão, apenas instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática.

Assim é que a atuação judicial seria necessária apenas no que tange ao controle de constitucionalidade, de forma a restringir-se aos casos que tratem do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação da vontade política. Posto que não coubesse ao Judiciário o dizer sobre o que decidir, conteúdo material, mas tão somente de que forma decidir, o que equivale à garantia de procedimentos para a ampla deliberação democrática, para que os próprios cidadãos decidissem como lhes convier.

No entanto, essa atuação engajada dos indivíduos como sujeitos construtores da formação da vontade política requer uma prévia cultura de liberdade capaz de produzir democraticamente o consenso - o que dificilmente se verifica nas sociedades contemporâneas, principalmente nos países capitalistas periféricos, como é o nosso caso. Ao contrário do que vemos nessas situações, são concepções que priorizam democracia como sendo unicamente a vontade da maioria, com bastante ênfase nas instâncias majoritárias de representação política, com consequente reação contrária à intervenção judicial na formação de políticas públicas.

Todavia, embora haja uma rejeição da ideia de judicialização da política para os defensores desta corrente de limitação do Judiciário, nem por isso refuta-se o reconhecimento a ele como uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas. Atribuindo-se, de algum modo, o papel de destaque na garantia aos procedimentos democráticos, por meio do processo judicial, a fim de que haja formação da opinião e da vontade políticas, a partir da própria proteção aos direitos que garantem a chamada cidadania ativa, sobretudo quando tratamos da proteção das minorias que se encontram sufocadas e desprovidas de acesso aos mecanismos democráticos, por maiorias transitórias.

Não podemos esquecer que as sociedades hodiernas exigem do Judiciário uma alta carga produtiva, no que tange às decisões, no mínimo espaço de tempo processual possível. Inclusive, tal situação é constitucionalmente estabelecida como sendo critério constitucional

objetivo para promoção por merecimento. A tudo isso podemos somar o fato de que ao mesmo juiz a quem se cobra produtividade aliada à compressão temporal impõe-se o dever de que este anteveja os impactos sociais de suas decisões, o que seria no mínimo impossível tentar pôr, sobre os ombros do magistrado, o ônus de supor quais os efeitos de suas decisões, inclusive no âmbito de decisões que fogem propriamente às partes processuais, mostra-se impossível de ser realizado.

O que nos parece razoável é que as decisões proferidas pelo Judiciário sejam resultado da participação de todos os sujeitos envolvidos no processo, a exemplo dos casos que envolvem saúde, ao passo que se essa decisão causará ou não danos maiores ao Poder Público, seja porque implicaria redução de recursos para prover as necessidades de outros cidadãos, que via de regra nada têm a ver com a lide decidida, não pode, de forma alguma, ser pressuposto, seja do juiz, ou mesmo da Administração Pública, ou ainda das partes processuais, como motivo de impedimento para que as decisões sejam de fato proferidas. O que se pode e deve, nestes casos, é senão possibilitar-se os amplos meios processuais (procedimentos previamente estabelecidos) para o contraditório e a ampla defesa, a fim de que se demonstrem as razões de cada um, enquanto partes do processo, da mesma forma no tocante aos processos de formação dos procedimentos democráticos.

Salientamos os fatos acima pelo simples motivo de que a maioria das discussões que levantam o impedimento de decisões judiciais proativas no âmbito discricionário-político da Administração Pública são apenas tentativas de fazer com que o juiz avalie, senão as repercussões sociais, econômicas, políticas e jurídicas da decisão que irá prolatar, em desfavor inclusive do próprio caso posto em julgamento. O problema que se estabelece é que não se leva em conta a assertiva de que os direitos fundamentais não podem ser referidos numa mera relação de custo-benefício, ainda que sejamos tentados a pragmaticamente o fazer.

Aqueles que, por sua vez, defendem o procedimentalismo como meio de controle dos atos judiciais, justificando suas convicções em prol da defesa dos processos de formação democrática; aludem que ao retirarmos do juiz a direção do andamento dos procedimentos, com atribuição deste encargo a uma espécie de administrador judicial, daria ao magistrado o dever de cumprir, apenas, com a função de julgador pelos mecanismos previamente estabelecidos e de todos conhecidos.

Esses mesmos defensores esquecem-se do fato de que há uma multiplicidade de conflitos postos a julgamento, que conseqüentemente não podem ser solucionados todos da

mesma forma. Nestes casos seria interessante o estabelecimento de meios mais amplos de solução destes diferentes conflitos que se instauram tais como aqueles que primam pela integração da atividade jurisdicional à democracia, e que bem sinalizam Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, com os quais concordamos:

Seja por meio do entendimento de que os procedimentos jurisdicionais são estruturas técnicas que formam microssistemas replicantes do complexo ordenamento jurídico, que servem para dirimir conflitos interpretativos dos legitimados e que devem ser regidos pela instituição constitucional do processo (pela princiologia do contraditório, isonomia e ampla defesa); e 2) o entendimento de que o provimento jurisdicional não pode ser concebido apenas, de forma simplista ou simplória, como um ato de vontade ou inteligência do magistrado, pois essas são concepções que reduzem a complexidade requerida da atividade jurisdicional, como faz a forma de defesa do avestruz. Assim, provimento deve ser compreendido, de forma constitucional e processualmente adequada, como **resultante processual-discursiva de um microssistema (procedimento) replicante de um único sistema jurídico (ordenamento) vivente, auto-conceituador de seu conteúdo, legitimante da integração social, por se colocar ante a *comunio opinio*, para modificá-la ou se modificar**, que utiliza, para tanto, a lógica de aplicação inferencialista¹¹⁶ (destaque nosso).

De toda forma não podemos negar o fato de que o discurso procedimentalista opõe-se frontalmente à judicialização da política, posto que foca no procedimento como sendo de fato o melhor meio para fazer a democracia funcionar, e ao juiz, neste caso, não caberia a interferência no campo material dos direitos que lhe atingem, senão a defesa procedimental para que haja proteção desta pelos próprios cidadãos, posto que o procedimento de toda forma generaliza o reconhecimento das decisões proferidas, favorecendo de alguma forma a sua aceitação social.

Neste sentido requer-se maior participação popular nas decisões da jurisdição constitucional, com o fito de dar-lhe legitimidade, haja vista o fato de estar-se restrito à parcela de juízes, que no nosso caso não possuem aferição de legitimidade popular, como ocorre nos Poderes Executivo e Legislativo. Não obstante este fato, o Procurador Marcelo Labanca também aponta para uma realidade não menos importante, o fato de que no Brasil também não há uma “legitimidade federativa”, em face do processo de jurisdição constitucional, ao passo que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a convalidação da convenção da Filadélfia teve de ser aprovada por todos os Estados federados americanos, para que se tornasse constituição, o que não ocorre de forma alguma por aqui¹¹⁷.

