

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E FILOSOFIA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA**

**A DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO APÓS 1988:
a fundamentação das decisões judiciais como um dos critérios de
identificação e controle do ativismo judicial**

Wilson José Witzel

**NITERÓI
2019**

Agradeço ao meu Deus pela vida e por me guiar até aqui, ajudando-me a superar todas as dificuldades e os desafios da vida.

Minha gratidão aos meus professores do programa de pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense, especialmente meu orientador Ari de Abreu Silva, pessoa simples no trato, mas de grande sabedoria, que me permitiu desenvolver toda a criatividade para um trabalho de tamanha inquietação acadêmica, social e política.

Agradeço aos colegas do programa, que me ajudaram muito nesta caminhada, especialmente Ramon e Josi Bragatto, que se tornaram parceiros também no Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Aos meus colegas magistrados federais e estaduais, membros do ministério público, defensores públicos, advogados, colegas professores e aos recentes parceiros de trabalho no Poder Legislativo Estadual e Federal, meu muito obrigado pelas trocas de ideias e dicas para construir a tese, que tem a ousadia de tentar nos entender.

Meu querido amigo e irmão Vice-Governador Claudio Castro, obrigado pelo apoio nos momentos em que precisei me ausentar para trabalhar neste projeto, em seu nome agradeço todos nossos secretários e servidores pelo grande trabalho de reconstrução de nosso querido e amado Estado do Rio de Janeiro.

Um agradecimento especial à policia militar, sem seus agentes eu não teria conseguido realizar a banca de qualificação, ocasião em que os pseudo-defensores liberdade pretendiam me impedir. Alguns ainda não entenderam o que é democracia.

Aos meus pais pelo carinho e presença constante em minha vida, obrigado pelo meu primeiro lápis.

Aos meus filhos Erick, Vincenzo, Beatriz e Bárbara fonte de inspiração para minha luta para deixar um legado de dias melhores e esperança de viverem em uma democracia e um Estado em que se respeite a diversidade e opiniões contrárias.

Um agradecimento especial à minha esposa Helena Witzel, fonte da minha alma, companheira de todas as horas, conselheira e defensora incondicional de nossos princípios, meu eterno amor.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade elaborar uma crítica ao modo como, ao longo da sua atuação típica, o Poder Judiciário tem exercido um protagonismo em relação aos demais Poderes da República. Para tanto, explora os possíveis sentidos ordinariamente utilizados para a expressão “ativismo judicial” e, encontrando um núcleo semântico que a determina, procura diferenciá-la da judicialização da política. Após relacionar um conjunto de circunstâncias que provocaram esse protagonismo, identifica na fundamentação das decisões judiciais o critério fundamental para a diferenciação pretendida. Daí deriva o seguinte problema: no exercício de suas funções típicas, juízes deliberam com base em padrões políticos, ou se valem de regras ou princípios para fundamentar as suas decisões? Avançando a hipótese de que a resposta ao problema aponta para o uso constante de padrões políticos, busca-se fundamentá-la explorando-se aqueles elementos normativos e diferenciando-os dos padrões políticos. Dessa forma, lança-se a base para a determinação de critérios que possam servir de orientação para a aferição da existência de um possível desvio na atuação dos juízes, a fim de que não incorram em decisões ativistas. Dentre os elementos assim determinados, trabalha-se com o tema do consequencialismo decisório, dos contextos de descoberta e de justificação e do dever de autocontenção judicial.

Palavras-Chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Consequencialismo decisório. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

The present work aims to elaborate a critique to the way, throughout its typical function, the Judiciary Power has exerted a protagonism concerning the other Powers of the Republic. To this end, it explores the possible meanings usually used for the expression “judicial activism” and, finding a semantic core that determines it, seeks to differentiate it from the judicialization of politics. After relating a set of circumstances that caused this protagonism, identifies in the grounds of judicial decisions the fundamental criterion for the intended differentiation. Hence the following problem: In the exercise of their typical duties do judges deliberate based on political standards, or do they use rules or principles to base their decisions? Advancing the hypothesis that the answer to the problem points to the constant use of political standards, the work seeks to base it by exploring those normative elements and differentiating them from political standards. Thus, the basis is laid for the determination of criteria that can serve as a guide for assessing the existence of a possible deviation in the performance of judges, so that they do not incur activist decisions. Among the elements thus determined, we deal with the theme of decisional consequentialism, the contexts of discovery and justification, and the duty of judicial self-restraint.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of politics. Decisional consequentialism. Legal reasoning.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA | 8 |
| 2.1 O fenômeno da judicialização da política e suas “causas” | 9 |
| <i>2.1.1 A inafastabilidade da jurisdição</i> | <i>10</i> |
| <i>2.1.2 As omissões legislativas</i> | <i>11</i> |
| <i>2.1.3 As ações coletivas e a emergência de certas instituições democráticas</i> | <i>16</i> |
| <i>2.1.4 O paradigma constitucionalista e a invasão dos princípios</i> | <i>19</i> |
| <u>2.1.4.1 O paradigma positivista.....</u> | <u>20</u> |
| <u>2.1.4.2 O paradigma constitucionalista</u> | <u>23</u> |
| <i>2.1.5 A inflação constitucional e a hipertrofia do Judiciário</i> | <i>32</i> |
| 2.2 O que é o ativismo judicial? | 38 |
| 3 REINVENÇÃO DO JUDICIÁRIO OU UMA PROPOSTA MAIS MODESTA? | 48 |
| 4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS | 57 |
| 4.1 O caráter criativo da atividade judicial | 57 |
| 4.2 Discricionariedade judicial | 75 |
| 5 CAMINHOS PARA UM EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO | 83 |
| 5.1 Princípios jurídicos e políticas | 86 |
| <i>5.1.1 O acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico.....</i> | <i>89</i> |
| <i>5.1.2 A fundamentação das decisões judiciais no processo de comunicação entre os sistemas judicial e político</i> | <i>93</i> |
| 5.2 Contextos de descoberta e de justificação | 96 |
| 6 CONCLUSÃO | 101 |
| REFERÊNCIAS | 105 |

1 INTRODUÇÃO

Desde a gestação do Estado Moderno houve a preocupação com a definição de uma fisiologia dos poderes, a fim de que a dinâmica da sua atuação não revelasse usurpações ou abusos que pudessem propiciar o protagonismo de determinados órgãos especializados sobre outros.

Em que pese a essa preocupação antiga, a atualidade do tema permanece. A complexidade das sociedades contemporâneas gerou demandas contra o Estado que o sobrecarregam e comprometem a sua eficiência, ou mesmo demarcam a sua incompetência em atendê-las. Essa é uma constatação que se verifica em qualquer dos três poderes.

No âmbito do Legislativo, parece existir um misto de omissão pré-determinada e impotência diante da dinâmica célere dos fatos sociais. O avanço das tecnologias favorece esse estado de coisas, pois interfere diretamente no modo de vida social, provocando verdadeiras revoluções, as quais devem necessariamente vir acompanhadas de regulamentações legais que, devido ao necessário processo legislativo constitucionalmente estabelecido, acaba chegando demasiadamente tarde ou nem mesmo chega a deflagrar-se.

Por sua vez, o próprio Parlamento pode evitar o início do referido processo, exatamente para não se comprometer com a tomada de posição acerca de temas polêmicos, que poderiam afetar a imagem de partidos ou congressistas isoladamente. Há um custo político em toda deliberação dessa natureza que pode interferir nesse processo, tornando estrategicamente adequada a omissão legislativa.

De qualquer modo, a questão deverá ser enfrentada por alguma instância oficial do Estado, situação que sobrecarrega o Judiciário e o coloca em uma posição de vanguarda na proteção de direitos fundamentais.

Trata-se de uma situação que não decorre exclusivamente dessa sua postura ativa, do ponto de vista nomogenético, mas também da sua atuação como legislador negativo, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, missão que lhe é constitucionalmente atribuída. Essa sua atuação contramajoritária faz com que o tema toque o princípio democrático, uma vez que juízes, em geral, são recrutados tecnicamente por meio de concurso público.

A própria evolução do sistema constitucional brasileiro revelou um progressivo avanço na instituição de órgãos de controle da Administração Pública, aos quais também atribuiu prerrogativas que pudessem proporcionar-lhes alguma independência na sua atuação.

Ademais, a feição do processo tradicional mudou completamente. A gestão de pretensões veiculadas em demandas entre partes singulares deixa de ser a marca típica da atuação jurisdicional e se abre espaço aos processos coletivos, voltados à proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Finalmente, é importante registrar ainda as consequências da inflação de direitos na Constituição. A transição do Estado liberal ao modelo social acarretou modificações profundas nas relações entre Estado e sociedade, inaugurando, sobretudo no primeiro pós-guerra, um novo modelo constitucional que, para além da proclamação de direitos de liberdade, passou a ocupar-se da enumeração generosa de um amplo catálogo de direitos sociais.

Essa profusão de direitos acabou por gerar um descompasso com o mundo da vida, haja vista a inexistência de uma estrutura apta a conferir efetividade a eles. Essa ineficácia constante frustra as expectativas que o sistema proporcionou e, ao mesmo tempo, oferece um aparato jurídico de garantia para que a sociedade os reclame judicialmente. A explosão de demandas gera assim uma sobrecarga do próprio Judiciário, a qual acaba por favorecer a abertura de espaços propícios ao ativismo, notadamente quando, a pretexto de assegurar tais direitos, juízes interferem diretamente na gestão das políticas públicas.

Todo esse quadro parece propiciar, embora não haja aí uma relação de necessidade ou causal (no sentido das ciências naturais) entre esses fatores e o protagonismo exagerado do Poder Judiciário, o surgimento do que aqui foi reconhecido sob o título de ativismo.

Ao longo da primeira parte do trabalho será efetuado o mapeamento desses fatores, apontados como “causas” do ativismo judicial.

Apesar de a expressão “ativismo judicial” ser plurissignificativa, a linguagem autoriza a estipulação de um sentido próprio que permita a redução da sua ambiguidade. A retrospectiva do seu uso e essa tarefa conceitual são questões enfrentadas ao longo da segunda parte da pesquisa.

Chega-se assim ao ponto nuclear da tese, que é a fixação do critério determinante para que se possa identificar ou caracterizar determinada decisão ou sentença como sendo ou não um produto do ativismo judicial. A matriz que orienta essa identificação é a fundamentação das decisões. Tendo-se em vista esse referencial, algo deverá qualificá-la para que se possa sugerir uma falha no processo decisório ou o seu acerto, vale dizer, deve existir algum critério de correção que se preste ao controle dessas decisões. Já não importa tanto o resultado da decisão, ou tecnicamente, o dispositivo da sentença, mas o modo como ele foi alcançado.

É precisamente nesse ponto que o problema enfrentado na pesquisa surge: no exercício de suas funções típicas, juízes deliberam com base em padrões políticos, ou se valem de regras ou princípios para fundamentar as suas decisões?

Evidentemente que a resposta a essa questão demanda o enfrentamento de uma série de questões conceituais, que podem, por isso mesmo, revelar uma fatoração do problema principal. Qual a distinção entre regras e padrões? Entre os padrões, qual a diferença entre políticas e princípios? Em que consiste fundamentar uma decisão? Qual a diferença entre os contextos de descoberta e justificação?

Essas são questões que serão abordadas na última parte do trabalho. Ao longo dele, diversas matrizes do pensamento jurídico-filosófico irão surgir, em um contexto de sinergia, para a sustentação das posições parciais adotadas. De toda sorte, vislumbra-se um referencial mais diretamente ligado à resposta ao problema posto, o que bem poderia justificar a denominação, por isso mesmo, de um marco teórico da pesquisa. Trata-se das posições jusfilosóficas desenvolvidas por Ronald Dworkin ao longo da sua teoria da adjudicação judicial.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A expressão “ativismo judicial” é polissêmica e, a despeito do seu uso frequente¹, não se tem ao certo o fenômeno que denota. Usualmente é empregado de forma pejorativa, denunciando um papel exacerbado dos juízes, caracterizado pela usurpação de uma competência política que não lhes foi outorgada. Todavia, também pode assumir um sentido positivo, quando se refere a um comportamento garantista de direitos fundamentais.

O tema será mais bem desenvolvido adiante. Por ora, importa registrar que a polêmica que se estabeleceu sobre ele se insere no contexto dos debates sobre a questão da judicialização da política, e no caso brasileiro, após 1988, também envolve as discussões sobre o papel do Poder Judiciário em geral, e mais especificamente do Supremo Tribunal Federal².

Indubitavelmente, a Constituição da República de 1988 inaugurou um panorama de competências judiciais mais alargadas, o que acaba por também destacar o papel do Poder

¹ Registra-se que o termo foi empregado 3.815 vezes em artigos jurídicos publicados em periódicos especializados durante a década de 90, e 1.817 já nos quatro primeiros anos do século XXI, o que significa uma média de 450 incidências por ano (KMIEC, 2004, p. 1442).

² Nesse sentido, veja KOERNER, 2013, p. 70.

Judiciário no cenário político. Ao lado delas, registra-se também a presença de mecanismos processuais de proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que impactam diretamente o alcance das decisões judiciais proferidas, já que podem afetar pessoas que sequer participaram do processo.

Paralelamente a esse quadro, também ganham destaque na Constituição de 1988 instituições democráticas que passam a integrar o que se pode denominar de sistema de Justiça, como por exemplo, o Ministério Público, viabilizando o direcionamento de questões múltiplas ao Poder Judiciário.

Muitas vezes também direitos constitucionalmente assegurados acabam por mostrarem-se inviabilizados em seu exercício, em função da carência de regulamentação normativa, omissão que pode ser reconhecida também pelo Judiciário, a partir do manejo de instrumentos como a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

O próprio domínio da ética também acaba por ser regulado pelo Direito, em função de demandas que são levadas ao Judiciário e que poderiam ter sido tratadas no âmbito que lhe é próprio: o Parlamento. A ausência de interesse político em lidar com eles é que faz com que, por exemplo, o Judiciário se envolva com temas como a legalização do aborto, dentre outros.

Essa expansão da atuação judiciária impacta diretamente esse processo de judicialização da política, lançando o Poder Judiciário em um estado de proeminência frente aos demais, o que, sob certo aspecto, não é salutar em um regime democrático.

De qualquer forma, antes de qualquer avaliação da questão, importa descrever esses que poderiam ser denominados “elementos causais” da judicialização da política, no sentido de que eles, em seu conjunto, constituem uma boa explicação para tal fenômeno. É o que se fará no item subsequente.

2.1 O fenômeno da judicialização da política e suas “causas”

Antes de adentrar no tema propriamente dito, convém esclarecer que o termo “causa” não é aqui empregado no mesmo sentido com que é manejado no âmbito das ciências naturais. Quando se afirma que um corpo abandonado no espaço cai por causa da ação gravitacional, tem-se aí um sentido de causalidade bem determinado, ou seja, causa como um elemento que, quando presente, explica outro fenômeno que dele deriva.

Aqui, o termo não assume propriamente esse sentido. Ao afirmar-se que o advento das ações coletivas, a autonomia que certas instituições democráticas angariaram com a Constituição de 1988, o aumento dos legitimados para propor ações declaratórias de inconstitucionalidade são causas do fenômeno da judicialização da política, não se pode assumir que tais elementos causem necessariamente este fenômeno. Ao afirmar a presença desse conjunto de elementos, apenas se quer dizer que eles podem constituir uma razoável explicação do fenômeno da judicialização da política, embora, ao contrário do que ocorre com a interação entre a gravidade e a queda dos corpos, pode até mesmo não se verificar se, por exemplo, um sentido forte de autocontenção judicial estiver presente.

Com tais esclarecimentos, passa-se a relacionar alguns elementos que, em seu conjunto, servem como uma razoável explicação para o fenômeno da proeminência que se vem observando do Judiciário frente aos demais poderes.

2.1.1 A inafastabilidade da jurisdição

A inafastabilidade da jurisdição é uma garantia insculpida no art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988, pela qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O referido dispositivo registra a opção política por um sistema único de jurisdição, a cargo do Poder Judiciário. Não se trata de uma opção universal. Na França, por exemplo, restou consagrado um sistema dual, em que o controle da Administração Pública não é feito pelo Poder Judiciário, mas por meio de uma jurisdição administrativa, a cargo do Conselho de Estado. Daí o registro da existência de juízes judiciários e de juízes administrativos.

Pois bem, como se disse, tal não se dá no caso brasileiro, onde toda e qualquer lesão, não importando o modo com que se dá ou a sua proveniência, poderá ser sindicada pelo Poder Judiciário. Este tema será retomado mais adiante, quando for tratada a questão do alcance desse controle, notadamente em relação aos denominados atos discricionários da Administração Pública e aos atos de governo. De qualquer forma, pode-se perceber o quanto o Judiciário se envolve com temas inerentes à Administração Pública e também com questões eminentemente políticas, ao argumento de que, a partir de decisões de tal ordem, alguma lesão pode verificar-se, atraindo assim a sua competência para analisá-las.

Portanto, sob o título da inafastabilidade da jurisdição tem-se uma “competência genérica” atribuída ao Judiciário, favorecendo a sua intervenção em supostamente qualquer

área. Mas não é só, pois essa “competência genérica” vem aparelhada de instrumentos jurídicos que asseguram o exercício da jurisdição nos mais diversos âmbitos. Tome-se o exemplo da ação popular. Trata-se de um remédio constitucional previsto no art. 5.º, LXXIII, da Carta de 1988, por meio do qual é possível anular “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Mais ainda, ao outorgar a qualquer cidadão a legitimidade para propor a ação, inclusive isentando-o de custas e do ônus da sucumbência, restou facilitada a proliferação de demandas com os mais variados matizes, sob o argumento de que o ato impugnado poderia afetar a moralidade administrativa, em sentido amplo. Como exemplo, tome-se a impugnação da nomeação de ministros de Estado pelo Presidente da República, gerando uma interferência direta do Poder Judiciário em atos políticos da mais alta autoridade do País³.

2.1.2 As omissões legislativas

Embora o tema da interseção entre Direito e moral seja complexo, percebe-se que determinadas orientações para a ação humana, que são próprias do campo da moralidade, acabam sendo absorvidas pelo Direito, na medida em que a sociedade, ordinariamente através do Parlamento, normatiza o tema, consignando-se em lei o modo de ação que se espera do agente em certas situações. Por exemplo, a questão do respeito à integridade do outro, e em que situações estaria moralmente justificada uma agressão, esse é um tema indubitavelmente inerente à moralidade. De toda forma, é também evidente que o padrão de moralidade que se espera de alguém no tocante a tal matéria já não está mais à mercê de princípios ou sistemas filosóficos que buscam informar tal fenômeno. Ao contrário, a ação que se espera do agente em tais casos já está definida nos códigos legais. Pode-se discutir ainda se é moralmente correto ou não o aborto, mas na medida em que a matéria passa a ser regulada pelo Direito, determinada opção moral foi assumida pela sociedade e deverá vigorar, sob pena do manejo das sanções normativas previstas.

³ Exemplifica-se com a impugnação da nomeação da deputada federal Cristiane Brasil para o cargo de ministra do trabalho e do emprego (ação popular nº 001786-77.2018.4.02.5102) e do ex-presidente Lula para o cargo de ministro-chefe da Casa Civil. Neste último caso, houve várias ações populares (de que são exemplos aquelas propostas na 4ª Vara Federal de Brasília e na 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro), havendo a suspensão do ato se materializada por força de uma decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.070-DF.

Enfim, o que se quer dizer é que muitas decisões no domínio da moralidade podem e devem ser avocadas pelo legislador, que, ao regulá-las, passam a ser um padrão esperado e exigido em uma determinada sociedade. Por sua vez, quando o legislador não o faz, esses juízos podem tornar-se um problema no âmbito social, uma vez que é natural, em uma sociedade plural, que distintos pontos de vista coexistam, tornando-se um problema conciliá-los. As dissidências que daí derivam acabam sendo levadas ao Judiciário, que se vê obrigado a posicionar-se, fazendo-o por meio de um comando que deverá ser respeitado. De um modo geral, isso propicia o alargamento da influência desse poder, inclusive viabilizando a adoção de medidas coercitivas que, em última instância, forçam a observância de um juízo sobre questões eminentemente políticas, as quais seriam mais bem desenvolvidas no próprio espaço plural que conforma o Parlamento.

O que se registra aqui é uma omissão de ordem geral, não qualificada. Ou seja, o Parlamento não se pronuncia sobre tema que seria mais apropriado ao debate e discussão nas casas legislativas. Todavia, tem-se por qualificada a omissão referida a direitos constitucionalmente assegurados e que demandam uma regulamentação específica para serem exercidos. Se essa regulamentação não surge, o Parlamento se omite em fazer aquilo que a Constituição lhe determina, ficando assim configurada uma inconstitucionalidade (por omissão).

Para combater esse problema a Carta prevê remédios específicos: a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Quanto à primeira, pode-se afirmar que o seu impacto sobre o tema da judicialização da política é insignificante, haja vista que a Constituição, ao prever a ação (art. 103, §2.º), estabelece que se for reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias, apenas resultando em ordem para supri-la, no prazo de trinta dias, quando se tratar de omissão normativa atribuída a órgãos da Administração Pública.

Portanto, fica clara a ideia de respeito às competências legislativas do Congresso Nacional e à sua independência. Decerto que esta última vem atrelada ao dever de harmonia e respeito mútuo entre os Poderes, o que não parece verificar-se nesses casos, em que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente declara a mora do Congresso Nacional e, ainda assim, a omissão permanece. Tome-se o exemplo da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, direito previsto na Constituição em seu art. 37, VII, e até hoje não regulamentado, a despeito das diversas comunicações da Corte Suprema ao Parlamento, atestando a sua mora.

De qualquer forma, ações individuais⁴ podem ser propostas para que o vício seja suprido. Para tanto, o instrumento processual adequado é o mandado de injunção, remédio constitucional previsto no art. 5.º, LXXI, da Carta. Aqui, diferentemente do que ocorre na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o objetivo da ação não é apenas o de detectar a mora do Congresso, mas obter um provimento jurisdicional que colmate a lacuna normativa, viabilizando assim o exercício de direitos e liberdades assegurados pela Constituição. Trata-se de um remédio constitucional que tem nítida feição satisfativa.

Durante mais de duas décadas o Supremo Tribunal Federal se posicionou de forma extremamente tímida em relação ao exercício dessa competência que a Constituição lhe outorga, assumindo por premissa a tese kelseniana do legislador negativo⁵, ou seja, ao Judiciário não caberia inovar no mundo jurídico, incorporando normas por ele criada ao sistema, mas tão somente criticar o sistema normativo já posto pelo Parlamento, dele subtraindo as regras que se mostram incompatíveis com a Constituição. Portanto, em certo sentido, “legisla” por supressão de normas, “legisla negativamente”.

Essa premissa é incompatível com o mandado de injunção, que acabou recebendo idêntico destino, em seu uso, ao da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Quando alguém o impetrava e era reconhecida a mora legislativa, o Supremo, ao invés de criar a norma regulamentadora para o caso concreto, simplesmente encaminhava notícia da mora legislativa ao Congresso.

Um exemplo notório foi a carência de regulamentação do art. 192, §3º, da Constituição, que tipificava como crime de usura a cobrança de taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, em patamar superior doze por cento ao ano. Contra tal omissão proliferaram no Supremo Tribunal Federal mandados de injunção de natureza coletiva, impetrados por entidades associativas, visando a obter da Corte a regulamentação daquele direito⁶. A recusa do Tribunal em conferir efetividade ao direito constitucionalmente assegurado, atribuindo ao caso a regulamentação necessária, acabou, como se afirmou mais

⁴ Em que pese à referência ao caráter individual do mandado de injunção, registre-se a possibilidade de transformar-se em ação coletiva quando o seu manejo se der por meio de associações em prol de seus associados, com base no instituto da substituição processual. O que efetivamente ocorreu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como se pode notar do exemplo que adiante será dado.

⁵ Ver KELSEN, 2003, p. 153.

⁶ Por exemplo, o MI 486-2/400/RJ, impetrado pela Anacont (Associação de Assistência ao Consumidor e trabalhador) e figurando como impetrado o Congresso Nacional. A ação teve por relator o Min. Maurício Corrêa.

acima, por frustrar o próprio objetivo do mandado de injunção, assemelhando-o, em seus efeitos, à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido (CASTRO, 1999, p. 85):

Em que pesem as esperanças irradiadas pela bem-vinda figuração constitucional da ação de injunção, foi verdadeiramente desoladora a assimilação dessa garantia por parte do Supremo Tribunal Federal, que, desde o início, identificou-a à ação de inconstitucionalidade por omissão. A bem dizer, a despeito de todo esse esforço doutrinário, outra foi a senda que nossa Corte Maior entendeu de percorrer. As posições que têm sido até o presente assumidas pela maioria de seus integrantes, infelizmente, fulminam as expectativas de quantos consideramos consistir o mandado de injunção numa super e multifinalística garantia integradora da ordem jurídica, destinada a tornar-se, especialmente no campo dos direitos econômicos e sociais, uma fecunda guardiã da efetividade do sistema constitucional democrático restaurado e ampliado em 1988. Assim é que a Suprema Corte brasileira, fazendo ouvidos moucos ao clamor das demandas emancipatórias da cidadania e em prol da efetividade dos direitos econômicos e sociais, fez consagrar uma visão minimizante da significação do instituto recém concebido pelo legislador constituinte.

Essa posição de contenção da Corte Suprema experimentou uma virada por ocasião do julgamento de outro mandado de injunção, esse destinado a forçar a regulamentação do direito de greve assegurado aos servidores públicos. Tal direito, ao ser declarado na Constituição, em seu art. 37, VII, subordinou o seu exercício aos limites definidos em lei específica. Decorridos mais de 30 anos da sua previsão, até hoje não foi providenciada a lei regulamentadora.

Após insistentes mandados de injunção, todos resultando no mesmo tratamento conservador do Supremo Tribunal Federal, a que acima foi referido, finalmente um deles tornou-se o *leading case* para a matéria, uma vez que registrou uma inversão de posição da Corte, que, dando regulamentação específica para o caso até que a lei mencionada venha a ser produzida, alinhou-se aos anseios da sociedade e aos reclamos da doutrina, que tanto clamaram pelo caráter satisfativo da referida ação mandamental.

Tal se deu no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n.ºs 670, 708 e 712, impetrados respectivamente pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), visando a assegurar o direito de greve para os seus filiados.

A solução apresentada pela Corte foi a de aplicar temporariamente a Lei n.º 7.783/89, que, dentre outras providências, dispõe sobre o exercício do direito de greve para os trabalhadores em geral.

Na ocasião, o Min. Celso de Mello salientou:

[...] não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

O referido ministro, ao resumir o tema, salientou ainda que a solução adotada pela Corte "não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis".

Pode-se perceber que o mandado de injunção, sobretudo quando utilizado por entidades associativas na defesa de direitos dos seus integrantes, acaba por revelar-se um instrumento que consagra um nítido papel normativo ao Judiciário, que, devido à omissão legislativa reconhecida, introduz no sistema normas de caráter abstrato e geral⁷, visando à regulamentação de direitos constitucionalmente assegurados.

Portanto, embora indubitável que se trata de uma manifestação política das Cortes de Justiça, não se está fazendo qualquer juízo de valor quanto à nocividade ou necessidade dessa prática, a qual, afinal, reflete o exercício de competências constitucionalmente asseguradas. Por ora, o que se pretende é tão somente registrar que o panorama constitucional tem se revelado como um instrumento que, de certa forma, dá respaldo a ações judiciais que propiciam decisões de caráter nitidamente político e, nesse sentido, pode-se afirmar também que propiciam certo grau de judicialização da política.

Essa conexão entre a jurisdição constitucional e a política não é um fenômeno local; trata-se de uma conexão necessária e universal. Como afirma Zagrebelsky (ZAGREBELSKY e MARCENÒ, 2018, p. 81), "a proximidade do direito constitucional – mais do que qualquer outro ramo do direito – à política"⁸ exprime uma realidade indiscutível. Exatamente por isso é que ela se revela como um ponto sensível ao propiciar o surgimento de zonas de tensão entre o Judiciário e o Legislativo, notadamente no âmbito do que se costumou denominar de ativismo judicial ou de judicialização da política.

⁷ V. o item 2.1.4 e especialmente a nota de rodapé n.º 13.

⁸ Traduziu-se. Eis o texto original: "[...] la prossimità del diritto costituzionale – più che di ogni altra branca del diritto – alla política".

Ao tratar da dimensão política da jurisdição constitucional, Inocêncio Mártires Coelho afirma que não é mais possível continuar ignorando que ao se “juridificar” a política de forma tão detalhada na Constituição, estar-se-ia politizando a justiça e seus juízes. Daí a afirmação dos críticos dessa expansão da atuação das Cortes Constitucionais, no sentido de afirmar que elas acabaram transformando-se em uma “*terceira câmara dos parlamentos, em verdadeiras constituintes de plantão*” (COELHO, 2001, p. 41).

Assim, a visão hermética da posição política das cortes constitucionais ganha no Brasil outros contornos, que se estendem, de certa forma, a todos os juízes, pois um número expressivo de questões políticas também se desloca para a arena da jurisdição infraconstitucional⁹, haja vista que mesmo os órgãos de jurisdição ordinária (juízes e tribunais ordinários) têm franco acesso a temas politicamente relevantes, e isso não apenas pela possibilidade desses órgãos exercerem também o controle difuso de constitucionalidade, mas também pela legitimação expandida para a propositura de ações coletivas e de improbidade, como se verá adiante.

A ampliação do acesso à justiça e a necessidade de decisões interpretativas das leis infraconstitucionais nas ações coletivas ganham volume e ostentam um grande conteúdo político, uma vez que, indo muito além das partes em litígio no processo, ampliam sobremaneira a dimensão da jurisdição, que passa a ser compreendida como parte do processo decisório na formulação das políticas públicas, não um fim em si mesma.

2.1.3 As ações coletivas e a emergência de certas instituições democráticas

Um terceiro elemento que notabiliza a atuação do Judiciário é a emergência de um novo *status* conferido a certas instituições democráticas pela Constituição, tais como a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Como a pretensão aqui esboçada é a de simplesmente apresentar os “elementos causais” do fenômeno da Judicialização da política, é o bastante abordar o impacto da autonomia, competência e prerrogativas atribuídas constitucionalmente ao Ministério Público.

Quando a Carta cuida das funções essenciais à Justiça, ela o faz inicialmente pelo Ministério Público, já estabelecendo que se trata de uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime

⁹ Quanto às justificativas para essa expansão, cf. VIANNA; CARVALHO; *et al.*, 1999.

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CRFB/88, art. 127) à qual é assegurada autonomia funcional e administrativa (CRFB, art. 127, §2.º).

Dentre as suas atribuições constitucionais, para além da sua atuação como parte nos processos penais, já que lhe incumbe privativamente a promoção da ação penal pública, a Constituição lhe assegurou também: a) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; b) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; e c) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição (CRFB/88, art. 129¹⁰).

Essa lista de atribuições deixa claro o seu amplo espectro de atuação, o qual, ao menos dentre as competências aqui registradas, tem reflexo direto no Poder Judiciário, já que legitima o órgão à propositura de ações nos campos mais variados, alguns com evidente caráter político, pois envolvem atos de governo, como por exemplo, a intervenção federal nos Estados ou nestes em Municípios.

Ademais, ao atribuir-lhe a titularidade para a propositura de ação civil pública, lida-se com o tema das ações coletivas, ponto que merece destaque. De fato, trata-se de uma expansão do processo civil que, visando a diminuir a proliferação de demandas individuais envolvendo uma determinada questão, concentra-se a quase totalidade delas em uma única ação, de natureza coletiva. Por isso, são eleitos alguns poucos legitimados a propô-la, como por exemplo, o Ministério Público¹¹, que assim atuam na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para que se tenha uma ideia do seu alcance, impõe-se a reprodução do art. 1.º da sua lei de regência (Lei n.º 7.347/85):

Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

¹⁰ O dispositivo constitucional mencionado confere ao Ministério Público outras atribuições, tendo sido aqui destacadas apenas aquelas que se julgou relevante para o tema.

¹¹ O art. 5.º da Lei n.º 7.347/856, além do Ministério Público, relaciona entre os legitimados para propô-la a Defensoria Pública, os entes federados, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como associações que, constituídas há pelo menos um ano, incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística;
- VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- VIII – ao patrimônio público e social.

Portanto, é notório que o impacto da sentença proferida nessa ação há necessariamente de alcançar todos os possíveis beneficiários dela, sem o que, estaria esvaziado o seu objetivo. É o que se confirma pelo art. 16 da Lei, quando determina que a sentença cível proferida em sede de ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes*. Embora o referido dispositivo prossiga afirmando que tal expansão da coisa julgada fique limitada aos limites territoriais da competência territorial do órgão que a prolatou, certo é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou que tal restrição não pode ser feita de forma genérica e *a priori*. De fato, são vários os precedentes nesse sentido, dentre eles o seguinte (AgInt no REsp 1586486/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 03/08/2017):

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LIQUIDAÇÃO. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. "No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante" (REsp 1134957/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 24/10/2016, DJe 30/11/2016).
2. Agravo interno desprovido.

Considerando que em função da amplitude dos efeitos das decisões nelas proferidas, que extrapolam a esfera jurídica das partes diretamente envolvidas na ação, fica sobremaneira ampliada a dimensão da jurisdição, a qual deve ser assim percebida como parte do processo decisório na formulação das políticas públicas, indo muito além de seu simples controle. A própria atividade interpretativa das leis e da Constituição, desenvolvida nesse tipo de ação, pode expressar um significativo conteúdo político das decisões dela emanadas, o qual se irradia para múltiplas relações jurídicas, deformando aquela distinção clássica entre as funções do Estado, na medida em que, no bojo das ações coletivas, essa dimensão política de

que se revestem as decisões nelas proferidas assumem um grau de generalidade que está presente como marca da legislação.

É antiga a atribuição dos caracteres da generalidade e da abstração às normas jurídicas, embora se fale também em “lei de efeitos concretos”¹². De toda sorte, por “gerais” quer-se afirmar “as normas que são universais em relação a uma classe de pessoas, e ‘abstratas’ aquelas que são universais em relação à ação” (BOBBIO, 2003, p. 180-181). Assim é que, em geral, uma lei não tem um destinatário específico, mas a generalidade de um grupo de pessoas. Ordinariamente, a sentença judicial não ostenta essa característica, uma vez que a coisa julgada faz lei entre as partes envolvidas na relação processual. Trata-se do seu limite subjetivo. Todavia, no âmbito das ações coletivas, como visto, a extensão territorial dos efeitos da sentença nela proferida, alcançando a esfera jurídica de pessoas que não foram, a rigor, partes da relação processual, acaba por conferir-lhe um tom de generalidade que a aproxima, nesse aspecto, da própria lei.

Essa é, portanto, uma nota típica dos atos resultantes de ações políticas que vão matizando a atuação jurisdicional, que delas pode assim se aproximar.

2.1.4 O paradigma constitucionalista e a invasão dos princípios

Dentre todas as “causas” relacionadas até agora, talvez seja a de uma nova concepção do próprio Direito que derive a maior possibilidade de constatação de um processo de judicialização da política, a qual, por sua vez, tem íntima ligação com o que se costumou denominar de ativismo judicial (matéria do próximo item).

O tema, por sua vez, tem reflexos diretos na concepção e no modo com que a interpretação e a argumentação se desenvolvem no âmbito da atividade jurisdicional. O

¹² Bobbio, por exemplo, assevera que o termo “norma concreta” não é muito apropriado, devendo ser simplesmente substituído, haja vista que “norma” comumente designa conteúdos abstratos. Contudo, reconhece que o ordenamento jurídico contém, ao lado das normas gerais e abstratas, comandos e ordens, ou seja, determinações de caráter concreto (BOBBIO, 2003, p. 181). Em que pese a isso, o objetivo de mencionar-se aqui os caracteres da generalidade e da abstração, atrelados sobretudo à lei, já não parece ser mais, quanto ao critério da generalidade, uma marca típica dela, uma vez que há comandos sentenciais, como os proferidos em ações coletivas, em que o seu alvo não é apenas restrito às partes integrantes da relação processual, mas à generalidade de pessoas que se vinculam por uma relação jurídica de base.

interesse com que tais matérias têm sido enfrentadas atualmente é, em grande parte, devido ao que se pode chamar de crise no paradigma¹³ positivista.

A crise de um paradigma não redundando no vazio, pois a sua própria noção nos remete à inauguração de um novo. Essa mudança estrutural que dela decorre é o que se costumou denominar de constitucionalização da ordem jurídica. Essa transformação fundamental inaugurada pelo advento do paradigma constitucionalista é sintetizada pela feliz fórmula “do Estado legal de Direito ao Estado constitucional de Direito (ou ‘do império da lei’ ao ‘império da constituição’)” (REGLA, 2008, p. 12).

Embora não se tenha um quadro perfeitamente definido de ambos os paradigmas, há certos lugares comuns que permitem identificá-los. Adiante eles serão apresentados.

2.1.4.1 O paradigma positivista

Um dos traços marcantes do Positivismo Jurídico é que o ideal de regulação social perseguido pelo Direito se dá por intermédio basicamente de regras, como tais compreendidos os enunciados linguísticos que relacionam determinadas consequências jurídicas a casos determinados. Tal regulação é idealizada por meio da tipicidade, ou seja, “normas gerais e fechadas, cuja aplicação não exige (ao contrário, exclui) qualquer forma de deliberação prática ou valoração” (REGLA, 2008, p. 17).

Decerto que o modo de regulação acima descrito revela um ideal a ser perseguido e que pode não se verificar efetivamente. Esse desvio pode decorrer tanto de uma falha legislativa, uma imperfeição do enunciado linguístico que acaba por tornar a prescrição normativa vaga ou ambígua, como também pode ser intencionalmente posto, como uma técnica legislativa de delegação aos órgãos de aplicação das leis. De toda forma, em um ou outro caso, haverá certo desvio daquele ideal regulador da certeza jurídica.

Mas não basta apenas que as prescrições jurídicas derivem de um modelo de regras, é preciso que essas conformem um sistema logicamente consistente, ou seja, não se pode

¹³ O termo “paradigma” teve grande acolhida no âmbito do Direito, muito embora tenha se notabilizado pela obra de Thomas Kuhn, voltada a fornecer uma explicação para os processos revolucionários através dos quais se desenvolvem as ciências naturais. Para o referido autor, a ciência não avança ao modo de modo linear, mas por meios de pontos de inflexão, momentos de ruptura com o que ele denominou de “ciência normal”. Quando os quebra-cabeças com que se envolvem os cientistas são deixados de lado e novas questões e modos de reflexão são assumidos, surge um ponto de ruptura que inaugura um momento de “ciência extraordinária”. Para Kuhn, os verdadeiros avanços científicos se dão por intermédio dessas revoluções, em que se verifica a proeminência de um novo paradigma. Para maiores detalhes, veja KUHN, 2006.

admitir a existência de antinomias nele. Haverá antinomia toda vez que duas regras ostentarem o mesmo campo de aplicação, contudo, não possam ser simultaneamente aplicadas, sob pena de contradição. Por isso costuma-se afirmar que regras se aplicam segundo um modelo de “tudo ou nada” (DWORKIN, 1978), ou seja, em caso de conflito entre duas delas, uma deverá ceder total espaço à outra, que é então excluída do sistema.

O critério para regular o modo como e dará essa exclusão pode provir de metarregras do sistema, tal como a que determina a prevalência da lei mais recente sobre a mais antiga (critério da *lex posterior*), ou a da lei mais especial sobre a mais geral (critério da *lex specialis*), ou ainda da lei hierarquicamente superior sobre a inferior (critério da *lex superior*).

Ademais, as regras envolvem um modelo argumentativo do tipo silogístico, o que no âmbito do Direito se denomina de subsunção. Trata-se de mostrar que o caso concreto se ajusta à prescrição normativa de ordem geral. Quando se tem uma norma geral que determina a prisão daquele que matar outrem e se apresenta um caso específico em que João matou Pedro, então este caso se subsume perfeitamente ao modelo geral materializado naquele enunciado, logo, João deverá ser preso!

Decerto que nem sempre as coisas se dão de forma tão simples. Retomando-se o exemplo, é possível que João estivesse agindo em legítima defesa, conceito que também recebe um tratamento legal por meio de um enunciado normativo, o qual o caracteriza como uma excludente da ilicitude, e, por isso mesmo, uma excludente da própria tipicidade penal. Aquele que age em tal estado não comete crime. Portanto, têm-se no modelo subsuntivo problemas de qualificação dos fatos (será que João realmente estava agindo em situação de legítima defesa?), assim como de interpretação dos enunciados normativos (o que significa a legítima defesa?). De toda forma, o ajuste entre regras e casos é sempre um problema semântico.

Ainda sob o paradigma positivista, haveria uma distinção forte entre criação e aplicação de regras. A primeira tarefa seria devida ao legislador, que, ao desempenhá-la, inauguraria um novo estado normativo no Direito, ao passo que a tarefa de aplicação se submeteria ao sistema já posto. Essa distinção desemboca na dualidade “governo por leis” e governo “*sub lege*”.

Evidentemente, seria ingênuo imaginar que o legislador não é capaz de dar conta da totalidade de situações que o homem pode experimentar. O modelo de regras é ordinariamente voltado à regulação de casos futuros, daí a sua estrutura condicional ordinária (se ocorrer um caso A, então deverá dar-se a consequência B). Ora, não sendo os legisladores deuses,

certamente que os aplicadores do Direito irão se deparar com situações não reguladas em abstrato, impondo-se a construção e uma solução para o caso. Nessa hipótese de lacuna normativa, o juiz, por exemplo, não estaria aplicando o direito, mas o criando (se acompanhada a distinção forte entre criação e aplicação do Direito)¹⁴.

Ainda quanto ao modelo de regras, no paradigma positivista a sua validade não depende de um teste de racionalidade em relação ao seu conteúdo (critério material), de modo a que estivesse a depender da sua justiça ou de certo padrão de moralidade aceito, pois a sua validade estaria vinculada a uma racionalidade puramente formal. Assim, importa saber se a regra foi criada pela autoridade competente para tanto, se ela atende a padrões de consistência (coerência com as normas superiores do sistema), e finalmente se ela foi produzida respeitando-se o procedimento estatuído para tanto.

Para o Positivismo Jurídico, haveria ainda uma distinção entre a linguagem do Direito e a linguagem sobre o Direito. Kelsen, por exemplo, fixa aí o critério fundamental para atribuir pureza à Ciência do Direito. Para ele, as ciências em geral são constituídas por enunciados do mundo do “ser”, ou seja, descrevem estado de coisas; ao passo que o Direito se relaciona ao mundo do “dever ser”; não descreve o que é o Direito, mas o constitui.

Para Kelsen, o cientista do direito é encarregado de descrever, por meio de “proposições jurídicas”, como o Direito de certa época e sociedade é, devendo abstrair-se da emissão de juízos de valor acerca, por exemplo, da justiça do sistema, de como ele deveria ser para melhor atender a certos *standards* de racionalidade etc. Aí residiria o ideal de pureza em que ele baseia a sua teoria. A ciência do Direito se valeria de uma metalinguagem, por meio da qual a linguagem do Direito (“dever ser”) seria assepticamente descrita. Nesse sentido (KELSEN, 1999, p. 82):

É freqüentemente ignorada a distinção entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica, e, portanto, a distinção entre o produto de uma e de outra. Assim acontece no uso da linguagem em que o Direito e ciência jurídica aparecem como expressões sinônimas. Fala-se, por exemplo, do “Direito internacional clássico”, querendo significar-se com isso uma determinada teoria do Direito internacional, ou chega mesmo a falar-se na concepção segundo a qual a ciência jurídica seria uma fonte de Direito no sentido de que se poderia esperar dela a

¹⁴ Como se afirmou mais acima, aqui são lançadas certas notas comuns que parecem fixar certo perfil para o paradigma positivista. Todavia, assim como é possível delimitar diversas formas de Positivismo Jurídico, também é possível encontrar autores que não compactuam precisamente com todos os caracteres aqui expostos. Veja-se, por exemplo, quando, no âmbito de sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen relativiza a distinção entre aplicação e criação do Direito. Para o referido autor, em todo ato de aplicação do Direito há concomitantemente uma criação normativa. O legislador, por exemplo, ao criar a lei, aplica a Constituição. Para detalhes, veja KELSEN, 1999.

decisão vinculante de uma questão jurídica. **A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for.** Nenhum jurista pode negar a distinção essencial que existe entre uma lei publicada no jornal oficial e um comentário jurídico a essa lei, entre o código penal e um tratado de Direito penal. A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverdadeiras, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica - e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verdadeiras ou inverdadeiras mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverdadeiros, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverdadeiras. (grifou-se)

Evidentemente que se poderia prosseguir com a descrição de mais algumas notas que podem ser observadas na delimitação do paradigma em estudo, todavia, acredita-se que já se tenha aqui o bastante para poder confrontá-lo com o paradigma constitucionalista e, com isso, perceber as consequências que esse novo marco inaugura no modo como o Direito é aplicado pelos juízes e seus reflexos no âmbito da questão principal enfrentada neste trabalho. Portanto, segue a exposição do novo marco.

2.1.4.2 O paradigma constitucionalista

O processo de constitucionalização experimentado em nível mundial é um fato, mas o paradigma que se inaugura em substituição ao Positivismo Jurídico não decorre dessa simples constatação. Antes, é fruto da renovação de uma série de crenças sedimentadas no Direito, assegurada por um conjunto de fatores, como por exemplo, a consagração das Cartas como um documento rígido, vale dizer, que se submetem a um regime próprio e mais rigoroso para a sua alteração do que aquele empregado em relação às leis em geral. No caso brasileiro, exige-se um quórum qualificado de 3/5 dos membros do Congresso Nacional, há determinadas matérias que estão a salvo de emendas pelo constituinte derivado (cláusulas pétreas) e também, sob certas circunstâncias, como durante a intervenção federal, não é possível a condução de qualquer alteração.