¹¹⁶NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque**: Argumentos pragmáticos. Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

¹¹⁷LABANCA, Marcelo. **Jurisdição constitucional e federação**: O princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2009. p. 138-140.

É certo que tal situação traz certas dificuldades de compreensão e de instrumentalização de meios democráticos de formação da vontade política, quando se entende que as pessoas jurídicas de direito público que compõem a federação encontram-se alheias à intervenção nos mesmos processos.

Aliamos nosso pensamento ao de Eduardo Appio quando profere:

O juiz constitucional tem enorme importância neste contexto porque responsável direto pela concretização dos valores constitucionais. De sua (injustificável) omissão não raro resulta a ineficácia absoluta do dispositivo constitucional, com a agravante de restringir a atividade legislativa e legitimar a omissão do Estado¹¹⁸.

Prossegue concluindo o autor:

O excesso de intervenção política do Poder Judiciário, por sua vez, é operacionalizado através da interpretação dos dispositivos constitucionais e reflete o asfixiamento da sociedade através de uma ‘interpretação adequada’. O discurso de apropriação ideológica da Constituição permite que segmentos específicos da sociedade excluam os demais do debate constitucional, impondo-lhes uma teologia constitucional que não se compatibiliza com a democracia constitucional.[...] a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição se revela de capital importância quando se considera que (1) a institucionalização via controle concentrado de constitucionalidade colide com determinados valores constitucionais, dentre os quais a cidadania (CF/88, art. 1º, II)¹¹⁹.

Em seguida trataremos do segundo foco ou eixo de legitimação das decisões judiciais pelo chamado substancialismo, com maior interferência dos magistrados no campo material das questões políticas do Estado.

4.2 Eixo substancialista - por um judiciário com maior participação nas questões políticas do Estado

Em contrapartida a tudo isto, partindo de um paradigma distinto de democracia, defende-se um Judiciário participante de forma mais ativa em nome do respeito aos direitos dos cidadãos e da densificação dos princípios democráticos estabelecidos: “Judiciário como guardião dos princípios fundamentais da democracia”, além de que defende-se que esta conduta seria deveras importante para a transformação social do país.

A partir dessas colocações, redefinem-se as relações entre política e direito, com visível aumento no campo de atuação do mundo jurídico sobre a esfera de atuação política, o que prioriza inevitavelmente o enriquecimento dos direitos de igualdade, robustecendo as liberdades constitucionalmente estabelecidas. O redesenho das funções do Judiciário e a

¹¹⁸ APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 34.

invasão do direito nas sociedades contemporâneas estendem os conceitos de tradição democrática a setores ainda pouco integrados a essa realidade.

Partindo desse panorama, há visível contribuição do Judiciário a fim de aumentar a capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais a possibilidade de expressar suas insatisfações e anseios. Posto que dentro do processo judicial todos sejam iguais. Desde a década de 80, no Brasil especificamente, há uma política de promoção de acesso ao Poder Judiciário, por todas as camadas da sociedade. Não podemos esquecer que, dentro do contexto processual, muitos excluídos deste processo político de formação democrática conseguem ser ouvidos por juízes, quando não conseguem fazer coro aos órgãos políticos, sejam porque estejam em uma posição política de “definitiva” ou “temporária”¹²⁰ marginalização.

Não esquecendo que a interferência do Judiciário em lugares socialmente estratégicos (inovador papel do juiz na reestruturação e ou prevenção dos conflitos socialmente estabelecidos), não apenas em questões políticas, tem causado verdadeira desagregação do espírito associativo dos cidadãos. Em contrapartida podemos inferir que a circunstância histórica urge por uma teoria dos direitos fundamentais engajada e ativamente disposta, a fim de que sirva como meio de transformação da situação discriminatória que aflige as minorias. Desta feita requer-se que essa teoria dos direitos fundamentais tenha capacidade de extrair das normas constitucionais todo o seu conteúdo valorativo socialmente, a fim de dar-lhe alcance, e possibilite a plena eficácia que dela se almeja. Uma teoria dos direitos fundamentais que acabe com a noção de uma Constituição simbólica em contrapartida de uma Constituição que sirva como verdadeiro instrumento de cidadania, pelo cumprimento de suas garantias.

Dentro deste enorme contexto de mudanças institucionais e sociais, origina-se a necessidade de redefinição do relacionamento entre os poderes, conformando-se novas formas de intervenção democrática da população a fim de garantir a efetivação de uma Constituição nos termos estabelecidos por Lassale, não apenas como folha de papel escrita, e, portanto, simbólica. Neste novo contexto os defensores do substancialismo como meio de controle do Ativismo Judicial e Judicialização idealizam um Poder Judiciário como sendo meio

¹²⁰ Os termos definitiva e temporária entre aspas implicam aquelas camadas sociais que podem simbolizar no último caso, as camadas de oposição política ao governo de situação, posto que minoritários, ou ainda no primeiro caso, os marginalizados deste processo, como o são os encarcerados, os homossexuais. A este grupo incluímos os miseráveis, posto que desprovidos de formação educacional e política compatível com a outorga de eminente função de formação da vontade popular democrática consciente. Neste sentido já sinalizamos a crença da doutrinação, no Brasil, dos menos esclarecidos pelos detentores da informação.

alternativo para a resolução dos conflitos coletivos, de forma a realizar a agregação do tecido social, conferindo cidadania aos súditos do Estado, do qual fazem parte, sob a égide do respeito e verdadeiro acesso à justiça e não apenas à norma posta.

Ora dentro desta perspectiva, cabe à Constituição a missão de positivar o ideal de Justiça que se deseja e cuja implementação se daria de forma progressiva pela atuação do Judiciário, com consequente reflexo de mudanças na sociedade e nas próprias instituições, de forma a concretizar cada vez mais os direitos dos cidadãos no que tange ao exercício de sua participação democrática. Olhando dessa forma, parece até um contra-senso, haja vista que se prega que a interferência do Judiciário enfraquece a participação democrática e a própria cidadania, em razão de tornar o cidadão mero expectador, trazendo ao juiz a figura paternalista de verdadeiro protetor dos hipossuficientes. Todavia, como o dissemos nos países periféricos, como é o nosso caso, há um aparente enfraquecimento da própria consciência de democracia, com prejuízos inegáveis no que tange ao exercício do direito do voto, que é o seu mais simples objeto, recaindo ao Estado o apoio na formação de uma cultura democrática, ainda que pareça estranho.

Então, para os substancialistas (eixo que avalia um Judiciário mais participativo nas democracias atuais), o controle que exerce o Judiciário tem importante auxílio na reconstrução do sistema dos valores tão importantes à democracia, visto ser mais uma porta de acesso às instâncias do poder estatal. Tal atitude certamente abre espaço ao pluralismo de ações e sujeitos, posto que, a ampliação do acesso ao Judiciário, como o dissemos, garante que grupos marginais, desprovidos de representatividade política, possam questionar e de fato influir nas decisões políticas que lhe afligem. Há, portanto, fomento à democracia por intermédio da atuação dos juízes. De outro lado, essa ampliação do poder de controle¹²¹, que se exerce pelo Judiciário, não tolhe, de forma alguma, a democracia representativa; antes disto, há o seu franco favorecimento, eis que as minorias, que não tenham representatividade, podem e devem utilizar-se do processo judicial contra as instâncias do poder, justamente em razão da defesa dos princípios democráticos.

¹²¹COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997. p. 19-21. O autor defende a tese de que o Judiciário tem competência, apesar da existência do princípio da separação dos poderes, para julgar questões de ordem políticas. Sobre o assunto, ver: E justamente o autor ampara seu posicionamento no fato de que a necessidade de preservação de certos núcleos de direitos, principalmente os chamados direitos fundamentais, que foram confiados às cortes constitucionais, requerem um papel mais participativo do Judiciário que passa a resguardar os princípios e as instituições democráticas e não a criação de leis propriamente, matéria que incumbe mesmo ao Poder Legislativo.

Essa expansão dos poderes dos magistrados sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado só encontram guarida justamente porque o sistema democrático permite que tal atuação sobre os atos dos outros poderes (Executivo e Legislativo), tenha o nome de judicialização da política, conforme já o explicamos em capítulo antecedente.

Haja vista o fato de fundamentar-se na Constituição e no seu conceito de norma ápice, a judicialização da política promove a atuação do Judiciário no âmbito político. Todavia, entendemos que, mediante o próprio conceito dos *checks and balances*, desenvolvido pelos americanos, os poderes não se abalam, nem há desrespeito entre eles por isso, tão somente garantia de respeito à própria Constituição. Essa também é a opinião de Débora Maciel e Andrei Koerner: “No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, que levaria a ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política”¹²².

Entretanto, não podemos deixar de comentar a crítica aos substancialistas formulada pela teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhman¹²³, na qual o sistema político e o sistema jurídico apresentam códigos e programas próprios que dão o fechamento e operacionalidade a si próprio, de forma que o processamento desses sistemas proporciona resultados e interações sociais também próprias, por meio da autonomia sistêmica, todavia, isto impede uma interação entre eles. Segundo esse pensamento, o sistema jurídico não teria capacidade de processar o político, o que não ocorre inversamente.

Contrariando a tese de Luhman, temos que a evidente expansão do princípio democrático implicou numa crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços antes inacessíveis à sua atuação, como o são as decisões políticas. Assim, a mediação das relações sociais, por meio do jurídico, ao passo que fixa os direitos dos grupos organizados corporativamente, sobretudo garantindo aos marginalizados presença no espaço democrático de decisões, resultou na prática à jurisdicização das próprias relações sociais que se estabelecem por esta. Essa mobilização do direito é considerada um verdadeiro indicador de democratização social, segundo a opinião de como Fábio Konder, Débora Maciel e Walber Agra.

¹²²MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: Duas análises. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**. São Paulo, nº 57, 2002. p. 117.

¹²³Cf. LUHMAN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Para entendimento do funcionamento da Teoria Sistêmica que rege o Direito e a Política.

Dessa forma a judicialização da política, enquanto fenômeno social que é nas sociedades contemporâneas, passou a introduzir uma nova caracterização para os conflitos sociais que se estabelecem nesses tempos, posto que transfere para o Judiciário o dever de resolvê-los, inclusive aqueles antes adstritos à competência dos outros poderes constituídos. Essa releitura da atuação dos poderes do Estado revela uma série de discussões acerca do papel do Judiciário diante das democracias contemporâneas. De um lado, temos uma política democrática que privilegia a formação de uma cidadania ativa, com ênfase nas instâncias majoritárias representativas, em confronto com um Poder Judiciário mais participativo nas escolhas de natureza política do Estado.

5 A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES COMO MEIO DE LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO

Segundo Carlos Silva: “com estes juízes é impossível governar. Com efeito, os juízes estão o tempo todo interferindo na ação administrativa”¹²⁴.

Tal assertiva acima aponta para o fenômeno chamado de Judicialização da política, governo dos juízes, judiciarismo, judiocracia, ativismo judicial, judicização do fato político, que ocorre dentro do Estado, e que aponta para uma expansão do papel do Poder Judiciário, dentro deste sistema de poder, modificando, com isto, o modelo clássico tripartite, consagrado por Montesquieu, causando inúmeros debates afirmativos e negativos aos discursos que defendem e negam a sua eficácia e aceitação.

Os postulados tradicionais do Estado de direito (divisão de poderes, distinção entre legislação e administração, demarcação da esfera pública e a esfera privada, separação entre Estado e sociedade civil) e os pressupostos materiais que tradicionalmente se apresentam como pontos de referência do modelo de democracia econômica (marcado pela livre concorrência) e da democracia política (Parlamento como lugar de formação da vontade geral e de exercício do poder legislativo) aparecem na conjuntura atual claramente desmentidos e profundamente transformados¹²⁵.

Por um tempo fora compatível que a chamado exercício da justiticialidade de direitos necessitava de uma separação entre poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, posto que fosse necessário que aquele que criasse o direito não pudesse dispor de sua aplicação e interpretação, a pretexto de exercício de um poder tirano, o que não mais acontece.

No entanto, apontamos para o fato de que uma omissão legislativa crescente, haja vista a falta de estrutura dos próprios poderes legislativos, sobretudo em países periféricos e em desenvolvimento, talvez porque seus políticos são despreparados, afora a falta de uma cultura política de escolha dos representantes e seriedade das eleições, além da própria inadequação prática do Poder Legislativo para exercer de forma célere e efetiva, a tutela dos

¹²⁴ SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: Reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 8.