Portanto, essa rigidez confere à Constituição um *status* de supremacia em relação às leis em geral, pelo simples fato de que, se fosse possível a sua modificação pelos mesmos critérios e formalidades aplicáveis a essas, aquela valeria como se lei fosse, mas tal não é o caso. Por sua vez, a supremacia acaba por atribuir-lhe uma consequente posição hierárquica

superior no âmbito do sistema normativo, de modo que agora, é ela, a Constituição, quem irá servir de parâmetro ou fundamento de validade das leis infraconstitucionais.

Decorre daí uma interferência direta no próprio modo de interpretar as leis em geral. A hermenêutica agora será sempre hermenêutica constitucional, haja vista que qualquer sentido que se atribua a um determinado texto legislativo, ele somente poderá ser acolhido se estiver em conformidade com a Carta, a qual, por óbvio, também deverá ser interpretada. Costuma-se afirmar inclusive que esse perfil interpretativo é erigido agora em um princípio ordenador da atividade hermenêutica, denominado “interpretação conforme a Constituição”, segundo o qual, não apenas somente será válido o resultado interpretativo conforme a Carta, como também, dentre as possibilidades abertas pelo texto normativo, deve-se buscar aquela interpretação que atinja essa conformidade. Nesse sentido (BARROSO, 1996, p. 174-175):

A interpretação conforme à Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria. Mas, se fosse somente isso, ela não se distinguiria da mera presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, que também impõe o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza, excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição.

Esse novo cânone hermenêutico impacta diretamente o processo argumentativo que se dá no âmbito político, assim como no âmbito judicial. Quanto ao primeiro, por que o produto da atividade legiferante deve conformar-se à Constituição, isso acaba por “juridicizar” os debates e a exposição de motivos que presidem o processo democrático de produção das leis. Por seu turno, a argumentação jurídica que se dá na dimensão judiciária também é afetada, na medida em que, ao incorporar um compromisso com valores ou fins constitucionais expressos por meio de princípios, admite o ingresso de uma dimensão moral no Direito que acaba por matizar essa argumentação, dando-lhe contornos políticos.

De fato, na medida em que o ato legislativo, que é um ato político por excelência, tem a sua validade a depender da sua adequação à Constituição, essa passa a exercer um papel conformador da atividade política, refletindo uma influência imediata e direta sobre o debate e processo políticos, na medida em que (REGLA, 2008, p. 14):

a) os atores políticos mostram uma destacada tendência a acudir às normas constitucionais para argumentar e defender as suas opções políticas e de governo; b) os conflitos e/ou disputas políticas entre órgãos de distintos níveis de governo tendem a dirimir-se judicialmente aplicando normas constitucionais; e c) os juízes

tendem a não mostrar atitudes de autolimitação ou autocontenção através das chamadas questões políticas¹⁵.

Além disso, no âmbito desse novo constitucionalismo, as distinções entre os diversos tipos de normas constitucionais, notadamente a categoria das normas programáticas¹⁶, perde toda a sua importância, pois a Carta, em sua totalidade, ostenta força normativa, de modo que as suas disposições têm aplicação imediata e direta. Significa dizer que todo e qualquer juiz, de qualquer instância judiciária, está habilitado, por competência própria que lhe é atribuída, a aplicar as normas constitucionais aos casos sob sua apreciação, o que, como visto acima (item 1.1.1), acaba por conferir certo protagonismo ao Judiciário no cenário político, já que os atos dessa natureza sempre estarão diante da possibilidade de ser sindicados pela via judicial.

Desse contexto resulta um modo de ser do Direito completamente avesso às marcas do paradigma positivista. Inicialmente, enquanto nesse último o modelo de regras é quem o preside, no âmbito do Pós-Positivismo ele será insuficiente para justificar adequadamente o Direito.

Tomando-se o exemplo adotado por Ronald Dworkin (1999, p. 20-25), a Corte de Apelação de Nova Iorque decidiu pela impossibilidade de reconhecer o direito de herança conferido pelo avô ao neto que o assassinou por envenenamento, exatamente porque não se pode esperar de um sistema jurídico que aspira a um ideal de justiça, beneficiar alguém pela sua própria torpeza (*case Riggs vs. Palmer*). De fato, a julgar pelos estatutos vigentes, o testamento seria válido e somente poderia ser alterado pelo próprio testador, de forma que a defesa do neto sustentou o seu direito à herança.

O raciocínio seria válido se reconhecido o Direito apenas como um conjunto de regras. Todavia, na medida em que o tribunal não acolheu a pretensão exposta, em que bases ele o teria feito? Precisamente através de outra classe de preceito jurídico que, embora não explicitado ao modo de uma regra, teria manifesta força normativa. Trata-se dos princípios.

¹⁵ Traduziu-se. Eis o texto original: “a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o las disputas políticas entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas”.

¹⁶ Normas programáticas são definidoras de programas de ação e de linhas de orientação dirigidas ao Estado, não revelando uma concretude imediata, a exemplo das normas de conduta. De toda forma, como normas que são, ostentam eficácia própria, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores (Judiciário, Executivo e Legislativo), através de diretivas materiais permanentes; e como limites materiais negativos, que autorizam a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato que contrariem as diretivas nelas estabelecidas. Para maiores detalhes, cf. CANOTILHO, 1998.

A grande valorização dos princípios como espécie normativa é uma marca destacada do novo paradigma. São inúmeras as tentativas de diferenciá-los das regras. Inicialmente, começa-se com o que eles têm em comum com essas: a sua força normativa. Ambos são espécies de um mesmo gênero, as normas jurídicas. Por sua vez, eis algumas características que os distanciam daquelas.

Em primeiro lugar, embora eles definem certa solução normativa, não especificam um caso determinado, ou seja, o seu campo de aplicação é mais aberto.

Por outro lado, enquanto no sistema de regras valoriza-se a noção de consistência (ausência de antinomias), em relação aos princípios, seria próprio deles atuarem em uma dimensão conflituosa¹⁷. Inspirados no ideal de promoção de certos valores jurídicos, é comum que eles se choquem em casos determinados, tornando impossível a solução por meio de alguma metarregra jurídica que afirme de antemão qual princípio deverá prevalecer. Na verdade, ao invés de operarem sob a ideia de consistência normativa, predomina a noção de coerência valorativa, de tal forma que a “lei do tudo ou nada”, prevalente em relação às regras (v. acima) é aqui substituída pela ideia de ponderação. Enquanto pela consistência se opera com aquela primeira lógica, na coerência se lida com uma questão de grau. Daí a afirmação de que os princípios operam segundo uma dimensão de peso. Essa diferença é bem exposta a seguir (DWORKIN, 1978, p. 24):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos os conjuntos de normas apontam para decisões específicas sobre a obrigação legal em circunstâncias particulares, mas diferem no caráter da direção que dão. Regras são aplicáveis em um modo de “tudo ou nada”. Se os fatos que a regra estipula são dados, então a regra é válida, caso em que a resposta por ela fornecida deve ser aceita, ou ela não é, e neste caso ela não contribui em nada para a decisão¹⁸.

¹⁷ Essa potencialidade de contradição entre as normas constitucionais definidora de direitos fundamentais é um reflexo da diversidade ideológica que preside o Estado Democrático de Direito, fruto de um acerto ou acordo entre uma pluralidade de modos de vida e visões de mundo, o que nos conduz a frequentes colisões no momento da sua aplicação. Nesse sentido, MARMELSTEIN, 2014, p. 364.

¹⁸ Traduziu-se. Eis o texto original: “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.

Por isso é que se afirma que “princípios têm uma dimensão que regras não possuem – a dimensão de peso ou importância”¹⁹ (DWORKIN, 1978, p. 26). De fato, sendo da natureza dos princípios operarem em circunstâncias conflituosas, já que pode haver choque de valores em jogo em uma mesma situação, não se pode afirmar categoricamente que um deles sucumbirá diante do outro, muito menos que essa prevalência possa ser afirmada *a priori*. Em verdade, o que se tem é uma atividade prudencial que sopesará, diante das circunstâncias do caso concreto, qual dos princípios assumirá um peso maior do que o outro, muito embora a solução dada possa ser conciliadora entre eles.

Considerando que princípios jurídicos podem assumir a forma de direitos fundamentais, deve-se buscar a máxima efetividade deles em qualquer situação posta. É, pois, dever do intérprete forçar o alcance pleno dos direitos em jogo, concretizando um direito sem que o outro seja atingido nesse processo, ou seja, atuar, a exemplo do teorema de Pareto²⁰. Contudo, nem sempre esse objetivo é passível de ser alcançado, caso em que se deverá efetivar o que se denomina “princípio da concordância prática” ou “princípio da harmonização”, que pode ser assim resumido: “Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2002, p. 161)²¹. Trata-se de uma regra constitutiva da operação de ponderação entre princípios.

Um caso muito divulgado em que se pode observar a utilização da harmonização ocorreu na Espanha, onde presidiários entraram em greve de fome e a questão foi parar no Judiciário, que teve que decidir se prevaleceria no caso o direito à liberdade dos presos (de deixar de alimentar-se) ou o direito à vida ou integridade física, já que, no extremo, o exercício daquele direito poderia levá-los à morte. A sentença do Tribunal Constitucional (TC120/1990) foi no sentido de permitir a greve até o instante em que, a critério médico, a vida dos presos estivesse em risco. Portanto, respeitou-se o direito à liberdade até o limite possível, a partir do qual prevaleceria o direito à vida.

¹⁹ Traduziu-se. Eis o texto original: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

²⁰ O denominado “ótimo de Pareto” tem por fim eliminar a necessidade de um juízo sobre as distribuições, estando conforme a ele se uma mudança melhora a posição de alguém sem piorar a de outrem. Diz-se ótimo precisamente porque a situação não permite uma melhora além do ponto determinado de acordo com a regra anterior, sem que a situação do outro venha a ser prejudicada. (SEN, 2016, p. 22-23)

²¹ Traduziu-se. Eis o texto original: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Percebe-se então que a concordância prática há que ser buscada naqueles casos em que não se pode maximizar o exercício de um direito sem que outro seja afetado. Por sua vez, é possível que, diante de outras situações, ao buscar essa concordância, o grau de afetação de um dos direitos em jogo será tão alta que nada restará dele. Se, por exemplo, estiverem em jogo a liberdade de imprensa (ou de informação) e a privacidade, proibida a veiculação de uma notícia na TV ou a publicação de um livro específico, nada restará, nessa situação, daquela liberdade. Nessas situações em que o processo de harmonização se mostra inviável é que o processo de ponderação assume relevo. Trata-se de um esforço de justificação racional das opções adotadas, quanto à prevalência concreta de determinado princípio ou direito.

Nesse contexto, Robert Alexy destacou-se no panorama mundial da Filosofia do Direito, ao conceber uma teoria dos direitos fundamentais que levava em conta um procedimento de ponderação conduzido em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No juízo de adequação, busca-se aferir se determinada solução proposta em um caso conflituoso atende ou não à finalidade de proteger o direito que com ela se busca proteger. Sendo tal ação adequada, segue-se um juízo de necessidade, pelo qual se busca saber se dentre os meios possíveis (adequados) para a proteção daquele direito o escolhido é efetivamente o mais suave, ou seja, o que menos interfere nos demais direitos em jogo. Determinado que a solução proposta é adequada e necessária, resta saber se ela, diante de uma relação de peso ou importância, trará mais benefícios do que prejuízos, ou seja, se ela é proporcional, em sentido estrito.

Com certa frequência, o Judiciário é levado a decidir se deve autorizar a transfusão sanguínea forçada e contra a vontade do paciente ou de seus familiares quando, por razões de ordem religiosa, recusarem-se a fazê-lo. O que se tem em jogo é a colisão de direitos fundamentais (princípios): direito à vida, de um lado; e o direito à liberdade religiosa, de outro. Aplicando o método, em primeiro lugar convém indagar se a transfusão é adequada ao fim proposto, ou seja, à preservação da vida do paciente. De fato, se diante do caso a ciência médica for capaz de assegurar que a medida não irá ser apta a tanto, então não há o que ponderar, respeita-se a liberdade religiosa e pronto, caso encerrado. Todavia, se daí resultar um juízo positivo, então, dá-se continuidade ao processo e deve-se indagar se não há outro meio de salvar a vida do paciente.

Se, por exemplo, houver algum medicamento que possa substituir a transfusão com êxito no tratamento do doente, então devem ser maximizados os princípios em jogo, já que é

possível resguardar o seu direito à vida e, ao mesmo tempo, respeitar a liberdade religiosa dele ou de seus familiares (ou de ambos).

Finalmente, atestada a adequação da transfusão e a sua necessidade, supondo ter-se chegado à conclusão e que a medida é não apenas apta a preservar a vida do paciente, como também necessária, pois é a única disponível para tanto, ou é a menos gravosa dentre as possíveis, então, parte-se para o juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda com o exemplo da transfusão sanguínea, em geral, os tribunais têm assegurado a sua realização, julgando, nessa etapa do processo, que o grau de afetação da liberdade de religião é menos impactante do que seria verificado na hipótese de, respeitado integralmente essa última, não ser realizado o procedimento médico, já que o impacto sobre o direito à vida seria total.

Portanto, trata-se de um esforço considerável para erigir um procedimento racional de justificação das decisões, e aí o grande mérito da teoria da ponderação de Alexy, muito embora se continue a ter dificuldades em fundamentar o cerne do seu processo, a saber, a atribuição dos pesos a cada um dos direitos em jogo.

Decerto que a análise detida do procedimento de ponderação, inclusive com o detalhamento do que Alexy denominou de “fórmula do peso” (ALEXY, 2007, p. 131-153) demandaria mais tempo e fugiria aos propósitos do presente trabalho.

A percepção dos princípios como espécie normativa acaba por impactar sobremaneira o processo de adjudicação judicial. Enquanto no modelo das regras a subsunção é assumida como o método por excelência, marcado pela submissão de um fato às consequências de uma regra anteriormente posta; nos princípios, a lógica de operação é distinta, pois, como visto, o mecanismo de sua aplicação é a ponderação.

Aqui, embora se tenha um conteúdo normativo que se antecipa aos fatos analisados, ele não ostenta um campo de aplicação bem definido. Isso, a par da possibilidade ordinária de operarem em conjunto, e conflituosamente, acaba por impor ao intérprete/aplicador do Direito uma tarefa mais árdua, consistente na determinação da norma aplicável ao caso. De fato, a tarefa de ponderação, nas submáximas que a compõem, poderá levar a uma harmonização prática entre os princípios em jogo, de tal forma que daí resulte uma norma (regra concreta) construída especificamente para o caso concreto. Daí por que (REGLA, 2008, p. 20):

As regras não se entendem como meras manifestações de vontade da autoridade que as ditou, mas como o resultado de uma ponderação dos princípios relevantes, levada a cabo por dita autoridade. Isso supõe que a dimensão valorativa e justificativa do Direito adquire uma relevância fundamental. A modificação central está, portanto,

na consideração de que ser leal às regras não é sê-lo apenas à sua expressão (porque não são apenas manifestações de vontade), mas às suas razões subjacentes, ao balanço de princípios que pretendem refletir, aos seus propósitos protetores e/ou promocionais de direitos. A lealdade às regras e à sua expressão, é um componente da lealdade do Direito, mas este não está composto apenas por regras, também há princípios²².

Essa dimensão normativa ajustada ao caso revela uma atitude prudencial que faz sobressair a equidade no âmbito do processo de adjudicação jurídica, o que pode levar, quando mal conduzida, a um processo de desprendimento por parte do julgador, que então passa a alinhar-se às suas próprias concepções de justiça para determinar a solução do caso submetido à sua apreciação. Esse domínio das pré-compreensões que compõem a visão de mundo do julgador, embora seja um elemento intransponível do processo, não pode ser determinante a ponto de obscurecer por completo o Direito ao qual ele está submetido. Essa questão será adiante explorada em maiores detalhes, tendo aqui sido mencionada apenas para realçar que, embora os princípios estejam envolvidos no processo de adjudicação judicial, daí não significa que ele seja livre. Trata-se apenas de um espaço de maior indeterminação, que exige um maior ônus argumentativo.

Prosseguindo na determinação dos aspectos que caracterizam o paradigma constitucionalista, convém ressaltar que, diferentemente do que ocorria no Positivismo Jurídico, em que a validade das regras não depende de um teste de racionalidade em relação ao seu conteúdo (critério material), já que ela seria puramente formal, tal como visto acima; no âmbito do Pós-Positivismo, tendo sido o critério da consistência formal substituído pela ideia de coerência valorativa, o conteúdo normativo passa a exercer um papel relevante na determinação da sua validade.

Miguel Reale, ao discorrer acerca da sua Teoria Tridimensional do Direito, já realçava que o Direito seria uma conjugação de fato, norma e valor, todos a impactarem o próprio sentido da validade normativa, que então se desdobraria nas dimensões da validade: formal

²² Traduziu-se. Eis o texto original: “Las reglas no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también hay principios”.

(vigência), social (efetividade) e axiológica (fundamento). Em suas palavras (REALE, 2004, p. 115-116):

Toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Stammler, deve ser, sempre, “uma tentativa de Direito justo”, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. E a razão de ser da norma, ou *ratio juris*. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia [...] a validade está simultaneamente na vigência, ou obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; na eficácia, ou efetiva correspondência dos comportamentos sociais ao seu conteúdo, e no fundamento, ou valores capazes de legitimar a experiência jurídica numa sociedade de homens livres.

O Positivismo Jurídico deixou como legado o fetiche da lei e um legalismo acrítico, os quais serviram de instrumento para a disseminação de regimes totalitários dos mais variados matizes, uma vez que o debate acerca da justiça se encerrava com a promulgação das leis, já que essas refletiam a opção da sociedade sobre determinado padrão ético. De qualquer sorte, após a Segunda Grande Guerra, “a ideia de um ordenamento jurídico avesso a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido” (BARROSO, 2006, p. 26).

Um paradigma jurídico centrado na ideia de regras esbarra ainda em outro problema, qual seja, o da mutabilidade perene das relações sociais, a qual se reflete necessariamente na vida normativa. A proliferação de diplomas legais para enfrentar essa contingência constante do mundo torna a tarefa de conhecimento do sistema normativo deveras difícil, quiçá impossível em sua totalidade. Daí a afirmação de que, dada essa tendência, “o conhecimento das regras resulta impossível, se pretende ser exaustivo, e inútil, se pretende ser prático”²³ (REGLA, 2008, p. 26).

Em razão dessa característica, já sob o paradigma constitucionalista, os princípios se apresentam como um instrumento mais eficaz, dentre outras finalidades, para conferir maior potencial explicativo e racional ao sistema.

Assim, sob os auspícios do Pós-Positivismo, tem-se um Direito mais comprometido com uma pauta valorativa e, portanto, aberto a um a dimensão ética, um Direito menos formalista e dotado de maior potencial de sistematização do complexo normativo, além de revelar-se mais conectado aos problemas concretos que visa a resolver, já que, como visto,

²³ Traduziu-se. Eis o texto original: “el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico”.

não se baseia exclusivamente em regras antepostas a eles, mas construídas diante deles, de modo a concretizar os valores democraticamente incorporados ao texto constitucional.

Contudo, a despeito dessas notas que, em princípio, poderiam revelar um horizonte mais promissor para o Direito, não faltam críticas ao novo paradigma. Em geral, elas se alinham à ideia de rompimento com a segurança jurídica, que acabaria por transformá-lo em uma prática não submetida a padrões normativos previamente dados. Já não se teria um governo *sub lege*, mas um governo de juízes. Nesse sentido (LAPORTA, 2007, p. 127):

Tem sido frequente na reflexão do passado século XX a aparição periódica de lamentos explícitos pela incerteza a que dava lugar uma administração da justiça que se pretendia liberada de qualquer vinculação a normas pré-estabelecidas. Sempre que se experimentou uma situação na qual os juízes e desembargadores cediam à tentação de erigir-se em protagonistas da vida do direito, acabou-se por voltar a reclamar pelas virtudes inerentes à existência de regras jurídicas prévias que governem a decisão judicial. Isso ocorreu até no seio de movimentos jurídicos pragmáticos, como o chamado realismo americano, que parecia, à primeira vista, mais inclinado a sublinhar o papel do juiz na argumentação jurídica²⁴.

Portanto, tem-se aqui um panorama complexo, onde, de um lado, reina a insatisfação com o paradigma positivista, dada a sua assepsia a valores e a sua marca formal, que inclusive distancia o Direito do mundo da vida; e, por outro lado, a crítica quando o pêndulo oscila demasiadamente para o novo padrão jurídico, de feição constitucionalista, enriquecido pela normatividade dos princípios e incorporado a pautas valorativas. Essa sua nova feição estaria comprometendo o ideal de segurança jurídica e permitindo a incorporação de padrões políticos ao processo de justificação das decisões judiciais.

2.1.5 A inflação constitucional e a hipertrofia do Judiciário

As constituições modernas se inserem em um quadro de limitação e fragmentação do poder absoluto, assumindo o papel de documento que, para além de atestar a existência de um novo Estado no cenário internacional (função constitutiva), refletiam a própria estrutura da

²⁴ Traduziu-se. Eis o texto original: No ha sido infrecuente en la reflexión del pasado siglo XX la aparición periódica de lamentos explícitos por la incertidumbre a que daba lugar una administración da justicia que se pretendía liberada de cualquier vinculación a normas preestablecidas. Siempre que se ha experimentado una situación en la que los jueces y magistrados cedían a la tentación de erigirse en protagonistas de la vida del derecho se ha acabado por volver a reclamar las virtudes inherentes a la existencia de reglas jurídicas previas que gobiernen la decisión judicial. Eso ha sucedido hasta en el seno de movimientos jurídicos pragmáticos, como el llamado realismo americano, que parecía a primera vista más inclinado a subrayar el papel del juez en la argumentación jurídica.

comunidade política organizada, manifestando a decisão política fundamental, consistente na identificação da forma de Estado, o sistema de governo adotado (função estabilizadora e racionalizadora do poder), bem assim, estabeleciam um sistema de direitos e garantias fundamentais conferidos aos indivíduos, blindando-os inclusive contra o próprio Poder Público, uma feição dos direitos fundamentais a que os franceses denominam liberdades públicas.

De fato, o constitucionalismo é a técnica da liberdade, ou seja, “a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar” (MATTEUCCI, 2000, p. 247-248).

A necessidade da presença de um rol de direitos humanos nessas cartas se tornou inclusive uma exigência para que se reconhecesse a sua identidade, tal como manifesta o art. 16 da Declaração de Direitos de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (MIRANDA, 1980, p. 59).