¹²⁵ BARCELONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista**: Capitalismo monopolista y cultura jurídica. 3. ed. Madri: Civitas, 1988. p. 19. “*Los postulados tradicionales del Estado de derecho (división de poderes, distinción entre legislación y administración, demarcación de la esfera pública y de la esfera privada, separación entre Estado y sociedad civil) y los pressupuestos materiales que tradicionalmente se presentan como puntos de referencia del modelo de la democracia económica (mercado de libre competencia) y la democracia política (Parlamento, como lugar de formación de la voluntad general y de ejercicio del poder legislativo) aparecen en la conjuntura actual claramente desmentidos y profundamente transformados*”.

fatos sociais e anseios, por meio do direito legislado; induzem a ingerência maior dos demais Poderes da República para solucionar os casos que estão ficando sem solução, este foi o discurso levantado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no voto recente, a respeito do julgamento para equiparação dos direitos dos casais homossexuais aos heterossexuais, quando disse:

Estamos aqui falando de direitos constitucionais básicos. Estamos a falar de dignidade de indivíduos. Se o Judiciário é chamado para fazer algo que o setor político não faz, é óbvio que devemos dar uma resposta positiva, mas me limito a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos¹²⁶.

As mudanças ocorridas na economia e cultura dos povos, que trouxeram consigo a perda da identidade fixa do homem pós moderno, boa parte decorrentes da globalização, aliados as suas consequências de diminuição ou inexistência de fronteiras para o capital econômico, sobretudo dos países mais pobres em relação aos mais ricos que, com um alto custo mantêm tentam manter a sua identidade, trouxeram também a mudança da estrutura de Poder do Estado.

Não negamos que o poder de legislar foi de fato o mais afetado, posto que houve um esfacelamento do poder de legislar¹²⁷, seja porque ao Executivo fora concedido o poder de editar normas com caráter de lei, as chamadas medidas provisórias, em substituição aos decretos-lei que vigoraram durante o regime militar, e que possibilitaram, desde o Governo Sarney a governabilidade de um país com dimensões continentais como o Brasil. Pelo menos este tem sido o discurso que embasa a sua justificação de uso cada vez mais excessivo.

De igual forma ao Poder Judiciário fora dado o poder de dizer o direito no caso concreto, o que implicaria, segundo os mais vanguardistas, a noção de não limitação a apenas dizer ou reafirmar o conteúdo da norma produzida pelo Poder Legislativo, ou mesmo das

¹²⁶ GANTOIS, Gustavo. **Casais gays conquistam 112 direitos com decisão do STF**. R7 Notícias, 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-gay-20110506.html>>. Acesso em: 06 maio 2011. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento conjunto da ADIN 4277 e da ADPF 132, no seu voto o Ministro fez severas críticas ao Congresso Nacional, para o seu descaso pela regulamentação dos direitos dos homossexuais, e que o Supremo, então, não poderia ficar silente diante de tais abusos, esta também foi a opinião dos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

¹²⁷ Na história Constitucional brasileira percebemos um verdadeiro esfacelamento ou mesmo esvaziamento do poder de legislar, do Poder Legislativo, concessões constitucionais, a pretexto de uma melhor governabilidade, tais como Lei Delegada e Medidas Provisórias, na prática funcionaram como uma forma de esfacelamento e enfraquecimento em certa medida do Poder Legislativo, posto que há, como já levantamos nesta dissertação, uma sobreposição do Poder Executivo, aos demais Poderes da República, agora, verdade seja dita, um pouco ameaçado pelo avanço do Poder Judiciário. Ao Legislativo, infelizmente, no caso brasileiro, o que sobrou fora apenas a notoriedade de suas falhas e omissões, denúncias de corrupção e o acentuar de suas debilidades.

ações do Executivo, no caso excepcional das medidas provisórias, mas também a interpretação da própria lei, extraíndo o seu real significado, segundo cada caso posto, uma vez que seria impossível a lei acompanhar e abarcar de fato todas as possibilidades impostas no cotidiano, haja vista o aumento da conflituosidade (judicialização da vida).

Ora as adequações a esta nova realidade de atipicidade de habilidades para cada uma das funções do Estado, geram conformações práticas nem sempre pensadas ou desejadas nas próprias normas que as dispõe. Ademais o aparente fracasso do Poder Executivo em administrar e conceder os anseios desejados e necessários a população, aliados a um aparente fracasso do Poder Legislativo, posto que o modelo de discussão e rediscussão implantado no Parlamento, para aprovação de normas, impede a celeridade necessária na renovação e atualização normativa¹²⁸, produziram juízes mais ativos processualmente e que, com base no princípio do *non linquet* precisaram e precisam entregar à população as respostas não encontradas nos outros dois âmbitos de Poder do Estado.

Ao posicionamento estabelecido, Habermas¹²⁹, porém, difere deste modo de pensamento, sustentando haver, ainda, uma necessidade de diferenciação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, sob o argumento de que a fundamentação que embasa as normas se refletiria de forma diferente nos dois âmbitos de Poderes. “A justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma autoprogramação”¹³⁰. Sustentando que, com isto, estar-se-ia preservando a segurança jurídica e a própria aceitabilidade racional das decisões judiciais, expurgando de dentro do Estado qualquer tipo de arbitrariedade, onde se entende que àquele que aplica a norma não lhe seria permitida a sua produção, sob o argumento de manipulação de interesses e domínio do poder próprio.

Todavia as chamadas inovações do Judiciário não param apenas no imiscuir-se das funções interpretativas e legiferantes (ação criativa do juiz), senão propriamente nas funções administrativas quando impõe àquele que administra limites para gastar dinheiro público, imposição de prioridades na construção de mais escolas em detrimento de construção de

¹²⁸ Renovamos a tese de que o Poder Legislativo seja um poder fadado a fracassos em sua função legiferante, posto que o próprio modelo de representação popular, aliado aos problemas da lentidão na produção normativa, em co-relação com a rapidez das transformações sociais, e com isto o déficit no acompanhamento das necessidades sociais, cada vez mais crescentes e complexas, gerariam o seu aparente fracasso. Sem contar o fato de que assuntos impopulares, que geram perda de votos, são desinteressantes àqueles que fazem da política uma verdadeira profissão. Todavia tais hipóteses, como dissemos, deverão ser tratadas apropriadamente em trabalho monográfico próprio, não este, em razão de sua complexidade.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia ente facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 1. p. 216.

¹³⁰ *Ibidem*. p. 216.

presídios, fornecimento de medicamentos, que tem sido alvo de severas críticas nas diversas decisões produzidas a respeito. Certamente que o discurso que embasa tais circunstâncias dita o fato de que o Poder Judiciário sempre pode fazer tais atividades, não o fazendo anteriormente pela inexistência, naquele momento, de assumir tais posições dentro do esquema de conformação de Poder.

Para Jônatas Luiz Moreira de Paula¹³¹, o princípio da Tripartição dos Poderes pode ser relativizado haja vista que o Estado brasileiro por possuir finalidades estabelecidas, na verdade, fixou diretrizes a serem perseguidas, não apenas pelos agentes do Estado, mas também por toda a população, que estão esculpidas no artigo 3º da Constituição Federal e que devem ser cumpridas:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento social nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sustenta o autor que, ao fixar essas metas a serem perseguidas, o Estado brasileiro, ainda que implicitamente, condicionou que toda a atividade do Estado deve ser interpretada pela teleologia do artigo e seus incisos, servindo de parâmetro de controle para todas as demais atividades, inclusive sobre o julgamento da própria inconstitucionalidade de normas produzidas, e além disso da própria atividade dos órgãos que compõem a estrutura do Poder em seu tríplice aspecto.

Aponta ainda que não obstante as atividades dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo serem legitimadas pelo escopo da democracia, posto que há adesão, neste caso indiretamente, por meio do voto, de seus eleitores às propostas oferecidas pelos seus membros; também, ao Poder Judiciário é garantida a legitimação, em razão da Carta Política de 1988, ter fixado bases legais, constitucionais, para a investidura nos cargos da magistratura, em todas as suas instâncias, legalizando não apenas o seu exercício, mas sobretudo formalizando a sua competência decisória, o que se faz necessário é, sobretudo, redefinir o seu espaço político no âmbito da formação dos poderes deste Estado.

Dessa forma seria plausível e necessário aceitar que a Clássica Teoria trina dos poderes, idealizada por Montesquieu não mais se conforma à nova realidade de constantes transformações, cada vez mais céleres, e que requer uma redefinição própria da forma de

¹³¹PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: Revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. p. 53-63.

estrutura do Estado. Não se pode mais coadunar-se a velha concepção de realização de Justiça com a mera realização do ordenamento jurídico, não pela sua injustiça, mas porque a lei é fixa, enquanto que a realidade é móvel e nem sempre se adequa à realidade que lhe é proposta, conformando-a integralmente, sendo necessária a mudança no perfil de atuação dos magistrados.

No entanto, contrário ao que ora expomos se posiciona o Ministro do STF Celso de Mello:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei analisada sob tal perspectiva constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes¹³².

De toda forma, não concordamos com esse argumento, posto que não cremos que uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, com mínimos parâmetros que sejam possa, de fato, perturbar a ordem constitucionalmente estabelecida dos Poderes, no sentido de promoção da efetividade de direitos que estejam na dependência direta de políticas públicas a serem implementadas somente pelo Poder Executivo, e que tal atuação judicial, poderia, por exemplo, quebrar o princípio da separação de poderes. Não podemos esquecer o fato de que a própria separação de poderes, da forma como foi idealizada, ainda sob a influência liberal, tinha por escopo o medo de retorno do Poder absoluto, que então vigorava antes até o final do século XVIII, predominantemente.

Nas palavras de Bruce Ackerman:

Essas restrições tinham como propósito limitar o arbítrio estatal, garantindo o fortalecimento das demais esferas de modo a fortalecer a sociedade civil e assegurar legitimidade material e formal às ordenações estatais. Desse modo, as restrições ao poder político pelo direito surgem na perspectiva de possibilitar o pleno

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.075-MC. Rel. Celso de Mello. Julg. 06.02.2011. Publ. DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778250/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2075-rj-stf>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

desenvolvimento da sociedade civil e da opinião pública, o que juridicamente foi articulado pela necessidade de institucionalizar a não-interferência estatal por meio do estabelecimento de garantias individuais, coletivas e processuais pelas liberdades de expressão e de associação. Esses limites surgem em um contexto de transição do Estado absolutista para o liberal, no qual se pretendia firmar uma nova ordem social baseada na livre iniciativa¹³³.

O certo é que a readequação da tripartição de poderes precisa ser feita, posto que hoje vivemos sob a égide do chamado Estado Democrático Social de Direito, e não mais sob a égide do Estado Liberal, e que por isso mesmo, para que haja concretização de direitos, sobretudo aqueles de natureza constitucional, faz-se necessário que haja, de fato, uma ampliação de poderes, tais como a interferência política no âmbito do Poder Judiciário, por exemplo, como o é a atividade legislativa por meio de medidas provisórias pelo Poder Executivo. Evidentemente que deve haver um controle das funções hoje chamadas de atípicas de cada poder, o que no caso do Judiciário vem sendo aos poucos estabelecida, sobretudo pela manutenção dos limites morais, éticos e teleológicos que regem a ideologia que move o Estado.

Certamente que, pelo seu próprio histórico de nascimento e vida, qual seja contenção do poder, o princípio da separação dos poderes traz consigo a ideia de que em qualquer país que este seja implementado, não pode haver um estancamento da atividade dos poderes que o compõem, posto que, se assim fosse, isto causaria a própria implosão de sua sistemática de aplicação, haja vista a sua finalidade de “freios e contrapesos”. O que não se pode é esquecer que ao tempo de criação o sistema citado não previa, por exemplo, a realidade de tutela de direitos coletivos, difusos e transindividuais, deverasmente ampliados após a edição da Carta Política de 1988. O que ora defendemos não é a superioridade do Poder Judiciário frente a outros poderes, mas, sobretudo, o fato de que sua participação em alguns momentos, ainda que em instâncias de poder político, seja necessário, sobretudo naqueles em que há circunstâncias que vêm tolher e inobservar os ditames constitucionalmente estabelecidos.

Se é certo que os Poderes Legislativo e Executivo devam respeitar a lei, haja vista o seu condicionamento a esta, a quem a Constituição estabeleceu o controle e aplicação dos atos normativos em geral, senão ao Poder Judiciário? Talvez o que tenha acontecido ultimamente, com a maior ingerência dos juízes nos campos decisórios políticos, seja o despertar, do lado dos magistrados, de sua função constitucional estabelecida, que de outro lado, Legislativo e Executivo têm despertado ciúmes e acirramento dos membros dos outros poderes, em impedir esta atuação por medo ou repulsa ao controle que de fato os juízes têm exercido.

¹³³ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. viii.

De toda sorte, como já o dissemos, o próprio modelo constitucional escolhido pelo Brasil, além dos institutos de direito comparado que têm sido implementados no caso brasileiro, tais como o controle de constitucionalidade e a natureza defensiva da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, além do Mandado de Injunção e por último da Súmula Vinculante, foram e são de fato grandes impulsões para que mais e mais o nosso modelo de jurisdição se assemelhe com o modelo de países do *Common Law*, de construção judicial do direito. Citamos, à guisa de exemplo, o caso da força do precedente judicial, tais como as Súmulas e jurisprudência dos tribunais superiores, que há muito, no nosso país, têm sido utilizadas para embasar as decisões de primeira instância e que, na melhor doutrina de Dworkin estabelecem a perenidade do ordenamento, sobretudo, no que tange à aplicação das normas aos casos práticos.