Em suma, as constituições refletiam a estrutura do Estado, a forma de governo e declaravam os direitos fundamentais, tal como sintetiza e justifica Paulo Bonavides:

A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era um a Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. A Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade. (BONAVIDES, 1997, p. 203-204)

Como se vê, esse modelo de Constituição tinha a sua garantia de estabilidade em razão do caráter individualista da sociedade burguesa do século XIX. A ascensão da burguesia em face da aristocracia e realeza foi determinante na afirmação da ideologia de uma classe. Como afirma Paulo Bonavides:

A parte material das regras constitucionais, após a absorção e positivação dos princípios básicos da ideologia burguesa, se apresentava teoricamente estável, em virtude da ausência de combates, antagonismos e tensões na operação constituinte, circunstância que facilitou bastante a tarefa de produzir uma Constituição de filosofia e postulados políticos harmônicos. Isso em razão também da homogeneidade do corpo representativo, recrutado mediante técnicas de sufrágio restrito, que conferiam ao elemento burguês privilegiado a hegemonia no exercício do poder constituinte. (BONAVIDES, 1997, p. 203)

Ocorre que o cenário social e político impulsionou uma mudança significativa nesse quadro singelo, levando muitas constituições a estabelecer, para além da racionalização do poder e da discriminação dos direitos individuais de liberdade e suas garantias, também um elenco dos denominados direitos sociais.

A Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e antes mesmo dela, a mexicana de 1917, são típicos exemplos inaugurais dessa tendência que se espalhou pelo mundo. Como assevera Paulo Bonavides,

O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se voltam basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas. Logrou-se esse sacrifício numa batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão. (BONAVIDES, 1997, p. 205-206)

A consolidação jurídica da Constituição do Estado liberal viu-se abalada diante desse novo elenco de direitos sociais. Direitos relativos às relações de trabalho, à produção, cultura, previdência, saúde etc., tudo isso era uma novidade que tornava difícil a sua introdução na Constituição de forma autoaplicável diretamente. Os princípios sociais insculpidos nas cartas “oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal” (BONAVIDES, 1997, p. 207).

E as demandas dirigidas contra o Estado, a par da diversidade, aumentaram consideravelmente em quantidade. Parece que há uma correspondência entre a complexidade social e essas exigências crescentes, que se manifestam nas áreas da educação, saúde, previdência, regulação dos mercados, exigindo do Estado a intervenção na economia, manipulando o valor da moeda, regulando os preços, as taxas de juros, concedendo créditos, combatendo o desemprego, exercendo diretamente a atividade econômica etc.

Esse agigantamento do papel estatal acaba também por inflacionar a produção normativa, seguindo-se a isso também uma elevada densidade de normas constitucionais.

As constituições sintéticas, como a norte-americana de 1787 (continha apenas 7 artigos) abrem espaço para as analíticas, como a brasileira de 1988, a qual, em seus 250 artigos (alterados e enriquecidos por quase uma centena de emendas), abarcam questões de feição nitidamente alheia ao campo constitucional, como por exemplo, a determinação para que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, seja mantido na órbita federal

(CRFB/88, art. 242, §2º), ou ainda que “São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais” (CRFB/88, art. 13, §1º).

Além dessa pulverização desenfreada, a inserção de programas de governo irrealizáveis acabam por comprometer a própria eficácia das normas constitucionais, como por exemplo, a previsão do direito dos trabalhadores a um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo” (CRFB/88, art. 7º, IV).

A Constituição de 1988 se comprometeu com uma política dirigente, distribuindo cláusulas que serviriam de diretivas para os governos futuros, sobretudo no campo social, em que “benefícios, direitos, justos em tese, mas certamente fora dos meios do Estado brasileiro, quicá da sociedade brasileira no seu estágio de desenvolvimento, eram generosamente distribuídos” (FILHO, 2003, p. 130).

Essa expansão desenfreada acabou por afetar a autoridade da própria Constituição, tal como ressalta Uadi Lammego Bulos:

[...] na contemporaneidade, a ampliação do conteúdo das constituições acabou desvalorizando-as. Elas não mais gozam daquele respeito de outrora. Foram banalizadas. Aliás, o marco inicial desse desprestígio deu-se com o término da Primeira Guerra Mundial, quando os constituintes, não se contentando em organizar o poder político, inseriram, na seara constitucional, normas econômicas e sociais. A famosa Constituição alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919, foi a precursora dessa tendência. Implantou um modelo, baseado em normas de cunho político, econômico, social, religioso e educacional, que foi seguido pelas constituições do mundo afora. A Carta brasileira de 1934, por exemplo, trilhou esse caminho. Desde então, nada escaparia à órbita constitucional. Formou-se a cultura do constitucionalismo exacerbado, erigido sob a auspiciosa máxima: **coloca-se primeiro na constituição, para depois se tentar cumprir** [...] A Carta de 1988 é um exemplo eloquente desse **totalitarismo constitucional**. Além das disposições de direitos sociais e econômicos, o constituinte previu normas programáticas de índole financeira, securitária, educacional, cultural, desportiva etc. (grifou-se) (BULOS, 2007, p. 17)

Ao faltar eficácia a esse denso quadro normativo, surge um panorama a que Marcelo Neves denominou de constitucionalização simbólica. Trata-se de uma situação em que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativamente. Para o autor, esse é um problema que chega mesmo a extrapolar a questão da eficácia, alcançando a incapacidade da Constituição de orientar as expectativas normativas da sociedade e dos agentes públicos de acordo com as suas determinações.

Nitidamente influenciado pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Marcelo Neves argumenta que nesse quadro de constitucionalismo simbólico, deixaria de ocorrer a correspondência entre o texto constitucional e a normatividade concreta e materialmente determinada, no sentido de que dele não surgiria, de forma generalizada, a “norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada” (NEVES, 1994, p. 84). O que daí se depreende é que a própria comunicabilidade, que está no centro da teoria dos sistemas, é perdida, pois

Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente. Ao contrário, no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do "mundo da vida", de tal maneira que, no plano constitucional, ao código "lícito/ilícito" sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais [...] o problema reside não apenas na constitucionalidade do Direito, ele reside, primeiramente, já na juridicidade da Constituição. (NEVES, 1994, p. 85)

Estendendo a sua análise, Marcelo Neves registra que, no âmbito da Constituição simbólica, o papel que ela desempenha é de alibi para o legislador constituinte, modelo que também se irradia para o legislador ordinário, na medida em que, sob pressão social, os diplomas normativos são produzidos para satisfazer as expectativas sociais, muito embora não existam condições mínimas para a efetivação das regras postas.

Essa estratégia faz com que o governo angarie a confiança do cidadão, porquanto demonstra a sua sensibilidade às suas demandas, muito embora a eficácia potencial da legislação assim posta seja baixa ou nula. Trata-se de um efeito secundário saber se a lei efetivamente produziu os efeitos prometidos. O pior desse quadro é que, além de não ter os problemas sociais resolvidos, a interferência normativa pode ainda impedir uma possível solução, tal como assinala o referido autor:

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos [...] Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde

normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normatizar as respectivas relações sociais. (NEVES, 1994, p. 39)

A legislação-álibi seria então uma forma ilusória ou manipulativa destinada a imunizar o sistema político contra outras possíveis alternativas de solução dos problemas sociais.

Curioso observar que quanto mais esse expediente é utilizado, mais ele tende a fracassar em sua pretensão simbólica, haja vista que o seu emprego abusivo conduz à descrença no sistema jurídico, que deixa assim de atender às expectativas que dele se esperam.

Finalmente, a legislação simbólica pode ser também um mecanismo utilizado para diferir no tempo a solução de conflitos sociais, ao estabelecer o que Marcelo Neves denomina de compromissos dilatórios. A perspectiva de ineficácia da legislação pode até mesmo levar partes antagônicas a aprová-la consensualmente, exatamente porque se sabe de antemão que ela não o resolverá. O acordo então não se dá em termos do conteúdo manifesto na lei, mas na sua transferência para um momento oportuno.

Portanto, essa farta proliferação de direitos estabelecidos na Constituição está longe de ser uma garantia de que eles se concretizarão no mundo da vida. Esse modelo apenas vale como um expediente retórico que, além de não garantir a efetividade constitucional, já que não se inaugura verdadeiramente uma radical transformação na estrutura social, acaba por frustrar expectativas dos seus destinatários.

Entretanto, a despeito dessa incapacidade operativa das suas normas, a Constituição municia os titulares de direitos com um aparato jurídico que sobrecarrega o Judiciário, a quem é direcionado um excessivo número de pretensões voltadas à satisfação dos seus direitos.

É o caso do acesso universal e não contributivo à saúde. Trata-se de um modelo indubitavelmente perfeito sob o ponto de vista social, mas inevitavelmente impossível de ser satisfeito a contento. Exatamente por isso é que no âmbito das demandas judiciais dessa natureza, encontra-se farto manancial de exemplos e críticas à atuação do Judiciário, na medida em que constantemente seus membros exigem do Poder Público medidas que acabam por comprometer a gestão das políticas públicas pelos entes federados.

A situação é complexa, pois a proliferação de direitos constitucionais sem o necessário suporte material para a sua concretização, como dito, frustram expectativas legítimas e juridicamente defensáveis, colocando o Poder Judiciário na linha de frente dessa disputa, sobrecarregado de demandas e enfrentando um notório desgaste, propiciando assim um espaço favorável à proliferação de posturas interferentes na gestão das políticas públicas, a

pretexto de o juiz estar cumprindo a sua missão constitucional de garante dos direitos fundamentais.

No centro desse debate está a ideia de ativismo judicial, a qual será objeto de detalhamento mais adiante.

2.2 O que é o ativismo judicial?

Como foi assinalado mais acima, a expressão “ativismo judicial” é polissêmica e, a despeito do seu uso frequente, não se tem ao certo o fenômeno que denota. Daí a necessidade de um levantamento histórico acerca do seu uso, a fim de que se possa mais bem esclarecer o seu sentido.

A primeira notícia que se tem do seu emprego nos remete a um artigo publicado por Arthur Schlesinger na revista “Fortune”, de janeiro de 1947. Nela o autor estabelecia um perfil dos nove juízes da Corte Suprema dos Estados Unidos da América, alocando parte deles em um grupo que denominou de ativistas judiciais (*judicial activists*); e os demais na categoria dos campeões da autocontenção judicial (*champions of self restraint*).

Entre os ativistas estavam os juízes Black e Douglas, cujas raízes se deitavam na Yale Law School. Para eles, a argumentação jurídica seria mais maleável do que científica, de forma que qualquer pretensão de objetividade seria frustrada e o exercício da função jurisdicional deveria estar vinculada aos resultados sociais que dela poderiam decorrer. Portanto, não haveria uma resposta correta às demandas submetidas aos juízes, assim como a sua solução estaria necessariamente atrelada a um móvel político, daí porque Direito e política seriam inseparáveis. “A Corte não pode escapar da política. Portanto, deixe-a usar seus poderes políticos para o alcance de objetivos sociais saudáveis. A autocontenção judicial seria, no mínimo, uma miragem”²⁵ (KMIEC, 2004, p. 1447).

Por sua vez, no outro polo, onde se situam os juízes “campeões da autocontenção”, haveria certo ceticismo em relação à noção de justiça individualmente posta pelos magistrados. A marca característica dessa corrente estaria na crença de que o Direito não se identifica com a política, de tal forma que as leis não seriam como vasos vazios, nos quais se poderia colocar praticamente qualquer coisa que os juízes queiram. Dessa forma, poder-se-ia afirmar a existência de certos significados nesses textos, os quais serviriam de parâmetro de

²⁵ Traduziu-se. Eis o texto original: “The Court cannot escape politics: therefore, let it use its political power for wholesome social purposes. Judicial self-restraint is at best a mirage”.

correção para as decisões judiciais. Ademais, porque pessoas racionais poderiam sustentar diferentes noções de justiça, seria não apenas injustificável, mas injusto forçar uma posição sobre outra. Qualquer atentado a essa posição conduziria a um estado de despotismo judicial que ameaçaria o processo democrático (KMIEC, 2004, p. 1448).

Dessa introdução, pode-se perceber que o termo põe em evidência certos pares dicotômicos, tais como: juízes não-eleitos e leis democraticamente estabelecidas, uso estrito ou criativo dos precedentes judiciais, supremacia democrática *versus* direitos humanos etc. (KMIEC, 2004, p. 1449). Em decorrência desse contraste, parece que a expressão “ativismo judicial” remete a algo negativo, a certo uso abusivo da autoridade, caracterizado pela usurpação de uma competência constitucional estabelecida a representantes democraticamente eleitos, o que, por sua vez, resultaria em um atentado ao próprio Estado Democrático de Direito.

Portanto, geralmente a expressão remete a um sentido pejorativo. Contudo, ainda assim, não é simples precisar quando se está diante de uma decisão que reflete algum ativismo, ou quando manifesta simplesmente a tarefa hermenêutica que compete a qualquer Corte de Justiça.

Para que se tenha ideia da profusão de ideias que o termo pode proporcionar, a simples invalidação de um ato legislativo pode ser considerado judicial ativismo²⁶. Contudo, essa visada ampla do conceito não pode ser levada a sério. A imaginar tal amplitude do ativismo, estar-se-ia desconsiderando que a própria Constituição da República atribuiu ao Judiciário a competência para que os seus órgãos exerçam o controle de constitucionalidade das leis (por exemplo, CRFB, art. 97; art. 102, I, “a” e seu 2.º).

Não se trata, por óbvio, de uma carta em branco endereçada aos juízes, mas de uma competência que, ao ser exercida, demanda adequada fundamentação. É ela quem proporciona o substrato de controle das decisões, inclusive para, determinando se os limites da atuação judicial foram ultrapassados, permitir afirmar se ela reflete algum grau de ativismo ou não. Por certo que esses limites devem ser expostos, sem o que, ter-se-á uma retórica vazia, incapaz de orientar qualquer sindicância do ato judicial.

O que se vê na crítica que ordinariamente circula nas mídias sociais, as quais, não raro, são reproduções do conteúdo de veículos de comunicação, é uma insatisfação com a decisão propriamente dita, ou, tecnicamente, com o dispositivo das sentenças ou acórdãos. Todavia, ele, por si, pouco diz acerca de eventual excesso. O alvo de qualquer controle deve residir no

²⁶ Cf. KMIEC, 2004, p. 1463.

seu fundamento. Não por outro motivo é que se diz que uma eventual invalidação de um estatuto legal pouco diz sobre a propriedade (ou impropriedade) da decisão que a declara. Confira (KMIEC, 2004, p. 1464):

A invalidação sozinha, entretanto, revela pouco sobre a propriedade de decisões individuais. O mero fato de que a Corte tenha invalidado mais leis nos recentes anos não as coloca sob suspeita. Imagine, por exemplo, que o Congresso, de alguma forma, tenha aprovado um estatuto bipartidário que tenha estabelecido uma religião nacional. Se a Corte invalidar esta lei claramente inconstitucional, ninguém irá sugerir que ela tenha se engajado em algum ativismo judicial. "Judicial activism" não pode ser sinônimo do mero exercício do controle de constitucionalidade²⁷.

Um refinamento dessa posição propõe que seja considerado ativismo não o simples controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes de Justiça, mas quando a invalidação da lei derive de uma discutível inconstitucionalidade. Mais claramente, a proposta seria a de que, se a Constituição não for claramente violada pelos atos normativos controlados, o estatuto deve ser mantido, em razão de uma diretiva basilar que determina o respeito à independência entre os poderes, a qual decorre da cláusula separatista incorporada à Constituição (no caso brasileiro, em seu art. 2.º).

De fato, a desaprovação judicial de escolhas políticas empreendidas por órgãos de poder, quando a Constituição não as proíbe expressamente, revelaria o ativismo, ou seja, "a Corte se envolve em ativismo judicial quando ela vai além do que claramente permite a Constituição restringir o trabalho de outro ramo governamental"²⁸ (KMIEC, 2004, p. 1464).

Essa posição, refletindo a preocupação com a preservação do princípio da separação de poderes, parte do pressuposto de que nada autoriza a conclusão de que o Judiciário possa estar credenciado a melhor estabelecer políticas sobre matéria afetadas ao Congresso Nacional do que este.

Como dito, embora seja uma versão aperfeiçoada da anterior, não chega a proporcionar um marco seguro para avaliar quando se está diante de uma usurpação de competência do Congresso pelo Judiciário, pois nem sempre fica claro quando a Constituição

²⁷ Traduziu-se. Eis o texto original: "Invalidation alone, however, reveals little about the propriety of individual decisions. The mere fact that the Court has struck down more laws in recent years does not automatically render the individual decisions suspect. Imagine, for example, that Congress somehow passed a bipartisan statute that established a national religion. If the Court invalidated this clearly unconstitutional law, no one would suggest that it had engaged in judicial activism. "Judicial activism" cannot be synonymous with merely exercising judicial review".

²⁸ Traduziu-se. Eis o texto original: "[...] the Court is engaging in judicial activism when it reaches beyond the clear mandates of the Constitution to restrict the handiwork of the other government branches".

efetivamente proíbe a intervenção judicial, ou quando ela é confrontada pela legislação, haja vista que geralmente é o próprio Judiciário o provocado a emitir tal juízo, e isso reflete uma atividade hermenêutica, a qual, não raro, não nos remete a um sentido unívoco.

Nesse contexto, ainda que devidamente justificada a decisão acerca do sentido mais ajustado do texto normativo submetido à apreciação judicial, os críticos de prontidão, insatisfeitos com o resultado declarado pela Corte, acabam por servir-se do sentido pejorativo que comumente acompanha a expressão para reconhecer no *decisum* uma postura ativista. Trata-se simplesmente de um elemento retórico que se vale do uso emotivo da linguagem para “fundamentar” uma crítica àquilo que simplesmente resultou do exercício regular da tarefa hermenêutica empreendida pelo Judiciário. Ou seja, “ativismo judicial” seria um exemplo do uso depreciativo da expressão como “um código para afirmar a mera discordância dos resultados dos julgamentos” (CAMPOS, 2014, p. 190).

Embora reconhecendo essa possibilidade, a qual muitas vezes decorre da própria falta de determinação do sentido do termo “ativismo”, forçoso reconhecer também, como adiante se verá, ser possível que as Cortes deliberadamente se empenhem no uso de estratégias retóricas para impor um sentido que aparentemente justifique a possibilidade da sua atuação no controle dos atos legislativos.

Assim, embora se levantem vozes no sentido de que o Judiciário não pode erigir-se no profeta que anuncia aos demais ramos do poder o que é a Constituição, é majoritária a posição de que a ele cabe sim dizer o que a lei é (inclusive a própria Constituição), “mesmo nos casos difíceis ou politicamente sensíveis”²⁹ (KMIEC, 2004, p. 1466).

Apesar disso, de toda essa discussão acerca do papel dos juízes e dos limites da sua atuação, há algo que parece correto: ao Judiciário não compete estabelecer políticas públicas e, conseqüentemente, não lhe podem ser úteis os argumentos de política na tarefa de fundamentação das suas decisões. Isso ainda nada diz acerca do controle que porventura possa ele exercer sobre as políticas públicas desenvolvidas no plano executivo, mas tão somente realça algo que parece ser determinante na formação do conceito de ativismo judicial, qual seja, o de que qualquer aferição dos limites da atuação judicial há que ser feita a partir da fundamentação das decisões.

²⁹ Traduziu-se. Eis o texto original: “[...] the Supreme Court can and should declare what the law is, even in difficult or politically sensitive cases”

Por isso mesmo é que foi salientada mais acima a importância do mandamento constitucional para que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos, e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade (CRFB, art.93, IX).

Por isso mesmo é que se faz necessário registrar que já nos primórdios do seu emprego, o termo era usado, às vezes, com uma conotação positiva, de tal forma que o adjetivo ativista poderia ser atribuído ao juiz defensor dos direitos civis. Dessa forma, seria ele, o ativismo, um instrumento de que se poderia valer a Corte para melhorar as condições econômicas e sociais das pessoas em geral. Nesse sentido, rebatendo a crítica que se desenvolvia em torno das posturas ativistas, dizia-se que (KMIEC, 2004, p. 1451):

Nós sancionamos as decisões da regra da maioria quando elas provêm de representantes adequada e democraticamente eleitos pelo povo. Quando essa maioria tenta prejudicar ou restringir os princípios básicos sobre os quais ela repousa, notadamente, a livre interação de pontos de vistas opostos, práticas, partes etc., então a Corte, como guardiã da Carta de Direitos, deve intervir. Nós não toleraremos a democracia para destruir em seu próprio nome³⁰.

Como visto acima (item 2.1.2) uma das formas de violação da Constituição residiria nas omissões legislativas, o que justificaria, com o respaldo da própria Carta, a intervenção severa do Judiciário na defesa dos direitos nela previstos, visando à sua efetivação. O exercício dessa competência não poderia ser vista como um exemplo de ativismo judicial, tal como inicialmente afirmou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (MELLO, 2019, p. 9-10):

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. **Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial** por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República,

³⁰ Traduziu-se. Eis o texto original: “We sanction the decisions of the rule of the majority when they come from the duly and democratically elected representatives of the people. When that majority will tries to undercut or impair the basic principles upon which it rests, namely, the free play of opposing views, practices, parties, etc., then the Court, as guardian of the Bill of Rights, must step in. We will not tolerate democracy to be destroyed in its own name”.

muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. (grifou-se)

Por outro lado, em uma aparente contradição, o mesmo Ministro prossegue em seu discurso com o reconhecimento de que, em situações como a acima registrada, o Poder Judiciário, excepcionalmente e de forma moderada, estaria legitimado a adotar posturas ativistas, as quais se revelariam como uma necessidade institucional. Trata-se de uma franca confissão de ativismo judicial (MELLO, 2019, p. 10):

Em uma palavra, Senhor Presidente: **práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (grifou-se)

Parece então confirmada a possibilidade de a expressão “ativismo judicial”, paralelamente ao sentido negativo que ordinariamente a acompanha, ser compreendida em um sentido positivo, revelador da atuação judiciária tendente à efetivação de direitos fundamentais. Isso levaria à necessidade de assinalar o seu uso com o sentido desejado, a fim de não evitar confusões, tal como no excerto abaixo (TEIXEIRA, 2012, p. 46):

Desse modo, vamos denominar aqui ativismo judicial *positivo* aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da constituição, enquanto denominaremos *nociva* toda prática ativista que fuja desse quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político.

Apesar dessa possível feição positiva do ativismo, se o que se pretende é conferir ao termo maior clareza, talvez seja melhor seguir a proposta de Lenio Streck, no sentido de diferenciá-lo simplesmente da judicialização da política. Essa é um reflexo natural da missão constitucional de controle atribuída aos tribunais e juízes, e que reflete um papel garantista de direitos fundamentais. Entretanto, ao exercê-lo, pode ser que uma postura ativista se afirme, o que necessariamente seria ruim, segundo o mencionado autor, já que representaria um determinado modo de exercício da jurisdição, a possível forma pela qual o Judiciário oferece a resposta a um tema específico que foi objeto de judicialização, onde a vontade do julgador substituiria o debate político, o que não é bom do ponto de vista democrático.