Salientamos ainda o fato de que a atuação proativa e a intromissão dos juízes no âmbito político do Estado têm sido fator de promoção da vontade democrática, haja vista que as decisões, sobretudo, as de natureza paradigmática, que vêm sendo desenvolvidas pelos tribunais, têm trazido certa margem de discussão social a respeito do papel do Estado e dos seus poderes; além, é claro, de manifestar, em certos pontos, a fragilidade desta grande engrenagem, poderíamos citar os casos das decisões favoráveis aos direitos dos homossexuais, como fator de promoção de um discurso social mais favorável à sua manutenção, ao contrário do que vimos anteriormente que enquanto circunscrito ao âmbito da discussão legislativa, para produção normativa, havia certa repulsa, posto que, não havia divulgação dos pressupostos teóricos realmente discutidos¹³⁴.

¹³⁴ Não poderíamos deixar de citar a emblemática, para não dizer histórica decisão produzida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADIN 4277 e da ADPF 132, em que assemelhou casais homossexuais e casais heterossexuais, no que tange a percepção e fruição de direitos produzidos por motivo de união estável, na prática a decisão produziu um novo modelo de família. Tal situação, como afirmamos anteriormente, fazia parte de questionamentos de cunho eminentemente políticos, e que de fato deveriam ter sido tratados pelo Poder Legislativo, sobretudo. Diversamente, seja por sua negligência, ou falta de interesse, ou ainda por impopularidade do tema, àqueles que, como dissemos anteriormente, dependem dos votos para manterem o “status de poder”, não o fizeram. Seja de que forma for, não podemos negar os efeitos positivos da judicialização e do ativismo judicial, quando, de fato, socorre pessoas que necessitam implementar direitos que lhe estejam sendo negados por ausência o Estado em suas esferas políticas de decisão. Em que pese argumentos prós e contras de cunho ideológico, sobretudo os discursos religiosos, que sempre terão seus espaços próprios de atuação, aqui, estamos a tratar de direitos, e estes concedidos a pessoas que analogicamente aos casais heterossexuais, convivem em união estável e necessitam comprar, vender, pagar, contribuir impostos, financiar bens, abrir contas bancárias, enfim praticar inúmeros atos e negócios jurídicos que lhe eram impedidos, em franca afronta a isonomia estabelecida como corolário de primeira grandeza pela Carta Constitucional. Apesar da polêmica causada, o Supremo, certamente, não tem (se é que alguém tenha este poder), como prever as repercussões todas desta decisão. Não podemos negar que toda decisão tem efeitos positivos e negativos também, em algum grau, mas repetimos que, estamos a falar de direitos que necessitavam e necessitam ser implementados, aos quais incumbe ao Estado (Poder Legislativo) fazê-lo e não fez no tempo e modo oportunos. Assim, não entendemos por usurpação de poder, mas, entretanto, verdadeiro

Não se pode assim negar que a atuação dos juízes, principalmente no caso do STF, tem trazido emblemáticas discussões sociais, como o foi o caso das pesquisas sobre células tronco, e da votação sobre aplicabilidade ou não da emblemática “lei da ficha limpa” para as recentes eleições de 2010, demonstrando com isto que de certa forma, o desenvolvimento de direitos fundamentais e sua consciência social, passa também por um processo de discussão pública, o que tem sido favorecido pelas instâncias judiciais do poder. Neste sentido, é inegável que a implementação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade que são discutidos pelo STF, pode ser entendida, nesta esteira, como uma forma de democratização, ainda que indireta e módica, de suas decisões, o que nos permite visualizar possibilidades futuras.

A tudo isso some-se ainda a transformação dos próprios poderes, desde o *Impeachment* do ex-presidente Collor, passando pelo próprio processo de redemocratização do Poder que o antecederia, aliando-se às conformações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no exercício de suas funções atípicas, fazem com que vejamos e desejemos, ainda que guardando certos temores, que a democracia brasileira seja fortalecida pela participação ativa de seus principais atores, aos olhos sempre vivos de seu povo que, também, aos poucos, tem demonstrado sinais de despertar¹³⁵.

Não podemos deixar de falar, ainda que brevemente, do fato de que a readequação de Poderes, também passa pela readequação das suas peculiaridades que lhe tangem. Defendemos a redução de algumas garantias que cercam a atividade do Judiciário, e que estão garantidas pela Carta de 1988, qual seja a maior e principal, a vitaliciedade. Entendemos, que dentro de uma panorama de Democracia e República, vitaliciedade é resquício de monarquia, o qual não mais se coaduna com as práticas cotidianas. Talvez um dos grandes impedimentos a aceitação da Judicialização e do Ativismo Judicial, certamente passe pela crítica ao modelo de supremacia que lhe conformou a Carta Política.

Elogiamos o trabalho que vem sendo pelo Conselho Nacional de Justiça, com o intuito de fortalecer a credibilidade do Poder Judiciário junto às instâncias sociais, todavia

cumprimento do dever estatal de dar aos seus súditos a realização de seus anseios, pela concretização de mecanismos implementadores dos direitos a quem fazem jus.

¹³⁵ A título de ilustração citamos a eleição de Lula Presidente como primeiro membro do Executivo Federal proveniente das camadas mais populares, sem contar a eleição da primeira Presidente. E aqui não fazemos qualquer apologia a partidos políticos, além do fato de que nas últimas eleições tenha havido renovação de mais da metade do Congresso Nacional, com a exclusão de velhos “donos do poder”, ao melhor estilo coronelismo, o que no mínimo nos faz atentar para o fato de que talvez o brasileiro esteja aprendendo a viver sob a égide da Democracia.

entendemos que de toda sorte, ainda há muita desconfiança a despeito da “humanidade” dos juízes, posto que são passíveis de erros e quando estes acontecem, geralmente, a depender do caso, com graves consequências. Uma mudança de paradigma no Judiciário também se faz necessária, um dos pontos que mereça reforma, talvez, seja a vitaliciedade que envolve os integrantes dos cargos. Apesar de concordarmos que esta tenha sido necessária em outros tempos, por motivo de preservação da integridade dos magistrados, além da segurança dos juízes para decidirem, hoje não mais se pertine.

Outro ponto interessante seria a modificação na escolha dos magistrados aos cargos dos Tribunais estaduais e Tribunais Superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal, a qual defendemos que deveria ser mais democrático ainda, senão com prazos de permanência mínima e máxima, nestes cargos, estabelecidas previamente, posto que, da forma como hoje se encontra também gera críticas à segurança e integridade, sem falar na seriedade e imparcialidade das decisões que serão proferidas, sobretudo pelo fator político de escolha dos integrantes desses cargos, haja vista o sempre presente sentido de “partidarismo”, sobretudo, no que pertine às decisões políticas, que sempre são e continuarão a ser as mais polêmicas.