Para o referido autor a diferença entre judicialização da política e o ativismo judicial poderia assim ser resumida (STRECK, 2018, p. 16):

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a Democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam garantidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre da (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições.

Não se vislumbra qualquer problema nessa estipulação, haja vista que não há conceitos reais. Imaginar que a linguagem natural seja formada por termos que ostentam uma correspondência necessária com os objetos a que se refere é apelar para uma postura essencialista, um rastro metafísico que deve ser expurgado. O que efetivamente se tem é uma estipulação consagrada pela tradição. Nesse sentido (GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI, 1985, p. 34-35):

A relação ente ruma palavra e o seu significado costuma apresentar-se aos nossos olhos como algo que nos é dado, um vínculo natural que conhecemos como qualquer elemento da realidade [...] Mas esse esquema encerra uma grave armadilha: a que consiste em confundir a realidade física com a linguística [...] Quando aprendemos o nome de uma coisa, então, não aprendemos algo acerca da coisa, mas sobre os costumes linguísticos de certo grupo ou povo: o que fala o idioma onde esse nome corresponde a essa coisa [...] Dizemos então que as coisas mudam de nome, mas seria mais rigoroso dizer que nós mudamos o modo de nomear essa coisa [...] Da mesma maneira, afirmar que uma coisa tem nome é uma forma habitual de falar, mas seria mais claro dizer que nós temos um nome para essa coisa. Daí resulta uma primeira conclusão: não existem nomes verdadeiros das coisas³¹.

³¹ Traduziu-se. Eis o texto original: “La relación entre una palabra y su significado suele presentarse a nuestros ojos como algo que nos es dado, un vínculo natural que conocemos como cualquier elemento de la realidad [...] Pero este esquema encierra una grave trampa: la que consiste en confundir la realidad física con la lingüística [...] Cuando aprendemos el nombre de una cosa, entonces, no aprendemos algo acerca de la cosa, sino sobre las costumbres lingüísticas de cierto grupo o pueblo: el que habla el idioma donde ese nombre corresponde a esa cosa [...] Decimos entonces que las cosas cambian de nombre, pero sería más riguroso decir que nosotros cambiamos el modo de nombrar esa cosa [...] De la misma manera, afirmar que una cosa tiene nombre es una forma habitual de hablar; pero sería más claro decir que nosotros tenemos un nombre para esa cosa. De aquí resulta una primera conclusión: no existen nombres verdaderos de las cosas”.

Portanto, no uso que se faz da língua, é facultado algum grau de liberdade de estipulação pelos interlocutores na atribuição de significados às palavras. Sobretudo quando se tem alguma imprecisão de sentido ligada a tal uso, é até mesmo recomendável que assim se faça. Aliás, isso é o que diferencia as linguagens naturais das linguagens artificiais, notadamente como, neste caso, a linguagem técnica³².

A fim de conferir maior precisão aos termos, opta-se por estipular certos conceitos, por vezes inaugurando uma palavra nova, outras vezes ressignificando algumas que já se encontram consagradas pela tradição. Nesse processo, o importante é que se dê a comunicação prévia acerca do que se estipulou, a fim de que não se perca a possibilidade do diálogo ou que não se dê algum ruído no processo comunicativo.

Fixada essa premissa, fica aqui então estipulada a distinção entre judicialização da política, de um lado, como possibilidade de o Judiciário sindicatizar atos dos demais poderes, especialmente aqueles derivados do Poder Legislativo que manifestam opções políticas; e ativismo judicial, como possível conduta desviante no exercício dessa tarefa. Dessa forma, pode-se dizer que efetivamente há um juízo de valor negativo que necessariamente acompanha o ativismo judicial.

De qualquer forma, o problema não fica assim resolvido, haja vista que se pode observar uma possível interação entre a judicialização da política e o ativismo judicial.

De fato, embora se possa observar o fenômeno da judicialização sem que daí derivem decisões de feição ativista, fato é que a proliferação do espectro de controle judicial das políticas públicas, e sobretudo a expansão do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos expedidos pelo Poder Público, acaba por esboçar um quadro que favorece o ativismo judicial.

Mais acima, esse caráter expansivo da atuação judicial foi analisado em suas “causas”, mas é possível ainda identificar alguns fenômenos que lhe servem de pressuposto. A começar pelo que se denominou de “reificação” (TEIXEIRA, 2012, p. 41). Com a maximização dos processos de trocas de mercado, os indivíduos acabaram por perder os laços de identidade que presidiam a reciprocidade das suas relações pessoais, tais como a tradição e a simbologia. Este processo acabou por desumanizar nossas relações e vem acarretando a paulatina perda da nossa identidade, a ponto de nos tornarmos mais um elemento objetual desse processo de coisificação. Qualquer referencial estaria vocacionado a perpetuar a lógica comercial do

³² Aliás, melhor seria se, ao invés de falar-se em linguagem técnica, se falasse em linguagem natural permeada de termos técnicos (GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI, 1985, p. 22).

mercado, de tal forma que a consequência disso seria que o diálogo e o acordo se tornariam improváveis, impondo-se a necessidade de um terceiro imparcial para atuar como interventor em qualquer demanda que se instale.

Esse mundo judicializado, com uma explosão de demandas sem precedentes, é a consequência desse processo sociológico de perda de reconhecimento.

Essa expansão da judicialização das relações sociais, associada aos fatores estudados no item 2.1 acima, pode não levar necessariamente ao ativismo judicial, tal como visto, mas favorece a sua insurgência. Corrobora essa posição a seguinte afirmação (TEIXEIRA, 2012, p. 41):

[...] o ativismo judicial nasce em um cenário de alta complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas “a-jurídicas” (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica.

Essa emergência das Cortes Judiciais como protagonistas da história política de uma nação não deriva exclusivamente de um processo sociológico de endereçamento sem precedentes de demandas para a sua apreciação. Essa própria inflação de demandas é fruto de um substrato normativo-constitucional. Constituições analíticas, como a brasileira de 1988, acabam por normatizar de forma abrangente a vida política e social, tornando-se ubíqua e deferindo às Cortes um papel reiterado de interventor nas relações políticas e sociais, daí afirmar-se que (CAMPOS, 2014, p. 192):

O ativismo judicial, sob esta perspectiva, é identificado não pela criatividade hermenêutica, falta de deferência aos outros poderes ou impacto social de decisões cruciais, mas sim, pelo número extraordinário de questões levadas à corte para decisão.

Em verdade, o mero universo estatístico de intervenção não é um referencial seguro para caracterizar a presença do ativismo judicial, não sendo ele mesmo um índice de tal ativismo ou, ao menos, não sob as bases semânticas determinadas acima. Entretanto, essa ubiquidade das Cortes, marcada pela sua intervenção constante, acaba por favorecer o surgimento de posturas ativistas.

Dentro desse universo de questões, pode-se dizer que há um espaço sensível para o surgimento do ativismo, que é precisamente aquele dos denominados *hard cases*. Mas o que são eles? Segundo Ronald Dworkin, são aqueles em que “nenhuma regra estabelecida dita

uma decisão em qualquer direção”³³ (DWORKIN, 1975, p. 1060). Muitas vezes, também assumem esse rótulo aquelas questões submetidas à apreciação judicial, em que não apenas se põe um dilema interpretativo severo, ordinariamente porque o texto normativo que possivelmente os solucionaria envolve expressões semanticamente ambíguas ou vagas (manifestação ordinária da sua própria textura aberta), mas também aqueles em que sequer se consegue identificar uma regra jurídica apta a solucioná-los. Em resumo, *hard cases* são aqueles em que se verifica uma “elevada temperatura moral ou política das questões em jogo, ou alta indeterminação semântica e elevada carga axiológica das normas constitucionais em jogo” (CAMPOS, 2014, p. 192-193).

O que se pode observar do que até aqui foi registrado é que a renovação do papel do Judiciário no Estado contemporâneo tem refletido um protagonismo que, se de um lado é justificado pela sua atuação como garantidor de direitos fundamentais; por outro, é alvo de frequentes críticas, em sua maioria fundadas na questão da ilegitimidade democrática atribuída a juízes não eleitos para determinar políticas públicas, o que revelaria, de certa forma, uma usurpação de funções tipicamente legislativas atribuídas ao parlamento.

De toda forma, não se pode deixar de considerar também o fato de que a própria Constituição atribui aos juízes a função de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos da Administração Pública, competência essa que se vê reforçada na prática pela extensão do rol de legitimados a deflagrar esse processo de controle³⁴.

A questão então já não seria simplesmente de reconhecer como devido ou não esse papel, mas de como estabelecer limites ao seu exercício, a fim de que não se manifestem abusos que venham a provocar uma desorganização sistêmica no governo.

Lançado esse problema, importa agora refletir se não seria o caso de uma proposta audaciosa de reinvenção do Judiciário, ou se melhor seria trabalhar dentro do sistema já estabelecido e com as suas próprias ferramentas, a fim de identificar mecanismos que permitam mitigar o problema sem que daí derive uma mudança de paradigma. Explorar essas opções é a tarefa do próximo item.

³³ Eis o contexto de onde o excerto foi extraído: “But if the case at hand is a hard case, when no settled rule dictates a decision either way [...]”.

³⁴ Ao registrar-se aqui a ideia de controle de constitucionalidade, não se está restringindo o seu sentido ao controle concentrado, mas estendendo-o a toda atividade jurisdicional em que ele se manifesta, considerando-se ainda a possibilidade de edição de comandos nas omissões legislativas que fragilizam direitos constitucionalmente assegurados, bem como em ações coletivas, o que acaba por estender os limites objetivo e subjetivo das decisões judiciais, tal como referido nos itens antecedentes.

3 REINVENÇÃO DO JUDICIÁRIO OU UMA PROPOSTA MAIS MODESTA?

O percurso percorrido até aqui indica a existência de problemas que necessitam de algum norte para a sua superação. Imagina-se inicialmente que se a sociedade não encontra o seu rumo, deve ser ela tutelada pelo Estado. Se lhe faltam direitos, o legislador faz a sua parte e os declara nos seus diplomas sagrados. O Judiciário, por sua vez, procura sustentá-los a todo custo, quando provocado a fazê-lo. Para tanto, os órgãos integrantes do sistema de Justiça apresentam-se como colaboradores de plantão para auxiliá-lo nessa tarefa. E para que isso se torne possível, o legislador os municia com competências e instrumentos de garantia que podem ser manejados junto ao Judiciário.

Entretanto, essa inflação de direitos e instrumentos de garantia não apenas se mostram ineficientes para a maioria, como também proporcionam espaço para uma desorganização da tentativa de gerir as políticas públicas voltadas ao sofrido atendimento das demandas criadas pelo mundo das normas.

Tome-se o exemplo dos direitos relacionados à seguridade social. A Constituição os agrupa nas áreas de saúde, assistência e previdência social (CRFB/88, art. 194)³⁵. Excetuando a última, que decorre de um regime contributivo, as ações vinculadas às demais são de acesso universal e gratuito. A saúde é assumida como um “direito de todos e um dever do Estado” (CRFB/88, art. 196), cujas ações são prestadas através de um sistema único, que deve, dentre outras diretrizes, prestar “atendimento integral” aos que dele necessitem (CRFB/88, art. 198, II).

Os pleitos judiciais que daí decorrem são impressionantes, indo desde os casos rotineiros de solicitação de leitos de UTI, os quais, diante da inexistência de vagas devem ser alugados em unidades hospitalares privadas; passando por pedidos de submissão a tratamentos experimentais e fornecimento de drogas de custo estratosféricos; até a solicitação de passagens aéreas e pagamento de hotel para acompanhantes, em razão da opção pela realização de tratamento em unidade da federação diversa do domicílio do autor da ação³⁶.

³⁵ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

³⁶ Processo nº 00311326-56.2016.4.02.5001, 4ª Vara Federal – ES.

Fato é que não há suporte material para realizar o mundo idealizado de direitos, o que torna as promessas constitucionais inefetivas, frustrando-se assim as expectativas (legítimas ou não) criadas pela própria Constituição.

Essa explosão de demandas, como visto mais acima, sobrecarregam o Judiciário e levam inclusive ao descrédito institucional, quando não é possível atender aos anseios que lhe são projetados, ou mesmo quando atendidos, pelo tempo decorrido até a sua satisfação.

Esse quadro de frustração de expectativas é um problema que pode levar ao ativismo judicial, gerando, como se disse, uma desorganização na gestão das políticas públicas. A escassez de leitos, por exemplo, leva as unidades gestoras a elaborarem listas de prioridades, as quais podem ser preteridas por determinações judiciais. Por sua vez, a alocação forçada dos recursos financeiros, que são limitados, em tratamentos de altíssimo custo, pode comprometer programas de saúde capazes de atender milhares de pessoas.

Não se trata simplesmente de adotar uma perspectiva meramente utilitarista, mas de não interferir desordenadamente, e de forma rotineira, na própria organização dos serviços públicos e na gestão do seu custeio.

Muitas vezes, e aqui já não se faz qualquer análise setorial, demandas judiciais alcançam o seu termo após anos de processamento, decidindo-se favoravelmente ao cidadão, que acaba por não conseguir ver o seu direito reconhecido efetivamente satisfeito por absoluta incapacidade financeira para atendê-lo; não por uma desobediência voluntária do administrador público.

A práxis judiciária construiu um modelo teórico para lidar com essa situação, denominando-a de “reserva do possível”, ou seja, não se pode pretender compelir a Administração Pública a fazer o que ela não consegue. Para ilustrar com um exemplo, a cláusula é adotada com frequência pelo Supremo Tribunal Federal nos pedidos de intervenção federal em Estados-Membros pela não quitação de precatórios judiciais³⁷.

Entretanto, a referida Corte, francamente entende não aplicável a cláusula quando a sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, determinado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com esse direcionamento, o seu uso não poderia legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público³⁸.

³⁷ Cf., por exemplo, o pedido de intervenção federal IF nº 470/SP.

³⁸ Cf. o Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 223, dentre inúmeros outros precedentes.

De toda forma, não foi negada a sua aplicação aos direitos sociais. Em sede de Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45), essa possibilidade foi contemplada, desde que ausente ao menos um dos seguintes requisitos: a) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e b) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

A ementa do acórdão registra inicialmente que, embora a formulação e a implementação de políticas públicas seja uma atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo, ao Judiciário excepcionalmente é reconhecida a legitimidade da intervenção:

[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...]

Esse descumprimento restaria ainda caracterizado, mesmo quando a determinação constitucional decorra de normas de caráter programático, sob pena de frustrar expectativas que legitimamente decorrem do seu texto:

[...] Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A despeito disso, chega-se ao cerne da questão quando se registra no acórdão que o atendimento dos direitos sociais evidencia um custo que o Estado pode não ter a possibilidade de enfrentar, cabendo então a análise da razoabilidade das prestações solicitadas:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público,

impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. **É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.** Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): **“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.** Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifou-se)

Com essas considerações a Corte relaciona os requisitos impostos para a aplicação da cláusula da “reserva do possível” como critério para afastar o cumprimento das prestações sociais impostas pela Constituição e, conseqüentemente, como cláusula limitadora da intervenção judicial diante dessa omissão:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (grifou-se)

Resumindo, constatada a impossibilidade de atender a contento o extenso catálogo de direitos sociais, a frustração de expectativas que daí decorre leva à sobrecarga do Judiciário, uma vez que a mesma Carta que declara tais direitos, também aparelha os órgãos do sistema de Justiça com instrumentos para a sua garantia, mas mesmo nesse caso, é possível que a própria decisão judicial não se efetive, pela comprovada impossibilidade de dispor de recursos para tanto.

Assim, embora o manejo da cláusula da “reserva do possível” tenha uma aplicação modesta no campo dos direitos sociais, como já se anotou acima, ela se revela como um construto prático-dogmático implementado pelos juristas para amenizar essa frustração decorrente de um sistema que não corresponde à realidade que pretende ordenar.

A impressão que se tem é que se tenta, a todo custo, garantir direitos através do Direito, por meio de um recurso retórico que se eterniza, mesmo quando as expectativas frustradas se apresentam.

Mangabeira Unger relaciona isso ao que denomina de “**análise jurídica racionalizadora**”. Por ela, desenvolve-se um discurso teleológico, em que políticas públicas de bem-estar coletivo e princípios de dever moral e político tornam-se o conteúdo básico para a orientação dos seus fins. Em suas palavras, “O discurso generalizante e idealizador das políticas públicas e princípios interpreta o direito como um empreendimento social finalístico que procura alcançar esquemas abrangentes de dever moral e bem-estar” (UNGER, 2004, p. 54).

O discurso jurídico assim orientado consolida a pretensão de generalidade, coerência e clareza na representação racional do Direito, que passa a ser uma imagem imperfeita dessa idealidade racional.

Essa tendência revelaria uma incapacidade de ultrapassar essa visada de preocupação com o gozo de direitos para o momento da “reimaginação institucional”, traduzindo-se essa vicissitude como o “eco silencioso no direito da imobilidade política da sociedade” (UNGER, 2004, p. 53).

Essa imobilidade se manifesta na resistência à experimentação social de novos caminhos. Dessa forma, a difusão desse processo de análise jurídica racionalizadora seria um obstáculo ao desenvolvimento da dialética necessária entre os direitos de escolha e as estruturas que tornam essa autodeterminação individual e coletiva possível. Para Mangabeira Unger, essa deveria ser a verdadeira vocação do Direito contemporâneo; e não a promoção de uma resignação pelo fetichismo institucional, que acaba por sufocar a imaginação institucional.

É essa análise jurídica racionalizadora que busca conferir ao Direito a melhor aparência possível³⁹, que também se reflete nas estruturas institucionais de índole jurídica. Consolidando essa imagem, esse modo de análise perpetua um estado de coisas, constringendo as oportunidades de experimentalismo constitucional.

A onipotência constringedora dessa análise racionalizadora encobre uma arbitrariedade irresponsável. Por que um determinado vocabulário de princípios e políticas públicas e não outro? Porque determinado conjunto de prescrições teóricas e não as suas rivais? Para Mangabeira Unger, essa libertinagem manifestada na utilização de quaisquer modelos teóricos de políticas públicas e princípios, bem como na prática de sua revisão *ad hoc* para encobrir conflitos manifestos com as concepções jurídicas vigentes, revelaria uma encoberta discricionariedade sem rigor, de proporções maiores que a opção por suas contrapartidas aleatoriamente tomadas. Daí concluir que

O estilo canônico de doutrina jurídica não pode ser entendido como a consequência inevitável da necessidade de pensarmos clara e coerentemente sobre o direito. Tampouco podemos explicá-lo e justificá-lo como o antídoto à arbitrariedade que protege o estado de direito ou um sistema de direitos. (UNGER, 2004, p. 102)

No centro dos debates promovidos por essa análise jurídica racionalizadora, como decorrência esperada do fetiche institucional, criou-se certa obsessão pela atividade dos juízes, colocando-se na pauta da discussão a questão acerca de como eles devem julgar. Todavia, para o autor, o tema não merece o privilégio que lhe é dado, pois reflete simultaneamente uma causa e um efeito da incapacidade do pensamento jurídico contemporâneo em transcender a sua constante preocupação com o gozo efetivo de direitos para uma compreensão dos caminhos institucionais alternativos para o desenvolvimento do exercício de direitos em uma sociedade livre.

³⁹ O exemplo dado acima, referido á cláusula da reserva do possível pode ser um bom exemplo dessa tendência.

Essa sedução pela atividade dos juízes leva ao reconhecimento (mas também a uma ocultação) de um significativo poder a eles atribuído, mesmo quando historiadores não conseguem explicar essa ascensão, em face das tentativas frustradas de sua limitação, notadamente pela limitação histórica introduzida pelo sistema de códigos. Parece que deliberadamente lhes é reconhecida pelas elites que criam o Direito, integrantes dos órgãos políticos do Estado, essa tarefa criativa, como um modo de transferência da responsabilidade pela complementação normativa, tal como ocorre na formulação de princípios indeterminados nos textos legais. Essa questão será retomada mais adiante, no item 4.1.

O Direito é assim tratado como um esboço de acordos que requer acabamento pelos seus órgãos aplicadores, e o problema dessa transferência de responsabilidade reconstrutiva e refinadora a um grupo isolado de especialistas em discussão racional compromete uma competência que é dos próprios cidadãos. Por isso, mais uma vez, há uma usurpação de um papel da própria sociedade, o que afeta o rigor democrático, sempre enriquecido com o exercício de um experimentalismo consciente. É nesse sentido que Mangabeira Unger afirma que:

Qualquer sociedade pluralista e democrática deve ter boas razões para deixar alguns de seus acordos incompletos, mas só uma democracia nas garras de superstição antidemocrática confiara a um quadro de mistagogos sob a forma de juristas a tarefa de executar e especificar esses acordos sob a luz de concepções sistemáticas de dever ou de bem-estar supostamente latentes a esses ajustes. (UNGER, 2004, p. 137)

Esse papel central que o juiz ocupa na análise jurídica racionalizadora decorre da crença (não testada) da existência de uma correspondência natural entre o raciocínio jurídico e as responsabilidades da decisão judicial. A objeção que se faz a essa correlação decorre da percepção de que “ser juiz é um papel conformado institucionalmente, e não uma atividade social com um núcleo permanente e com limites constantes” (UNGER, 2004, p. 138).

Reconhecida a impropriedade dessa identificação entre o raciocínio jurídico e a decisão judicial, pode-se perceber que o maior problema que dela decorre é o de interromper o projeto democrático, na medida em que essa fascinação pela atividade dos juízes “usurpa o campo imaginativo em que práticas mais construtivas e reconstrutivas de análise jurídica poderiam se desenvolver” (UNGER, 2004, p. 140).

Portanto, a retomada daquele projeto pressupõe que

[...] as disciplinas especializadas e as práticas profissionais devem, de alguma forma, devolver ao diálogo fundamental da democracia a agenda maior que elas ajudaram a lhe subtrair. Elas devem devolvê-la enriquecida, e devem devolvê-la de uma forma

que reconheça o caráter inevitável do saber especializado e do conhecimento técnico, ao mesmo tempo transformando a relação entre especialistas e cidadãos. O jurista, não mais o juiz imaginário, deve se tornar o assistente do cidadão. O cidadão e não o juiz deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica. O alargamento do sentido de possibilidade coletiva deve se tornar a missão precípua do pensamento jurídico. (UNGER, 2004, p. 141)

Para tanto, é sugerida uma forma de aplicação do Direito que seja menos ambiciosa quanto à concretização das esperanças políticas e intelectuais da doutrina jurídica, já que está voltada para fora, com uma visada do mundo real e com foco nos litigantes mesmos, enquanto pessoas reais, detentoras de vulnerabilidades e expectativas. Essa visada deve ainda prestigiar, como fim a ser alcançado, a consolidação de meios para que o povo se torne livre para autogovernar-se. Essa meta somente poderá ser alcançada se o raciocínio jurídico proposto afastar-se de toda pretensão omniabarcante, mantendo-se dentro de uma abertura constante, orientada àquele fim.

Essa reconciliação das práticas judiciais com o mundo real e a vida dos litigantes pode ser claramente provocada pelo próprio Direito, notadamente quando o juiz se depara com princípios mais abertos, como por exemplo, o da razoabilidade ou boa-fé. Todavia é ainda possível que o juiz se sensibilize com essa tarefa, mesmo sem um convite explícito, embora a necessidade dessa nova postura se manifeste, tal como ocorre nas situações em que se verifica um distanciamento entre o imperativo jurídico e o resultado moral que dele decorre.

Mangabeira Unger reconhece a possibilidade de juízes exercitarem uma parcela de sua autoridade através do que denominou de “exceção do governo judicial”, em que, através de um juízo de equidade, eles venham a criar um recurso jurídico *ad hoc*, sem que se afete ou ameace a estrutura da sociedade. Trata-se de um expediente que procura conciliar o direito com os costumes. “É uma tentativa de diminuir a cota de crueldade na experiência cotidiana, e fazê-lo não numa grande escala, mas na dimensão de um evento e de um encontro. A humanidade do juiz responde à humanidade dos litigantes” (UNGER, 2004, p. 146).

A despeito dessa possibilidade, o autor reconhece que, na maior parte das vezes, essa tarefa está além do que os juízes podem realizar eficaz ou legitimamente, pois, ainda que ele escolha essa linha de avanço democrático, “descobre mais que frequentemente que a sua deficiência de poder e legitimidade o impede de lidar com as estruturas institucionalizadas de onde a maior parte da desigualdade e exclusão se origina” (UNGER, 2004, p. 146).

O exemplo significativo dessa tarefa judicial ativa fornecido pelo autor seria a parceria levada a efeito pelo Judiciário Federal norte-americano com os movimentos civis e feministas.

Finalmente, ele assevera que o melhor que se poderia ter seria um órgão separado do Estado para desempenhar esse papel, órgão esse dotado de maior responsabilidade democrática e inclusive maiores recursos investigativos, técnicos, financeiros e administrativos que o Judiciário tradicional. Enquanto não se tem isso, “melhor um agente pouco apropriado, contudo, do que absolutamente nenhum. Os juízes podem ser muitas vezes os melhores agentes disponíveis. Pelo menos, eles podem ser os únicos agentes dispostos”.

Esse uso precário do Judiciário inaugura um desafio, porquanto os juízes “terão então que testar quão longe seu poder e autoridade, bem como suas vontades e imaginações, permitem-nos avançar o trabalho da intervenção estrutural, porém episódica” (UNGER, 2004, p. 147).

A proposta de Mangabeira Unger é nitidamente democrática e emancipatória, projetando a sociedade e atribuindo ao Estado um papel mais modesto, porém não menos importante, de proporcionar o substrato necessário a essa emancipação.

Pois bem, sem qualquer fetiche institucional, ele reconhece a possibilidade de os juízes colaborarem com essa tarefa, notadamente na tentativa de humanizar o Direito, através da sua reconciliação com a sua tarefa maior de romper com o raciocínio analítico racionalizante predominate.

Trata-se de um plano ambicioso e louvável, contudo, como uma opção por um caminho no enfrentamento da questão do ativismo judicial, ao invés de apostar nesse projeto de reinvenção social, que confere à própria sociedade a possibilidade de reinventar os seus modos de vida comunitária, bem como em instituições estatais que proporcionem as bases de liberdade para que tal projeto se torne possível, optou-se por um algo mais modesto, porém mais concreto, em que, utilizando-se de estruturas racionais já assimiladas pelo próprio Direito, não apenas se possa chamar a atenção para um problema jurídico e político contemporâneo, o do ativismo judicial, como feição negativa da judicialização da política, mas também propor um modesto conjunto de orientações que possam ser úteis à sua, não se diria superação, mas mitigação.

Assim, embora se reconheça a possibilidade ampla de controle judicial da atuação dos outros poderes, como uma competência constitucionalmente assegurada aos juízes, existe também uma fronteira da sua atuação legítima, a qual também há que ser controlada. E o

caminho que aqui é percorrido aponta para a própria fundamentação das decisões judiciais como o critério demarcatório do que seria uma atuação legitimada ou ativista dos juízes, o que requer uma análise mais detida do próprio papel decisório exercido por eles, tarefa que será levada a efeito nos itens seguintes.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A longa exposição precedente tornou claro que o papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas tornou-se extremamente complexo, haja vista que ultrapassou a sua função clássica de intervenção nas demandas cíveis e penais para alcançar o próprio controle das ações do Poder Público.

Esse papel renovado dos juízes e tribunais indubitavelmente exige algum parâmetro de controle, o qual, como já sinalizado, partiria da análise e sindicância da fundamentação das suas decisões. Quanto maior o espaço decisório, tanto maior será o ônus argumentativo imposto ao órgão julgador.

Como também já reiteradamente afirmado aqui, a transparência dessa motivação é garantida pela imposição constitucional de que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (CRFB/88, art. 93, IX). Entretanto, isso tudo ainda pouco diz acerca do que efetivamente seja fundamentar, tampouco garante que a simples exposição de motivos seja uma justificativa jurídica para a decisão adotada.

Para que tais temas sejam percorridos, é importante inicialmente esboçar algumas considerações acerca da própria natureza da decisão, contexto em que exsurge a questão de saber se ela é declaratória de um direito previamente concebido pelo legislador ou se, ao contrário, no ato interpretativo que é imposto a juízes e tribunais, acaba-se por constatar uma tarefa criativa de Direito, questão que será abordada no próximo item.

4.1 O caráter criativo da atividade judicial

O paradigma formalista assume a atividade interpretativa do juiz como uma tarefa de natureza lógico-dedutiva, em que a decisão seria a conclusão de um silogismo judicial ao

*modus ponens*⁴⁰, ou seja, a lei funcionaria como premissa maior da inferência; a situação fática, a menor; e a sentença, a conclusão.

Nas raízes dessa ingênua afirmação estaria a crença iluminista de uma racionalidade humana omniabarcante, apropriada no âmbito do Direito pelo processo de codificação que se materializou no início dos oitocentos, em que se tinha por premissa a possibilidade de aquele corpo sistematizado de regras servir de base para a solução de toda e qualquer classe de questões que fossem suscitadas perante os juízes.

O Código Napoleão, resultado da compilação de leis civis determinada pelo imperador, seria o grande marco desse processo. Em seu artigo 4.º, curiosamente se encontra a vedação de uma prática francesa comum aos juízes do antigo regime, qual seja, a do reenvio ao Legislativo⁴¹. Por ela, quando o juiz se deparava com alguma omissão legislativa, ele suspendia o processo e o encaminhava ao parlamento, a fim de que a norma necessária fosse editada. Pois bem, a vedação que se estabeleceu no referido Código, inclusive sob a ameaça de processar o juiz por justiça denegada, estava ancorada na crença da completude do sistema, a qual não se coadunaria com a ideia de insuficiência normativa, a autorizar o *non liquet*.

A codificação era guiada pelos ideais de simplificação e unidade do Direito, os quais, paralelamente, consagravam a onipotência do legislador.

A despeito disso, convém assinalar que não era essa a ideia que guiava os idealizadores do Código Civil Francês, dentre eles Portalis, para quem as leis positivas jamais poderiam substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida, haja vista que a contingência do mundo social não se coaduna com a estagnação legislativa, incapaz de acompanhá-la com a devida celeridade. Daí a razão por que as lacunas necessariamente existiriam e o seu processo de integração se daria pelo uso da equidade, tal como constava no art. 9.º do Livro Preliminar do projeto, posteriormente eliminado do texto definitivo: “nas matérias cíveis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade” (BOBBIO, 1995, p. 76). O próprio dispositivo apresentava um conceito de equidade (BOBBIO, 2003, p. 77):

⁴⁰ A expressão deriva do latim “*ponere*”, que significa afirmar. *Modus ponens*, portanto, é um tipo de silogismo dedutivo da lógica formal clássica, em que “a premissa categórica afirma a proposição antecedente da premissa condicional, e a conclusão afirma a consequente” (COPI, 1978, p. 216). Dito de outra forma, “de um condicional ($p \supset q$) [lê-se “se *p* então *q*”] e da afirmação de seu antecedente (*p*) se infere o consequente (*q*)” (GUIBOURG, ECHAVE e URQUIJO, 2008, p. 104). Um exemplo clássico seria: Todo homem é mortal. Sócrates é um homem. Logo, Sócrates é mortal.

⁴¹ Assim dispunha o Código: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada” (BOBBIO, 1995, p. 74).

Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Na falta da lei, é necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas.

Evidentemente que essa abertura não foi acolhida pelo legislador, e o teor do art. 4.º do Código Napoleão deixa claro isso. Aliás, esse pensamento manifesta o ideal da Escola da Exegese, para quem o referido diploma encerrava a solução para todos os casos futuros ou, de forma ainda mais abrangente, demarcava o fetichismo da lei, consistente em considerar “o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*” (BOBBIO, 1995, p. 77).

Evidentemente que esse modelo simplista não se ajusta à complexidade do mundo contemporâneo (e tampouco da França pós-agrícola). Aquela estrutura formal sugeria que o juiz fosse simplesmente a boca que pronunciaria as palavras da lei, ou seja, a sua tarefa, até mesmo pelo modelo de silogismo que deveria presidi-la, era tão somente a de declarar o conteúdo da lei que lhe era dada previamente ao caso que lhe fosse submetido à apreciação.

É de fácil constatação que não se pode reconhecer esse modelo como adequado ao enfrentamento das questões que são postas ao Judiciário. Daí a afirmação de que “A maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui um típico fenômeno do nosso século” (CAPPELLETTI, 1993, p. 31).

Para Mauro Cappelletti, esse papel criativo se contraporia à visada formalista tradicional, reconhecendo que “o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais” (CAPPELLETTI, 1993, p. 33). O jurista italiano veria nessa constatação a abertura para a discricionariedade judicial, a qual, nem por isso, necessitaria assumir feições arbitrárias, mas de qualquer forma, jamais se poderia encontrar a neutralidade no desempenho das suas funções, tal qual o viés formalista advogava.

Entre os motivos para o reconhecimento desse caráter criativo das decisões estaria, em primeiro lugar, a renovação do papel do Direito nas sociedades de bem-estar (*welfare state*).

No âmbito desse novo perfil do Estado, a legislação muda a sua feição, ultrapassando o seu limitado papel de proteção e repressão para alcançar fins promocionais ou providenciais, no sentido de que fora do âmbito dos direitos tradicionais, que reclamam uma atuação assecuratória do Estado (uma atuação que se limita a dispensar uma proteção concernente ao impedimento de suas violações), no âmbito dos direitos sociais essa tarefa é continuada,

requerendo a sua ação permanente na promoção de políticas públicas que efetivamente os assegurem. É o que ocorre, por exemplo, no domínio do direito à saúde, habitação etc.

Não raro, as ações específicas que se esperam do Estado não são determinadas com precisão, mas apenas lançados os vetores ou programas que concretamente podem balizar tal tarefa. Esse novo atributo do Estado necessariamente interfere no modo como os juízes decidem, razão pela qual se afirma que (CAPPELLETTI, 1993, p. 42):

[...] nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Essa é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes⁴².

O segundo motivo para justificar esse suposto papel criativo da atividade judicial seria a crise governamental associada ao crescimento do papel do Poder Judiciário como contrapeso aos poderes políticos.

Para Mauro Cappelletti (1993, p. 43), o excessivo empenho dos parlamentos em lidar com questões partidárias e de política geral impede que respondam eficientemente à demanda normativa, razão pela qual acabaram por atribuir ao Executivo e entidades de controle setorial dele derivadas grande parte da sua atividade, abdicando assim de tarefas que lhe seriam próprias.

Essa insuficiência estaria conectada ao motivo anteriormente descrito, uma vez que as demandas decorrentes do Estado de bem-estar social naturalmente aumentaram, o que levou à hipertrofia do Executivo e das entidades dele derivadas, tais como as agências reguladoras.

Paralelamente a esse processo, ainda de acordo com o jurista italiano, teria crescido a desconfiança não apenas nos parlamentos, como também no próprio Executivo. Em relação aos primeiros, ela teria decorrido da frustração em vê-los como os condutores de um projeto de progresso social, uma vez que a legislação que produziam, ou eram ineficazes a satisfazê-lo, ou tornavam-se cedo ultrapassadas para tal escopo. Ademais, as eleições são muitas vezes meios de recrutamento de representantes dos diversos setores da sociedade, não raro

⁴² Não há dúvidas de que a nova feição da atuação estatal interfere no modo não apenas como a legislação é produzida, mas também como a Administração Pública se comporta e como juízes julgam. Todavia, não parece que isso possa traduzir-se necessariamente na possibilidade de que suas decisões sejam discricionárias, a menos que o termo venha acompanhado de uma prévia indicação do seu campo semântico, a exemplo do que se fez no item anterior, com a noção de ativismo judicial e judicialização da política. De toda sorte, a questão será adiante enfrentada.

comprometidos mais com interesses corporativos do que propriamente com os grandes projetos de vida boa da sociedade em geral.

Em relação à desconfiança depositada no Executivo, ela derivaria dos abusos decorrentes da burocracia estatal, de um lado excessivamente paternalista; de outro, autoritariamente opressora, em função da onnipresença do aparelho administrativo, de que resultaria paradoxalmente a sua constante distância e inacessibilidade.

Resumindo (CAPPELLETTI, 1993, p. 46):

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a “interferir” em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo.

Para enfrentar esse novo Leviatã, o Judiciário erigiu-se como um “terceiro gigante”, nas palavras de Mauro Cappelletti, um guardião e controlador dos demais poderes públicos, inclusive do próprio legislador. Essa constatação não afasta a crítica de que legisladores democraticamente eleitos, bem assim os administradores responsáveis, estariam mais legitimados a conduzir esse processo de desenvolvimento do que juízes ativistas, no sentido do caráter criativo de suas decisões, uma vez que se prendem a uma tradição de isolamento e independência política (CAPPELLETTI, 1993, p. 50).

De qualquer forma, a superação do papel débil atribuído originariamente ao Poder Judiciário, cuja atividade interpretativa era vista como puramente formal e declaratória, é uma constatação decorrente do próprio crescimento das demandas sociais e do agigantamento dos demais Poderes.

O terceiro motivo que daria suporte ao papel criativo dos juízes seria a emergência de demandas necessárias à proteção de interesses difusos e coletivos⁴³.

⁴³ Direitos difusos são aqueles de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato (Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, art. 81, I). No conjunto de suas marcas está um número indeterminado de titulares e a indivisibilidade do objeto de interesse, de modo que a sua satisfação ou violação a todos igualmente aproveita ou prejudica, respectivamente. Quanto aos interesses coletivos, aderem ao critério da indivisibilidade do seu objeto, tal como nos interesses difusos, mas, ao contrário destes, referem-se a um número determinado de titulares. Nos termos do Código mencionado (art. 81, II), coletivos são os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Para um maior detalhamento acerca dessa nova dimensão de direitos, cf. MANCUSO, 2007.

O desenvolvimento da sociedade contemporânea torna superada a visão do processo judicial como demanda entre duas partes. Na verdade, o potencial risco de que a atividade isolada de uma pessoa possa afetar milhares de outras, inclusive as gerações futuras é notória. Basta imaginar o impacto ambiental produzido por uma empresa poluidora, a circulação de um medicamento nocivo à saúde, a oferta de um produto em geral que gere risco aos consumidores etc.

Esse quadro movimentou a busca por soluções para o enfrentamento desses danos de massa, inclusive no âmbito judicial, como é o caso das demandas coletivas, da ação popular destinada à proteção do meio ambiente etc. A própria legitimação para agir nesses casos teve que ser revista. De fato, o enfrentamento de grandes grupos econômicos exige uma parcela de poder à sua altura, o que justifica a possibilidade de associações e órgãos estatais, como o Ministério Público, manejarem tais ações na defesa dos interesses difusos ou coletivos envolvidos.

Assim, considerando que tais direitos “frequentemente são muito vagos, fluidos e programáticos, mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los” (CAPPELLETTI, 1993, p. 60).

Finalmente, a quarta razão para essa renovação do papel do Judiciário residiria nas declarações transnacionais de direitos humanos e a sua incorporação aos sistemas jurídicos nacionais.

A proliferação de catálogos internacionais de direitos humanos, a despeito de ser uma experiência não recente, recebe um novo matiz quando passam a incorporar-se às próprias Cartas Constitucionais das nações, a exemplo do que ocorre no Brasil. Veja-se, por exemplo, que a Constituição de 1988, em seu art. 5.º, §2.º, ao estabelecer que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, acaba por reconhecer força normativa interna a esses pactos e declarações internacionais, tal como o confirma o §1.º do mesmo artigo, ao dispor que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, que assim deixa clara a sua autoexecutoriedade.

Mais ainda, desde a Emenda Constitucional n.º 45/04 que essas normas passaram a assumir uma estatura de supralegalidade, haja vista que, ao introduzir na Carta o §3.º ao seu art. 5.º, conferiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalência às emendas constitucionais (quando aprovados com o quórum dessas, ou seja, em dois turnos em cada casa legislativa, com três quintos do voto dos seus respectivos membros).

As declarações de direitos (nacionais ou supranacionais) adquirem concretude e eficácia quando a tarefa da sua aplicação e proteção é conferida aos tribunais, os quais, para desincumbir-se dessa missão, desempenham uma tarefa interpretativa de nítido caráter criativo. Isso é reforçado pelo fato de que essas declarações de direitos, em geral, revestem-se sob a forma de princípios, cujos enunciados ostentam uma textura mais aberta, exatamente para que possam se acomodar ao pluralismo e à evolução das sociedades. Não fosse essa sua latente ambiguidade não permitiriam manter vivas as constituições que as acolhem.

Por isso, o dilema a que se lançariam os tribunais acaba por ser facilmente superado, tal como resume Mauro Cappelletti (1993, p. 68):

Inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público [...] inevitável que termine por prevalecer a primeira e mais audaciosa das duas alternativas acima mencionadas, nada obstante os seus inegáveis limites e riscos.

Portanto, aos olhos do filósofo italiano, o papel criativo da interpretação judicial surgiria em um contexto de revolta contra o formalismo jurídico, o qual, por sua vez, decorreria de quatro causas: a) a transformação do papel do Direito e do Estado na moderna sociedade de bem-estar social, com a decorrente emergência de direitos sociais, que reclamam uma proteção diferenciada; b) a crise governamental associada ao crescimento do papel do Poder Judiciário como contrapeso aos poderes políticos; c) a eclosão de direitos difusos e coletivos, cuja proteção impacta sobremaneira a estrutura tradicional do processo judicial voltado à sua proteção; e d) a incorporação de declarações nacionais e transnacionais de direitos às Constituições.

Pode ser que todo o esforço para justificar o papel criativo da interpretação judicial esteja envolvida em uma discussão estéril, tal como sugere Genaro Carrió, ao afirmar que ela poderia ser superada se as premissas de que partem fossem mais bem explicitadas (CARRIÓ, 1994, p. 105-114). De toda forma, parece claro que estabelecido como ponto de partida a visada puramente formal, tal como o fez Mauro Cappelletti, as múltiplas mudanças políticas e sociais experimentadas na sociedade refletiram-se no modo de atuar das Cortes Judiciais, revelando um papel mais dinâmico e criativo, no sentido de que não haveria um parâmetro vinculante prévio capaz de determinar a resposta judicial *a priori*, ou seja, antes de qualquer experiência concreta.

Trata-se de uma constatação que ressoa entre os juristas, tal como se vê em Konrad Hesse, para quem a concretização de um texto normativo impõe a incorporação do “conteúdo da realidade” à própria norma que pretende regulá-lo, daí por que

As singularidades destas circunstâncias – com frequência conformadas já juridicamente – integram o “âmbito normativo”, o qual, a partir do conjunto dos dados do mundo social afetados por um preceito, e através do mandado contido sobretudo no texto da norma, o “programa normativo”, é elevado a parte do conteúdo normativo. (HESSE, 1992, p. 28)

Essa interação entre Direito e realidade não passa despercebida também por Friedrich Müller, para quem a norma jurídica não seria um elemento amorfo, dotado de um sentido previamente dado a toda experiência. Ao contrário, a ordem jurídica, ordinariamente compreendida como o seu teor literal, corresponderia apenas ao *programa da norma*, ao qual seria incorporado, em igual hierarquia, o *âmbito da norma*, ou seja, “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou criou para si como o âmbito de regulamentação” (MÜLLER, 2005, p. 42).

Portanto, o *âmbito da norma* é um dos fatores que constitui a própria normatividade, devendo necessariamente ser considerado como parte do seu processo de interpretação, a fim de torná-la concretista.

Essa compreensão da estrutura plural da norma jurídica deixa clara a impossibilidade de adesão aos cânones formalistas da hermenêutica clássica, que tanto inspirou o Positivismo Jurídico de feição legalista. Nesse sentido (MÜLLER, 2005, p. 49):

[...] já não é mais possível compreender com sentido a concretização ou apenas, em formulação mais estrita, a interpretação do texto como reconstrução do que foi intencionado pelo dador da norma, no sentido da identificação da sua “vontade” ou da “vontade” da norma jurídica. A simples futuridade dos casos regulamentados e consequentemente das decisões individuais atribuídas a uma norma determinada faz que nem “a” vontade nem “a” decisão de uma prescrição em si possam ser identificadas.

O que se quer dizer com a afirmação de que juízes criam Direito ao decidirem tem ligação direta com a constatação de que o Direito não se esgota em um sistema lógico-dedutivo, puramente formal, cujo conteúdo é um dado fornecido ao magistrado previamente a qualquer caso concreto a que é chamado a resolver. Ao contrário, a sua atuação é balizada diretamente pelo caso. A consequência disso é que se a resposta normativa não é um dado pronto e acabado *a priori*, então ele deve ser construído no momento da aplicação desse sistema, no momento da decisão.

Decerto que tal não pode sugerir que a construção seja livre. Ao contrário, o que determina a higidez das decisões judiciais é precisamente a sua vinculação a um programa normativo prévio. Fazendo o símile com a atuação de um engenheiro, pode ser que na execução do projeto ele se depare com circunstâncias do solo que exijam dele um processo criativo na resolução do problema enfrentado, mas, ainda assim, deve fazê-lo sob as balizas da boa técnica que dirige os seus trabalhos, sob pena de restar comprometida a solidez de toda a estrutura erigida.

Em verdade, o Direito é o sistema e suas circunstâncias práticas, e essas somente aparecem (assim como aquele) no âmbito da *aplicação*. Hans-Georg Gadamer, aos delinear os traços fundamentais de sua hermenêutica filosófica, deixou claro que nossa compreensão se dá no âmbito de uma fusão de horizontes. Isso põe por terra a rígida separação entre sujeito e objeto na relação cognoscitiva.