De toda sorte, necessária a reformulação da estrutura da divisão das funções e das peculiaridades que comporão cada uma delas nesta nova definição.

CONCLUSÃO

Vivemos uma época de redefinição dos significados, o que necessariamente nos impõe a construirmos novos conceitos, que por sua vez são necessários para adequação à complexidade e ao próprio entendimento da vida moderna. Isto posto, a concepção de jurisdição está defasada, haja vista os acontecimentos sociais ocorridos, sobretudo aqueles de mudança de paradigma da passagem para a pós-modernidade e propriamente a necessidade de busca por novos parâmetros de construção deste novo Estado que se redesenha, sob o manto de teorias como Neoconstitucionalismo. De tudo o exposto fica claro que precisamos visualizar melhor o ativismo judicial, em parte consequente do modelo de judicialização da política que tem sido implementada em razão do modelo constitucional adotado de defesa de direitos fundamentais.

O próprio mecanismo da separação dos poderes, bem como os mitos da neutralidade dos juízes e da sua impossibilidade prática de criação judicial na interpretação normativa, em substituição ao arcaísmo estabelecido pelo cartesianismo, com forte influência positivista, deve ser, de fato, descartado. Outro fator importantíssimo que nos auxiliou na compreensão deste redesenho das atividades jurídicas, sobretudo no que tange à produção de decisões de cunho eminentemente político, vem da análise negativa dos efeitos da Segunda Guerra Mundial, a qual nos dá percepção da necessidade de se proteger os direitos fundamentais, e dos fechamentos teóricos que precisam ser realizados pela interpretação dos Tribunais, no que tange à fluidez dos textos normativos, haja vista o crescente uso de termos vagos e ambíguos, o que certamente nos faz repensar sobre o primado da lei, como dogma intangível e que não pode ser questionado.

A importância do controle de constitucionalidade e a atuação proativa dos juízes, ainda que em aparente confronto com os outros Poderes, têm sido fatores importantes para estabelecimento e fortalecimento da democracia, posto que têm servido de amparo para os menos favorecidos, sobretudo, no que pertine ao acesso às instâncias formadoras do poder político. Ao passo que, na esteira de pensamento da tripartição de poderes, tem servido como forma de efetivo controle dos demais poderes, seja inibindo a prática de atos abusivos dos preceitos fundamentais, seja pela correção da omissão e falhas daqueles em relação aos mandamentos impostos pela Carta Política.

Neste esteio, papel importante é o da interpretação das normas, haja vista o resultado de sentido para construção do que Dworkin chama de Teoria da Integridade do Direito, que se baseia pela aplicação equitativa dos preceitos ambíguos e abertos, além daqueles completamente vagos, imprecisos ou inexistentes da norma positiva. Neste sentido, entendemos que a compreensão da hermenêutica judicial e dos instrumentos postos para definição de como, quando e de que forma interpretar as normas garantem, no mínimo, além da correta aplicação do direito, no melhor sentido efetividade, celeridade, com garantia da segurança jurídica das decisões, como também da necessária atualização normativa aos novos padrões de conduta e atuação sociais, dentro de um contexto de mundo globalizado, celeridade e eficiência, sem falar, é claro do aumento da conflituosidade estabelecida pelo surgimento de novos direitos.

Desta feita os defensores do ativismo judicial sustentam uma atuação dos magistrados distanciada da noção de neutralidade, senão comprometida com valores intersubjetivos, defesa dos direitos fundamentais, de maior importância na estrutura do Estado de Direito, razão de que sejam estes direitos fundamentais indispensáveis a uma condição humana digna. Por sua vez, os defensores da Judicialização da política a explicam como sendo um produto do próprio modelo constitucional estabelecido pelo Estado, sobretudo pela sua característica intervencionista a título de concessão de direitos sociais e políticos aos seus cidadãos, além daqueles de caráter coletivo e difusos estatuídos.

De todo o que foi exposto, podemos inferir que a democratização do Poder Judiciário é uma questão em foco e que necessita ser imediatamente tratada de forma a que se deem limites claros de atuação, sobretudo no que tange aos limites do ato de interpretação normativa, posto que a judicialização seja um fenômeno sem retorno e que cada vez mais toma corpo, haja vista que o que se pretende é que o Estado, seja por que meios, consiga garantir o seu escopo primário, e que por motivos outros não vinha sendo garantido pelos dois outros poderes, Legislativo e Executivo, de forma satisfatória.

A justiça de fato precisa ser prestada, o cidadão espera e requer do Estado que lhe sejam deferidas as mínimas garantias de acesso aos seus direitos, sobretudo à nova onda de acesso à justiça, que não apenas perpassa por acesso aos mais pobres, ou mesmo implementação de novas regras processuais que garantam salvaguarda de direitos coletivos e difusos, mas, sobretudo, o jurisdicionado necessita de uma ordem justa, célere e efetiva e que precisa ser deferida a tempo e modo, a garantir de fato que este seja atendido.

A pós-modernidade traz consigo incertezas, transformações. É certo que estamos em um período de transição, de mudanças. Verdade é que não podemos dizer, com clareza, de onde e para onde estamos saindo e nos encaminhando, mas ao Estado é cabível trazer soluções aos anseios. O poder necessita se reinventar, para que o Estado possa oferecer de fato segurança, promoção do bem estar e efetividade de soluções para estes novos problemas que surgem a todo momento e que necessitam de urgência que, como dissemos, satisfatoriamente não estavam sendo respondidos pelos demais Poderes.

Todavia, desta panaceia de realidades que se contrapõem e na verdade se mostram como discursos conformadores de uma nova realidade que para muitos avizinha uma possível e quase certa ditadura da toga, faz-se necessária a fixação de pontos de segurança para que de fato, o exercício da atividade judicial seja ativista para o bom uso do direito e do poder em favor do Estado, para beneficiar o cidadão, e não prejudicial na medida em que comprometa a ordem justa e equânime que deve prevalecer dentro de um Estado de Direito, como o é o brasileiro, e que preza pelos institutos democráticos, o que de nenhuma forma exclui o Judiciário, uma vez que, como já dissemos, o fato de não serem eleitos por meio do sufrágio direto, não implica que não haveria legitimidade para que o Judiciário, enquanto Poder efetivo do Estado, deixe de ser competente para atuar como agente saneador das mazelas deste Estado que compõem.