Trata-se de um problema ligado diretamente à interpretação dos textos normativos. A persecução de um ideal de segurança jurídica acaba por enraizar a ideia de que o sentido seria algo inerente ao próprio objeto interpretado, garantindo-se assim, em primeiro lugar, um referencial de correção hermenêutico; e, em segundo, que o resultado hermenêutico não dependeria do intérprete, mas da própria coisa interpretada.

No mesmo sentido (CUNHA, 2015, p. 218):

Portanto, o desiderato do jurista seria encontrar um método exemplar que conduza o processo de escavação pela busca do sentido da norma, de tal forma que o que dessa empreitada arqueológica resulte não venha contaminado por qualquer marca da subjetividade que a empreende. Trata-se de uma operação cirúrgica, marcada pela assepsia hermenêutica, onde a fidelidade metódica garantiria o êxito na descoberta do sentido imanente dos textos normativos. Assim considerada, a norma jurídica valeria como uma “coisa em si”, cujo sentido somente pode vir a ser fidedignamente alcançado com a garantia desse método objetificante.

Os métodos clássicos de interpretação são um exemplo dessa tentativa natimorta. A sua exploração é dispensável para o escopo do presente trabalho, pois o que interessa é demarcar o seu objetivo. No fundo a preocupação é que a intervenção do intérprete venha a, na ausência de um método adequado, introduzir derivas semânticas no texto legal, comprometendo o ideal de segurança jurídica, pois o resultado da sua interpretação seria um processo não apenas declaratório de algo ínsito ao próprio objeto, mas fruto da criação judicial, o que abriria espaço a toda sorte de voluntarismo, favorecendo a proliferação de posturas ativistas.

Todavia, não se trata propriamente de uma perda de certo ideal de cientificidade, mas de uma impossibilidade estrutural (ontológica) do próprio modo como o homem compreende o mundo. Valendo-se das lições de Hans-Georg Gadamer, essa desejada assepsia hermenêutica seria inviável porque toda nossa experiência compreensiva parte de pré-compreensões. Não se trata de algo desejado ou indesejado, tampouco de algo que dependa de alguma técnica seletiva capaz de excluí-la desse processo, mas de uma condição de possibilidade daquela experiência.

Essa inevitabilidade da participação das nossas pré-compreensões é assim percebida (HESSE, 1992, p. 41):

O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde um ponto quase arquimédico situado fora da existência histórica, mas unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja plasmação há conformado seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai permitir-lhe contemplar a norma a partir de certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilhar um primeiro projeto, necessitado ainda de comprovação, correção e revisão. Através da progressiva aproximação à coisa por parte dos projetos em cada caso revisados, a unidade de sentido fica claramente fixada.

Poder-se-ia objetar que o sentido poderia decorrer não apenas de um substrato imanente ao texto legislativo isoladamente (*mens legis*), mas das suas conexões sistemáticas, as quais permitiriam identificar a própria intenção do legislador ao estabelecê-lo. Aí residiria um sentido prévio a que o intérprete seria conduzido não diretamente do texto, mas através dele. Por essa via, o importante seria captar a denominada *mens legislatoris*.

Ainda essa perspectiva seria enganosa. De fato, “toda compreensão há que se dar mediante a sua aplicação à situação do intérprete, jamais será uma mera reconstrução asséptica de uma mensagem enviada” (CUNHA, 2015, p. 225). Isso ocorre porque a compreensão é marcada por uma fusão de horizontes.

Nossa compreensão é sempre histórica e abarca o âmbito da nossa própria visada desde certo ponto, estabelecendo assim um determinado horizonte. Ganhar um horizonte de compreensão pressupõe, portanto, captar tudo aquilo que abrange esse nosso âmbito de visada, trata-se da própria elaboração da situação hermenêutica do intérprete.

Evidentemente que sendo o homem um ente histórico, esse horizonte é dinâmico, o ponto desde onde a visada parte não é constante, mas desloca-se continuamente. De qualquer forma, é possível registrá-lo em determinado instante, como por exemplo, quando um texto

consolida essa posição. Imagina-se então que se possa ganhar esse horizonte histórico simplesmente deslocando-se a essa posição, a essa situação histórica. Essa metáfora espacial facilita tal compreensão, pois é preciso ter-se em mente o ponto de partida, “temos de ter sempre um horizonte para podermos nos deslocar a uma situação qualquer” (GADAMER, 2002, p. 455).

Portanto, a compreensão não é uma doação originária da tradição, tampouco a pura inauguração de um sentido novo pelo intérprete, mas a compreensão resultante dessa fusão de horizontes. Nesse sentido, a clássica polarização da relação gnosiológica em um dos polos da relação, seja no objeto que se interpreta, seja no intérprete, encobre a própria natureza do fenômeno mesmo, que revela ser a compreensão “sempre o processo de fusão desses horizontes presumidamente dados por si mesmos” (GADAMER, 2002, p. 457).

Historicamente, a tradição apresentava o problema hermenêutico assentado em etapas, onde seria possível distinguir a compreensão (*subtilitas intelligendi*), a interpretação (*subtilitas explicandi*) e a aplicação (*subtilitas applicandi*). Pois bem, na visada de Gadamer, trata-se de uma diferenciação impossível, haja vista que quando se compreende algo como um texto, por exemplo, isso só é possível mediante a sua aplicação a determinado contexto, marcado pela situação atual do intérprete. Daí a afirmação de que (CUNHA, 2015, p. 226):

Portanto, aquele modelo teórico que inspira a hermenêutica clássica se viu primeiramente abalado pela impossibilidade de dispensa de nossas pré-compreensões no processo interpretativo, haja vista que elas figuram verdadeiramente como condição de possibilidade de toda e qualquer compreensão; e, em segundo lugar, interpretar jamais será a reconstrução de uma inabalável mensagem histórica que nos é legada, mas “compreender e, com isso, ‘concretizar’ somente é possível com relação a um *problema concreto*. O intérprete tem que pôr em relação com o problema a norma que pretende entender, se quiser determinar o seu conteúdo correto aqui e agora” (HESSE, 1992, p. 42). Assim, não existe interpretação desvinculada de um problema concreto.

Toda essa digressão está voltada a confirmar a ideia de que a tarefa do juiz, na condição de intérprete dos textos normativos envolvidos na fundamentação das suas decisões, não conforma um ato voltado a puramente declarar um sentido *a priori*, constante intrinsecamente nesses textos, mas sempre se tratará de uma tarefa criativa, na medida em que reflete o resultado de uma fusão de horizontes, onde não apenas o texto vem a fala, mas também as pré-compreensões que caracterizam o horizonte do intérprete.

Não se trata da defesa de eventual criação independente, a marcar o ativismo, naquele sentido negativo que foi alhures determinado, pois se assim fosse, não haveria qualquer fusão,

mas mera imposição de um sentido construído à margem do próprio texto. O que se quer, em bases diversas daquelas propostas por Mauro Cappelletti, é ratificar o entendimento de que não há qualquer processo interpretativo asséptico, revelando-se a sentença um ato de criação normativa.

Talvez seja melhor substituir esse vocábulo, que tantas discussões provoca (muitas delas estéreis), pela noção de concretização. Seria essa o processo de aplicação de determinado texto normativo a certo problema da vida que se erige como questão submetida à apreciação judicial.

Essa aparente abertura que se põe ao julgador não deveria causar estranheza, haja vista que se trata de um fenômeno reiteradamente constatado no âmbito do Direito. Na práxis judiciária, sobretudo no campo da hermenêutica constitucional, não raro, a Constituição experimenta alterações de sentido ao longo da sua existência, sem que se tenha constatada qualquer modificação no seu texto. A esse fenômeno se denomina *mutação constitucional*. Assim, embora a Constituição tenha vocação de permanência, elas não são eternas ou imutáveis, uma vez que “uma geração não pode submeter a outra a seus desígnios” (BARROSO, 2009, p. 122), sujeitando-se a processos ordinários de alteração, aptos a promoverem alterações pontuais, através de emendas, ou mais significativas, através de reformas. A despeito desses processos formalmente previstos na própria Carta, ela também pode modificar-se de modo não formalmente declarado, tal como ocorre precisamente na hipótese da mutação.

O aspecto concretista da interpretação constitucional é propício ao fenômeno estudado, pois ajuda a diluir a constante tensão entre norma e facticidade. Nesse sentido (BARROSO, 2009, p. 124):

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade.

A alteração de sentido que a mutação constitucional proporciona também pode ser vista sob o fundamento da distinção feita mais acima entre o programa da norma e o âmbito

normativo. Assim, ainda que o texto permaneça intacto, a variação desse último pode gerar modificações semânticas, tal como esclarecido adiante (CUNHA, 2015, p. 227):

Essa estrutura dúplice deixa saliente o fato de que, mesmo diante da invariabilidade do texto da norma, se experimentamos mudanças no âmbito normativo, elas repercutirão no ato interpretativo, viabilizando mutações semânticas que o intérprete deve considerar, posto que também esse quadro fático é parte integrante da norma interpretada. No âmbito das normas constitucionais esse fenômeno é bem conhecido, sendo ele denominado de mutação constitucional.

Finalmente, essa bipolaridade que marca o fenômeno compreensivo pode ainda justificar-se com base em parâmetros estruturais da linguística, mais precisamente na distinção entre sincronia e diacronia; significante e significado; e na dialética entre língua e fala.

Em seu Curso de Linguística Geral, Ferdinand Saussure estabelece essa série de pares como um reflexo, de certa forma, relacionado aos aspectos individual e social da nossa própria existência. Por isso ele assevera que “a linguagem tem um lado individual e um lado social, sendo impossível conceber um sem o outro” (SAUSSURE, 2004, p. 16). Trata-se de duas visadas diretamente inter-relacionadas, que conforma o aspecto dinâmico da linguagem, daí a sua afirmação de que “a cada instante, a linguagem implica ao mesmo tempo um sistema estabelecido e uma evolução: a cada instante ela é um produto atual e uma instituição do passado” (SAUSSURE, 2004, p. 16).

Feita essa advertência inicial, passa-se ao primeiro par anunciado. A língua é concebida sob três aspectos pelo mestre de Genebra. Em primeiro lugar, como um acervo linguístico, é ela uma realidade psíquica composto de significados e imagens acústicas. Valendo-se de constantes analogias, Saussure a compara a um conjunto de sinais registrados em cada cérebro individualmente considerado, a exemplo de exemplares de um dicionário distribuídos entre seus usuários, um conteúdo que está em presente em todos, mas que é inicialmente independente de cada um deles. Portanto, sob tal visada, ela é um conjunto de hábitos linguísticos que habilitam alguém a compreender e fazer-se compreendido.

Todavia, a língua também pode ser visada como uma instituição social, no sentido de um conjunto de convenções necessariamente adotadas pelo corpo social para viabilizar o exercício da faculdade da linguagem entre os indivíduos.

Finalmente, a língua seria também uma realidade sistemática e funcional, vale dizer, um sistema de signos que permite exprimir ideias.

Por sua vez, a palavra é um ato individual. Trata-se da própria manifestação da língua pelo seu uso, mediante a articulação dos elementos do código da língua, levada a efeito por cada indivíduo, a fim de exprimir-se. É o lado executivo da linguagem. “A *parole* é a própria língua em ação, *energeia* (atividade) e não *érgon* (produto)” (CARVALHO, 2013, p. 12). Assim, tem-se na linguagem a conciliação entre um fato social – a língua – e um fato individual, a fala. Trata-se verdadeiramente de uma visada conciliatória por caracterizar um fenômeno incindível, haja vista que “a língua é necessária para que a fala seja inteligível e produza todos os seus efeitos; mas esta é necessária para que a língua se estabeleça” (SAUSSURE, 2004, p. 27). Ademais, como a língua reflete certas convenções linguísticas formadas pelo hábito, a fala exercerá um papel relevante na própria evolução daquela, na medida em que o seu reiterado uso pode fomentar alterações sistemáticas.

Em breve essas estruturas bipolares serão apropriadas, com a devida adaptação, no âmbito do Direito. Por ora, segue-se a sua apresentação. Além dessa distinção entre língua e fala, a sua interação no campo epistêmico pode ser estudada a partir da diferença entre as abordagens sincrônica e diacrônica. A sincronia diz respeito aos aspectos da língua enquanto leis que a regem em um determinado momento histórico, portanto, trata-se de um aspecto estático da linguística. A própria descrição do sistema da língua em um determinado momento seria um a metalinguagem que a expõe sob esse ponto de vista.

Por outro lado, a diacronia reflete o que há de dinâmico na língua, como o o estudo do conjunto de fatos que acabam por impulsionar a sua alteração no tempo, mediante a assimilação de atos individuais de fala, os quais, devidamente acatados pela comunidade linguística, incorporam-se ao acervo individual que a tradição proporciona.

Por isso é que os fatos sincrônicos, como expressão do sistema da língua, ostentam certa regularidade; ao passo que os diacrônicos são sempre particulares.

Daí não decorre que essas visadas se excluam mutuamente, pois encerram visadas distintas de um fenômeno complexo. Realmente, mais acima foi dito que entre língua e fala há uma interação dinâmica, na media em que a primeira determina as regras de uso, mas é esse que por inovações pontuais que se reiteram, quando acatadas pela comunidade linguística em que ocorrem, acabam por interferir naquele sistema, modificando-o. Pois bem, a visada sincrônica descreve o sistema da língua em um determinado momento, mas episodicamente alguns fatos linguísticos (relacionados à fala), podem diacronicamente interferir na língua. Isso significa que “tudo quanto seja diacrônico na língua não o é senão pela fala” (SAUSSURE, 2004, p. 115).

Em síntese (SAUSSURE, 2004, p. 116):

A linguística sincrônica se ocupará das relações lógicas e psicológicas que unem os termos coexistentes e que formam sistemas, tais como são percebidos pela consciência coletiva. **A linguística diacrônica** estudará, ao contrário, as relações que unem termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si. (grifou-se)

Finalmente, no âmbito da teoria do signo, Saussure o considera a união entre o conceito e a imagem acústica, uma entidade psíquica de duas faces. Antes de tudo, é preciso não identificar essa combinação com aquela entre coisa e palavra. O que ele denomina por imagem acústica nada mais é do que a impressão psíquica derivada do som emitido quando se pronuncia uma palavra, uma imagem sensorial daí derivada.

Essa entidade dúplice pode ser subsistir enquanto a união do significante a um significado. Este representando aquela “imagem acústica”; ao passo que aquele, o conceito. Em resumo (CARVALHO, 2013, p. 48-49):

“sentido” é a mesma coisa que *conceito* ou *ideia*, isto é, a representação mental de um objeto ou realidade social em que nos situamos, representação essa condicionada, plasmada pela formação sócio-cultural que nos cerca desde o berço. Em outras palavras, para Saussure, conceito é sinônimo de significado, algo como a parte espiritual da palavra, sua contraparte inteligível em oposição ao significante, que é a sua parte sensível.

Esses dois elementos estão reciprocamente ligados pela ideia de signo, de tal forma que quando alguém recebe a “imagem acústica“ decorrente do significante /taksi/, essa imagem acústica remete ao signo “táxi”, significante que, por sua vez, evoca a ideia de veículo, transporte, condução etc. Daí a afirmação de que o significante é a parte sensível, perceptível, do signo; ao passo que o significado, a sua parte inteligível. Em uma metáfora mais compreensível, “o mesmo significado número ‘dois’ (que é uma ideia) pode ser expresso por diversos significantes, orais e textuais, tais como: 2, *zwei*. II, *two*, *dos*” (ADEODATO, 2010, p. 227-228). Inversamente, também é possível que um mesmo significante nos remeta a múltiplos significados, caso típico da ambiguidade, presente, por exemplo, em “mesa”, cujo significado pode ser tanto o suporte para o apoio da refeição, o próprio conteúdo que se apoia nela (“a mesa farta de natal”, por exemplo), ou ainda a “Mesa do Congresso Nacional”, como órgão daquela instituição.

Já se destacou a importância dos conceitos de língua e fala, bem como os de sincronia e diacronia, não apenas para a semiótica, mas para todo campo em que possam ser aplicados

analogicamente no estudo de qualquer sistema dinâmico (GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI, 1985, p. 25). É o que se fará no âmbito do Direito.

A primeira analogia pode ser estabelecida entre os binômios *significante e significado*, de um lado; e *texto normativo e norma jurídica*, de outro. O ordenamento jurídico é formado pelo conjunto de fontes do Direito de que se vale o jurista para justificar as suas posições. Tomando-se por base a atividade do juiz, quando lhe é submetida uma questão para decidir, ele deverá buscar no ordenamento as fontes pertinentes e ao interpretá-las quando da sua aplicação ao caso concreto, dessa prática de atribuição e sentido resultará a norma jurídica. Portanto, o texto normativo funciona ao modo de um substrato para o sentido, mas com ele não significa. Para utilizar a estrutura dual da linguística, esse texto seria o *significante*, cujo *significado* seria a norma jurídica decorrente da sua interpretação, quando da aplicação a um contexto prático determinado. Nesse sentido (ADEODATO, 2010, p. 227):

O ordenamento jurídico é um dado empírico e normas jurídicas não dados empíricos. Ele compõe-se de fontes do direito, para manter a metáfora milenar dos romanos, positivadas, ou seja, postas previamente, e não de normas. Falando em termos de semiótica contemporânea, as fontes do direito são *significantes*, enquanto as normas jurídicas são *significados*, cujos alcance e sentido só se podem determinar diante do caso concreto. As fontes são textos (podem também ser gestos ou palavras oralmente pronunciadas) que procuram expressar, significar, simbolizar normas jurídicas. O ordenamento jurídico é o conjunto dessas fontes; apenas em um sentido metafórico, metonímico e impreciso pode-se dizer que compõe-se de normas.

Com relação ao binômio *língua e fala*, o mesmo *símile* pode ser estabelecido, por analogia, com a relação entre *lei (em sentido lato) e decisão*, ou, para manter a linha discursiva, entre *texto e norma*. O conjunto de fontes que compõe o ordenamento leva consigo a pretensão de sistematicidade. Não faz sentido imaginar que esse conjunto possa, por exemplo, determinar como obrigatória determinada conduta e simultaneamente proibi-la! Trata-se de um “excesso normativo” que quebra o ideal de coerência que preside a noção de sistema. Portanto, a despeito das críticas que se podem estabelecer a essa visada, é possível identificar esse conjunto como, ao menos, tendo a pretensão sistemática.

Pois bem, esse sistema textual de regras (texto normativo) poderia exercer o papel que, no âmbito da semiótica, está identificado na *língua*. Todavia, quando posto em ação, ao ser aplicado a determinado caso concreto, emergiria do seu estado potencial para exteriorizar-se como um ato, a exemplo do ato de fala.

O *significativo* nesta analogia é o fato de que esses usos que são feitos dos textos podem acabar por interferir na sua própria estrutura sistemática. Assim como na interação

dialética entre língua e fala, o par “lei vs. decisão” também interage reciprocamente, na medida em que o juiz, ao pretender sentenciar um caso validamente, tem o ônus de justificar a sua decisão, justificando essa que espera-se seja feita com base no arsenal de fontes de que dispõe (obviamente não apenas da lei). Ou seja, assim como a fala deve orientar-se pelo sistema que conforma a língua, a decisão deve também justificar-se pelo sistema de fontes do Direito.

Entretanto, também como a linguística diacrônica responde pela dinâmica da língua, a diacronia no Direito também responderá pela sua mutação histórica. Os atos individuais de que depende essa variância episódica pode ter a sua origem não apenas nas transições legislativas formalmente introduzidas no sistema, mas também nos movimentos sociais que pressionam a sua eficácia (contra ou a favor), hipótese a que se deu o nome de validade social, assim como pelo próprio influxo da jurisprudência, como sequência de atos decisórios singulares que vão se repetindo no tempo e acabam por introduzir sentidos novos (novos significados) para os próprios significantes normativos.

Ou seja, todo esse suporte da semiótica se apresenta como um reforço da tese de que os atos judiciais típicos não são simplesmente a enunciação de um conteúdo prévio disponibilizado aos juízes, realçando o seu papel criativo do Direito. Aliás, papel que já era realçado inclusive no formalismo de Kelsen.

Para ele, aplicação e criação seriam termos correlacionados, e isso não apenas no ato judicial típico, mas também no de produção legislativa, bem como nos atos administrativos. Quando o legislador produz uma lei, ele o faz aplicando a Constituição. Da mesma forma, quando o juiz sentencia, ele assim constitui uma nova situação jurídica para as partes, instituindo uma norma que regula o caso concreto, contudo, nesse papel criativo está ínsito o ato de aplicação da lei e da Constituição. Essa impossibilidade de cisão dos dois conceitos é assim explicitada (KELSEN, 1998, p. 164):

A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. E desafortunado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite - a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo - entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior [...] Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas.

Decerto que, como já esboçado mais acima, a noção de criação deve ser bem determinada, a fim de evitar disputas desnecessárias. A despeito de muito difundida, a ideia de criação como o ato de fazer surgir algo a partir do nada, não se pode assumir esse sentido quando aqui se defende a atividade criativa do juiz. Como assevera Francisco Laporta (LAPORTA, 2007), aquela ideia aflora quando se afirma, por exemplo, que o homem é um ato de criação divina, ou ainda quando vem aplicada à termodinâmica, ao afirmar o princípio da conservação da energia.

Se a ideia de criação jurídica fosse levada tão longe ter-se-ia, ao menos, dois problemas graves no Direito. Em primeiro lugar, se a norma aplicável for um ato criado *ex nihilo* pelo juiz quando da resolução de um problema, então a regra necessariamente estaria produzindo efeitos retroativos, ferindo assim um postulado básico que preside a ideia de segurança jurídica, qual seja, a de que normas e regras jurídicas devem ser aplicadas para o futuro, regulam ações futuras, permitindo antecipar um comportamento que se espera de alguém para uma boa convivência social. Em segundo lugar, o próprio juiz não estaria submetido a qualquer regra para balizar a sua decisão, afastando-se assim a própria possibilidade de justificá-la juridicamente.

Uma concepção de criação judicial tão radical não é confirmada pela própria linguagem do Direito. Quando uma parte vai a Juízo postular algo, exigindo uma pretensão, ela não pede ao juiz que crie um direito para ela, mas que o reconheça.

Por isso, a ideia de ato criativo somente pode estar associada a um sentido fraco de criação, como aquele decorrente do próprio ato de aplicação do Direito. Fica assim apenas destacado, e também justificado, que esse ato hermenêutico de aplicação (ou de concretização normativa) jamais será uma pura e simples reprodução de um sentido imanente nos textos legislativos, desvelado pelo juiz através de algum procedimento asséptico. Ao contrário, trata-se de um ato que revela sempre uma dimensão criativa, embora, exatamente porque algo é aplicado aí, não se trate de uma criação *ex nihilo*.