Por fim, apontamos para a necessidade de conformação da Tripartição dos Poderes, haja vista o seu nascedouro ter sido sob a égide de um Estado Liberal, que não mais se conforma à realidade de um Estado Democrático Social de Direito, como o é aquele idealizado pela Carta Constitucional de 1988 e que por isso eminentemente intervencionista no sentido de garantir direitos fundamentais aos cidadãos. Apontamos então o “agigantamento” do Poder Judiciário como sendo, de fato, produto deste modelo de Estado e pela necessidade de implementação e concretização destes direitos fundamentais, seja para corrigir falhas de atuação ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, seja para conformar a integridade do próprio ordenamento jurídico pátrio a essa nova realidade social que se desenha. Assim focar nas chamadas funções atípicas de cada poder seria uma possível solução para que na prática, houvesse uma legitimação da atuação jurisdicional que parte se dá pela existência de procedimentos de conhecimento prévio estabelecidos, ou ainda pela necessidade de intervenção subjetiva dos magistrados para definir sentido à lei positiva¹³⁶,

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Neste sentido o papel do Judiciário, neste momento

com o intuito sempre de salvaguardar interesses de minorias ou mesmo para impedir maiorias transitórias de abusar do poder político, a fim de que haja respeito aos ditames constitucionalmente estabelecidos.

Interessante então, na conformação desta nova realidade, o uso de alternativas à prática da atividade proativa e eminentemente política dos juízes, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a qual indicamos a tópica de Viehweg que vem explicar e ajudar no uso dos institutos jurídicos, não mais sob a égide da lei pura, haja vista a variedade de *topoi*, sobre os quais pode-se construir as decisões políticas o que nos serve como alternativa, ao menos dos casos de omissão, obscuridades e imprecisões normativas, aos quais o próprio sistema jurídico não responde. Sendo certo que apenas dever-se-á aplicar parâmetros para a escolha dos tópicos que servirão de base para aplicação dos institutos de forma segura e justa, aos quais estabelecemos referências à teoria da Integridade de Dworkin, que serviria de esteio a tanto.

Verdade é que o ativismo judicial só tem serventia de fato se for pensado como forma de propor, com mais eficácia, instrumentos de acesso à justiça para todos os cidadãos e maiores garantias sobre a qualidade da justiça prestada, seja ela a justiça do processo, seja ela a justiça da boa administração ou ainda a justiça da legislação constitucional, esta de forma justa e legítima, produzida pelo Estado. Se estamos certos ou errados só o tempo poderá nos dizer, a contar da realidade próxima, podemos afirmar que apesar de alguns pontos negativos, certamente, a Judicialização e o Ativismo Judicial tem trazido muitos benefícios aqueles que necessitam de proteção de seus direitos.

histórico, seria sumamente importante, haja vista a sua relevância social. “No Estado Democrático de Direito, em face do seu caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção *de* força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano jurisdicional”.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. viii.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2005.
- _____. **Fraudes a Constituição: Um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- ALENCASTRO, Catarina; BRAGA, Isabel; SOUZA, André. **Julgamento no STF sobre validade da Lei da Ficha Limpa termina novamente empatado**. *Jornal O Globo e Agência Brasil on line*. Publicada em **27/10/2010**. Brasília. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/eleicoes2010/mat/2010/10/27/julgamento-no-stf-sobrevalidade-da-lei-da-ficha-limpa-termina-novamente-empatado-922884254.asp>>. Acesso em: 19 jan. 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação**. O princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ARENDT, Hanah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- ATIENZA, Manoel. **As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- AIYER, Sriram. **Documento 319 Banco Mundial: Elementos para a reforma**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2011.
- BARCELONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista: capitalismo monopolista y cultura jurídica**. 3. ed. Madri: Civitas, 1988.
- BEIL, Eduardo. **A jurisprudência como fonte de produção e atualização do direito**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=34271>. Acesso em: 05 jan 2011.
- BÍBLIA SAGRADA: contendo Antigo e o Novo Testamento. Traduzidos em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida na grafia simplificada. Com referências e algumas variantes. 16. ed. São Paulo: Geográfica, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. São Paulo: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BRASIL. **Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código processo civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2011.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp. 107.248/GO. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, AC. De 07.05.98, DJU de 29.06.98. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502400/recurso-especial-resp-107248-go-1996-0057129-5-stj>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 226.436/PR. Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira. AC. De 28.06.01. DJU de 04.02.02. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7839519/recurso-especial-resp-226436-pr-1999-0071498-9-stj>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.075-MC. Rel. Celso de Mello. Julg. 06.02.2011. Publ. DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778250/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2075-rj-stf>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 14.332/98. Rel. Jorge de Miranda Magalhães. j. 23.09.99. p. 269. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 15 fev. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598362655. 8ª Câmara Cível. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade. j. Em 10.03.2000. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 15 fev. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível: AC 117931 SC 2009.011793-1, Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Vanderlei Romer. Julgamento: 26/08/2009. Publicação D. O. Balneário Camboriú. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6709548/apelacao-civel-ac-117931-sc-2009011793-1-tjsc>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: Aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, nº 28, p. 161-179, jun. 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil:** Apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia Política*. Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Rio de Janeiro, ano II e III, nº 2 e 3, 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/.../poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?...>. Acesso em: 18 fev. 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, mar. 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito:** Aproximação à metodologia discursiva do direito. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

FERREIRA, Pinto. Prefacio. In: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes a constituição:** Um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FRANÇA, R. Limongi. **Herneneutica jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.

GANTOIS, Gustavo. **Casais gays conquistam 112 direitos com decisão do STF**. R7 Notícias, 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-gay-20110506.html>>. Acesso em: 06 maio 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia ante facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 1.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito à luz de perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ITO, Marina. **Judicialização é fato, ativismo é atitude**. Seminário Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça fluminense. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LABANCA, Marcelo. **Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. reform. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**. São Paulo, n. 57, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, nº 58, nov. de 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Teoria Geral do Processo e do Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1980.

NALINI, José Renato. **Recrutamento de juízes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Gen Método, 2010.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Gen Método, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque**: Argumentos pragmáticos. Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: Revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. **Direito sumular**: uma experiência vitoriosa do poder judiciário. Rio de Janeiro: Shogun Arte, 1983.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: Tópica, Discurso, Racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Uso alternativo do direito. **Revista de Direito Alternativo**. São Paulo, nº 02, p. 74-81, 1993.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: Reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

STF. **Supremo decide que é inconstitucional a exigência de diploma para o exercício do jornalismo**. Notícias, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Pós-facio: Diálogos (neo) constitucionais. In: DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2010.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

VERBICARO, Loiane Prado. **A judicialização da política à luz da Teoria de Ronald Dworkin**. Revista Jus navigandi, publicada em 11 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf>. Acesso em 19.01.2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi IBET, 2003. v. 2.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.