Como já anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma vez fixada assim a natureza criativa do ato judicial, e assim dando-se por ultrapassado o paradigma formalista, pelo qual a sentença seria um ato meramente reprodutivo de um conteúdo dado *a priori* ao juiz, surge imediatamente a preocupação com os limites que devem balizar esse papel criativo, sob pena de abrirem-se

espaços de discricionariedade judicial, os quais, estão diretamente relacionados à questão do ativismo.

Como visto, enquanto uma atividade de concretização normativa, a interpretação exige, em algum grau, certo espaço criativo, determinante do sentido da norma estabelecida para regular o caso concreto pelo juiz. A questão reside na determinação dos limites desse “âmbito de normalidade”, que demarca o limiar da atividade discricionária.

Antes de esboçar alguns parâmetros que se reputam úteis a tal tarefa, impõe-se a determinação semântica da expressão “discricionariedade judicial”. É o que se fará no próximo subitem.

4.2 Discricionariedade judicial

A afirmação de que uma determinada decisão judicial ostenta marcas de ativismo judicial, em geral, está relacionada à sua não sujeição a qualquer regra ou princípio normativo integrante do ordenamento jurídico. Isso revela uma grande amplitude de liberdade no espaço decisório atribuído aos magistrados, ou não atribuído, mas que ele supõe existir. De qualquer forma, esses espaços de liberdade tocam diretamente a questão da discricionariedade judicial.

Positivistas afirmam que os juízes a detêm. Tome-se o exemplo de Kelsen, para quem a interpretação jurídica comporta um ato de conhecimento, seguido de um ato escolha. Os textos normativos não ostentariam um sentido unívoco, capaz de determinar em um único caminho a solução para o problema submetido à apreciação judicial. Na verdade, o ato de conhecimento que inaugura o processo interpretativo começaria por delimitar um espaço de liberdade proporcionado por aquele texto, ao qual o mestre de Viena denominou de “moldura normativa”. As suas bordas delimitam um campo de possibilidades ao intérprete, cabendo a ele, na segunda fase, escolher a decisão que reputa mais ajustada ao caso, dentre aquelas que cabem na moldura. Aqui não teria importância para o Direito a opção por uma ou outra dentre as possíveis, já que qualquer uma delas seria válida.

Esse quadro revelaria então que o magistrado detém discricionariedade judicial.

Outro positivista jurídico declarado é Hart, para quem a textura aberta da linguagem acabaria por propiciar o surgimento de situações em que a regra aplicável ao caso não traduziria um resultado simples acerca de qual seria a resposta correta para resolvê-lo. Decerto que há situações em que a sua solução é clara, mas, por outro lado, em muitos outros o juiz se depararia como uma zona de penumbra que lhe proporcionaria um espaço

discricionário para determinar a decisão mais ajustada ao problema a resolver. Nesse sentido, conclui o jurista (HART, 1994, p. 134):

Todas as regras envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, considerando tudo aquilo que nós aceitamos chamar uma regra, é possível distinguir casos centrais nítidos em que se aplica certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais. Tal atribui a todas as regras uma orla de imprecisão, ou uma «textura aberta» [...]

Em um ou outro caso, surge o fantasma da discricionariedade como um inconveniente espaço de liberdade que comprometeria o ideal de previsibilidade do Direito e, conseqüentemente, de segurança jurídica. Novamente se estaria diante da possibilidade de o juiz estabelecer uma regra *ex post facto*, atribuindo-lhe efeitos retroativos.

De toda sorte, o que importa é que, apesar do uso constante, como foi anunciado ao final do subitem anterior, não se tem determinado com precisão em que sentido o termo “discricionariedade” é empregado, mas tão somente uma vaga noção acerca do que está em jogo, ou seja, que classe de coisas interfere no seu uso. Com isso quer-se dizer que ao usar a expressão “discricionariedade judicial”, aí estão relacionadas expressões como “liberdade de julgamento”, “ausência de vinculação normativa”, decisão em “última instância” etc. Ocorre que isso não é o bastante para o adequado uso de uma linguagem técnica.

A fim de evitar pseudodesacordos entre os juristas, impõe-se uma determinação mais precisa do seu campo semântico, sendo exatamente o que se propõe a fazer agora.

Ronald Dworkin estabelece que o termo “discricionariedade” pode ser interpretado em três sentidos distintos, sendo que dois deles fracos e um forte. Antes de explorá-los, faz a ressalva de que o seu emprego somente tem algum sentido em contextos em que alguém é levado a tomar alguma decisão, vinculando-se a algum padrão determinado por uma autoridade. “Discricionariedade, como o buraco em um *donut*, não existe senão como uma área deixada aberta por uma faixa de restrição circundante”⁴⁴ (DWORKIN, 1978, p. 31).

Fixada essa premissa, em sua versão fraca, a discricionariedade seria vista como a liberdade atribuída a quem é encarregado de uma decisão, no sentido de que os parâmetros fixados para chegar a ela não a definem de forma peremptória, em virtude da sua vagueza, por exemplo. De uma forma mais ampla, esse primeiro sentido de discricionariedade ocorreria

⁴⁴ Traduziu-se. Eis o texto original: “Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept”.

quando aqueles padrões de referência devem ser aplicados, mas não o podem ser mecanicamente, exigindo o uso da capacidade de julgamento da autoridade a que se destinam. O exemplo de que se vale Dworkin é o da ordem dada pelo tenente ao sargento, para que leve em uma patrulha os seus cinco homens mais experientes. Nesse caso, não se tem ao certo que parâmetros poderiam servir de critério para qualificar a experiência dos militares (DWORKIN, 1999, p. 32).

Ainda em um sentido fraco de discricionariedade, pode ela referir-se ao fato de um funcionário ter a autoridade para decidir em última instância, razão pela qual, se descabida a revisão da decisão, diz-se (equivocadamente) que a autoridade detém um poder discricionário para decidir.

Finalmente, um terceiro sentido para “discricionariedade”, o sentido forte, seria aquele em que a autoridade encarregada da decisão não estaria submetida a padrões de controle, ainda que vagos. Retornando ao exemplo da ordem dada pelo tenente ao sargento, se ela fosse novamente formulada, desta vez para determinar que ele escolhesse cinco homens para a patrulha, já não haveria um parâmetro de controle para a sua escolha. Isso não significa que a sua decisão não possa ser criticada. Dworkin assinala que em quase todas as situações em que alguém age, certos padrões de racionalidade e equidade são esperados, razão pela qual, no exemplo dado, poder-se-ia criticar o sargento por uma escolha estúpida ou negligente, mas não se poderia afirmar que ele descumpriu a ordem que lhe foi dada, tal como ocorreria na hipótese de ter selecionado os piores homens do batalhão para a patrulha, quando a determinação tenha sido para escolher os melhores (discricionariedade em sentido fraco). Ou seja (DWORKIN, 1978, p. 33)⁴⁵,

A discricionariedade de um funcionário não significa que ele seja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas somente que a sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que nós temos em mente quando colocamos a questão da discricionariedade [...] Alguém que tenha discricionariedade neste terceiro sentido pode ser criticado, mas não por ser desobediente [...]

No âmbito da decisão judicial, pode-se pensar que em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, associado ao fato de que na estrutura dos tribunais, em algum momento se teria uma decisão final partindo de algum dos seus órgãos, em algum momento a

⁴⁵ Traduziu-se. Eis o texto original: “An official’s discretion means not that he is free to decide without recourse to standards of sense and fairness, but only that his decision is not controlled by a standard furnished by the particular authority we have in mind when we raise the question of discretion [...] Someone who has discretion in this third sense can be criticized, but not for being disobedient [...]”.

decisão, certa ou errada, seria aquilo que o tribunal encarregado de dar a última palavra viesse a afirmar sobre a questão. É o segundo sentido de discricionariedade a que alude Dworkin. Essa percepção é equivocada, na medida em que, ainda que formulada em última instância, a decisão está sujeita a certos padrões de correção, não se tratando de uma simples escolha atribuída à Corte.

Essa distinção entre decisão e escolha é oportuna. Pode-se escolher uma profissão em um determinado momento da vida. Alguém pode optar por ser médico ou advogado, ou ainda engenheiro. Pode-se arrepender futuramente da opção feita, assim como ela pode ser recriminada por familiares quando, por exemplo, não se tenha como parâmetro o seu eventual resultado remuneratório, mas não se pode dizer que a escolha desobedeceu a uma regra que a presidia, pelo simples fato de que ela não existe. O espaço de liberdade aí é pleno.

Por outro lado, com a decisão, o esquema que a preside é outro, haja vista que quem decide está vinculado a certa regra ou padrão que deve orientá-lo. Por exemplo, se a Constituição determina a aposentadoria compulsória de servidores públicos quando alcancem a idade de setenta e cinco anos, na hipótese de alguém tê-la atingido e continuar normalmente no exercício das suas funções, pode-se reconhecer na omissão da autoridade competente pela sua aposentação um erro ou desobediência.

Nesse sentido (STRECK, 2013, p. 97):

[...] é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada*. Com efeito, *decidir não é sinônimo de escolher*. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Ora, a decisão se dá, *não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* [...]

Retornando à questão posta, o fato de haver uma decisão da qual não caiba mais recurso, não significa que ela possa ser assimilada a uma escolha do julgador, haja vista que, ainda que sejam descabidos quaisquer recursos, quem decide está vinculado a certos padrões ou regras que permitem aferir a sua correção ou não. Que a regra assim concretizada possa sustentar-se e produzir efeitos jurídicos, ainda que errada, essa é outra questão. O que

interessa é destacar que há parâmetros de controle que viabilizem um juízo de valor acerca do que restou decidido⁴⁶.

Portanto, é melhor destacar esse sentido fraco de discricionariedade do âmbito do próprio conceito.

Por outro lado, bem se poderia sustentar que a textura aberta dos textos normativos abrem espaços discricionários aos tribunais (primeiro sentido apontado por Dworkin). À toda evidência que se está diante de um fenômeno ordinário. Por inúmeras vezes já se fez referência aqui à impossibilidade de visualizar a tarefa decisória do juiz como um ato mecânico, puramente reprodutor de um conteúdo que lhe seria supostamente dado *a priori* (antes de qualquer experiência concreta). Como visto, é da essência da sua atividade a concretização, ou seja, no modo ordinário de sua atuação, o juiz aplica preceitos normativos a que está vinculado ao decidir, momento em que o sentido dos seus textos são desvelados na aplicação das regras e princípios do sistema.

Portanto, melhor que seja reservado ao termo aquele sentido forte a que aludiu Dworkin, assinalando os casos em que a decisão não se vê constrangida por algum padrão normativo que permita sindicá-la, atribuindo-lhe um parâmetro referencial de correção. Nesses casos, por óbvio, a decisão seria guiada não por referenciais jurídicos, mas por questões, dentre outras, de ordem moral, religiosa, política ou até mesmo astrológicas⁴⁷.

Essa não seria uma opção crível, pois no sistema jurídico brasileiro, a exigência de que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (CRFB/88, art. 93, IX) é uma garantia do jurisdicionado. E justificar ou fundamentar uma decisão não é a mesma coisa que simplesmente expor os motivos pelos quais a decisão foi tomada em certo viés e não em outro⁴⁸. A justificação há que ser racional e valendo-se de regras e padrões jurídicos de conformação.

⁴⁶ Lenio Streck defende que mesmo no caso de decisões proferidas em última instância, ainda que inegavelmente devam ser obedecidas, podem (e devem) sofrer constrangimentos epistemológicos ou censuras doutrinárias, reconhecendo inclusive como sendo esse um dos papéis reconhecidos aos doutrinadores em um Estado Democrático de Direito (STRECK, 2013, p. 99).

⁴⁷ Evidentemente que algum parâmetro há que guiar a decisão, sob pena de nem mesmo como tal poder ser considerada, mas apenas uma simples escolha dentre várias opções que são absolutamente indiferentes, nos termos da distinção mais acima feita.

⁴⁸ Mais adiante o tema será abordado mais detidamente.

Portanto, não se pode admitir a discricionariedade judicial em sentido forte, ou a própria discricionariedade pura e simplesmente, se doravante o sentido a ela endereçado for apenas esse.

Porém, como o uso do termo se dá com múltiplos sentidos, há quem aceite o seu uso para denotar situações em que se depara com um índice de indeterminação do Direito, tal quando se reconhece a “textura aberta” da linguagem (primeiro sentido visto acima), ou ainda quando se está diante de casos difíceis (*hard cases*), o que, aliás, pode decorrer dessa própria abertura, ou ainda quando se está diante de enunciados derrotáveis. Nessas situações, um órgão encarregado de adotar uma decisão teria liberdade para eleger uma dentre várias alternativas possíveis.

A discricionariedade assim concebida poderia então ser explícita ou implícita. No primeiro caso decorreria de uma espécie de delegação legislativa, em que não se encontra no ordenamento jurídico precisamente qual dentre as alternativas seria a aplicável ao caso, pois apenas um marco genérico e impreciso é estabelecido para balizar a decisão. É o que ocorre quando no regime jurídico dos servidores públicos o legislador estabelece que a aplicação de penalidades funcionais deve ser balizada pela “natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (Lei. 8.112/90, art. 128). Entretanto, o referido diploma legal não identifica as circunstâncias agravantes e atenuantes. Da mesma forma, em seu art. 130, ao estabelecer que a suspensão pode dar-se por até noventa dias, não aponta qualquer critério específico para a sua dosimetria, senão aqueles genéricos antes mencionados.

Por outro lado, a discricionariedade seria implícita quando a decisão não puder basear-se em algum critério jurídico explicitamente determinado com precisão, como ocorre, por exemplo, na hipótese de tais critérios estarem vinculados a conceitos vagos ou ambíguos, ou mesmo quando deliberadamente o legislador recorrer a conceitos jurídicos indeterminados para estabelecer o padrão vinculante da decisão. Nessas hipóteses, assume-se que se trata de uma delegação normativa ao órgão judicial (LAPORTA, 2007, p. 207). Ainda baseando-se no regime jurídico dos servidores, a lista de deveres nela contemplados contém alguns extremamente indeterminados, como por exemplo, “ser leal às instituições a que servir” (art. 116, II) ou “manter conduta compatível com a moralidade administrativa” (art. 116, IX), servindo como exemplo dessa discricionariedade que ora é apresentada.

Também no âmbito da discricionariedade implícita se enquadram os casos em que se constata lacunas normativas ou antinomias.

As antinomias consistem na

oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. (JR., 1994)⁴⁹

Portanto, basicamente haveria antinomia quando se estivesse diante de uma incompatibilidade entre os comandos expressos em duas normas distintas pertencentes ao mesmo sistema normativo, de tal forma que a obediência a uma delas implicaria a violação à outra. Se houver uma metarregra do sistema capaz de solucionar o conflito, o juiz não estaria propriamente diante de uma antinomia⁵⁰, ou, quando muito, de uma “antinomia aparente”. É o que ocorre quando se adota o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) ou o temporal (*lex posterior derogat priori*) para resolver o conflito.

Daí a afirmação de que para a configuração de “uma real antinomia são imprescindíveis três elementos: incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão” (DINIZ, 2009, p. 484).

Portanto, a ideia é que se há um conflito normativo e o ordenamento não contempla algum critério para a sua solução (indecidibilidade), estando o juiz obrigado a decidir o caso regulado pelas normas contraditórias, deve-se reconhecer a ele um espaço discricionário para poder desempenhar a sua função. Trata-se de uma situação complicada, pois se o juiz deve motivar a sua decisão por uma pauta normativa oferecida pelo ordenamento, mas ele não a oferece, então surgiria um espaço de liberdade que conformaria a ideia de discricionariedade.

Quanto às lacunas, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O dispositivo é esclarecedor. Inicialmente, é um testemunho legislativo da incompletude do ordenamento (ao menos se entendido como conjunto sistemático de leis), uma vez que admite a existência de lacunas; e por último, expressa a vedação ao *non liquet*, ou seja, mesmo diante dessa insuficiência normativa, ao juiz

⁴⁹ A justificativa detalhada para a inclusão dos elementos conceituais e a sua explicação pode ser vista em FERRAZ JR., 1994, p. 205-211.

⁵⁰ A menos que o conflito se estabeleça também entre as próprias metarregras de solução.

é vedado escusar-se de decidir. Tal vedação é confirmada expressamente pelo art. 140 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Portanto, se não há lei que regule o caso e se ainda assim o juiz é obrigado a decidi-lo, ele então terá liberdade para eleger a sua solução, ostentando discricionariedade implícita.

Esclarece-se que não se está aqui expressamente assumindo a correção dessas tese, mas tão somente apresentando uma compilação dos diversos sentidos que consagram o uso da expressão “discricionariedade judicial”. Desde logo importa assinalar que a existência de uma lacuna ou antinomia na lei não significa que ao juiz seja conferido algum traço de delegação legislativa, autorizando-o a decidir por criação própria, sem qualquer baliza, o caso submetido à sua apreciação. Na verdade, não se inaugura aí uma escolha, no sentido visto acima, mas continua sendo uma decisão, portanto, vinculada a parâmetros normativos que permitem o seu controle. A própria Lei Geral de Normas do Direito Brasileiro, sinaliza isso no referido art. 4.º, indicando as fontes “subsidiárias” de que o juiz pode dispor para livrar-se do seu dever, como por exemplo, o recurso aos princípios.

De qualquer forma, fica aí a distinção entre discricionariedade explícita ou implícita.

Não se quer estabelecer uma crítica acerca de qual das classificações deve ser a correta ou verdadeira, pretensão, aliás, completamente infundada, pois desconsidera o caráter estipulativo das definições. Como visto mais acima, o problema das definições reais remete a um essencialismo metafísico incompatível com a virada linguística. Definições podem ser úteis ou inúteis, complicar ou bem ordenar as coisas.

Partindo-se dessa premissa, trata-se neste trabalho de eleger aqueles sentidos denotativos para os termos-chave utilizados, a fim de que desacordos estéreis e desnecessários não se estabeleçam.

Assim, com relação ao conceito de discricionariedade judicial será adotado apenas aquele em sentido forte a que se referia a terceira concepção apresentada por Ronald Dworkin, vale dizer, quando o juiz, obrigado a decidir uma questão, não encontra uma pauta normativa qualquer no ordenamento jurídico que possa balizar a sua atuação.

Ora, se a decisão necessariamente deve estar vinculada a um parâmetro que a constranja em algum sentido, e se as decisões judiciais devem sempre ser motivadas, no sentido de serem fundamentadas juridicamente, essas pautas decisórias que lhe servirão de substrato devem ser buscadas no próprio ordenamento jurídico, deve haver uma justificação

jurídica para a decisão. Se as coisas ocorrem dessa forma, tal como aqui se defende, então não se pode reconhecer a possibilidade de existência de discricionariedade judicial.

Isso não significa que seja vedado o papel criativo do juiz na aplicação do Direito, mas tão somente que essa criação jamais será a atribuição de uma nova norma *ex nihilo*.

Que dizer então daqueles casos difíceis, em que parece não haver essa pauta balizadora da decisão? E ainda, entre esses, como o juiz se desincumbiria da sua função decisória nos denominados “casos dramáticos”, em que parece mais estar relacionado a um conflito severo de natureza moral? Pior ainda, como detectar a situação em que o juiz, valendo-se dessa aparente abertura que o sistema lhe proporciona, recorre a padrões políticos para fundamentar a sua decisão?

Tais serão os temas que serão abordados nos próximos itens.

5 CAMINHOS PARA UM EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO

As considerações feitas nos itens anteriores demonstram que a sociedade contemporânea experimenta transformações cada vez mais intensas e rápidas, o que acaba por conduzir os Estados a adaptações nas suas estruturas políticas e democráticas. Já não basta a simples referência ao sistema representativo para justificar qualquer produto legislativo, pois a par dos mecanismos diretos de participação popular (iniciativa popular, referendo e plebiscito), também são comuns as audiências públicas nos próprios processos legislativos, as consultas *on line* acerca de algum projeto de lei, antes da sua apreciação pelas casas legislativas etc.

Esse nível de participação também se dá no âmbito do controle da Administração Pública, inicialmente pela exigência de publicidade para os seus atos (CRFB/88, art. 37) e, ademais, pela previsão da participação do usuário de serviços públicos na administração pública direta e indireta, na forma da lei, a qual deve disciplinar especialmente: a) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; b) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; e c) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública (CRFB/88, art. 37, §3.º).

Essa participação também se amplia pela abertura de mecanismos de provocação de órgãos de controle externo da Administração Pública. É o que se reflete na atribuição constitucional de legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato

para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (CRFB, art. 70, §2.º).

Da mesma forma, a expansão da atuação do Poder Judiciário, com a ampliação do rol de legitimados para deflagrar o processo de controle de constitucionalidade, que inclusive pode referir-se às omissões legislativas, a inauguração de novos instrumentos de controle (incluindo os de natureza coletiva) etc., tudo isso tem levado a uma maior participação do Judiciário nos processos políticos estatais.

Esse tema já foi detidamente abordado nos itens precedentes e dispensa a sua extensão agora.

Paralelamente a esse processo, justificou-se mais acima a natureza criativa da atividade decisória dos juízes (item 3.1). A questão que decorre desse contexto reside em saber se com essa expansão e reconhecimento da sua função criativa, o Judiciário não estaria modelando a sua atividade na forma própria da atividade política desenvolvida pelos parlamentos, ou, em uma visada mais restrita, se a “criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador” (CAPPELLETTI, 1993, p. 73).

O inevitável papel criativo dos juízes não os identifica, necessariamente, com os legisladores, não os torna um deles. Para Mauro Cappelletti, embora substancialmente ambos exerçam uma função criativa no Direito, o procedimento pelo qual essa tarefa é conduzida difere. Para o jurista italiano, haveria três grandes marcas do processo judicial que ele qualifica como “virtudes passivas” dessa atuação (CAPPELLETTI, 1993).

A primeira delas estaria sintetizada na fórmula *nemo iudex in causa propria*. Essa primeira máxima determina a imparcialidade dos órgãos julgadores. Trata-se de uma marca distintiva do processo judicial, pois no âmbito legislativo, os parlamentares representam os segmentos da sociedade que os elegeu, sendo natural que as propostas legislativas por eles encaminhadas, assim como os votos que conduzem nas deliberações, estejam alinhados aos interesses das categorias representadas. Não há qualquer anormalidade nesse processo, nada que macule o seu resultado pelo simples fato de ver-se, desde o seu início, comprometido com ideais de classe.

Considerando que não há no nosso sistema a possibilidade de candidaturas apartidárias, haja vista a necessidade de filiação a algum partido para que se concorra a um cargo eletivo, importa reconhecer como uma das características conceituais dos partidos políticos a existência de um acervo de princípios e metas que o inspiram, assim como a ideia de preservação do poder. De fato,

O partido político, a nosso ver, é uma organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados. Ademais, o próprio conceito de partido político envolve a ideia de permanência no poder, e nele conservar-se para a realização dos fins propugnados. (BONAVIDES, 2000, p. 450)

Portanto, não surpreende que os integrantes eleitos de um partido sigam determinados princípios para a busca de fins propugnados, conservando-se fieis a eles na tentativa de manter-se no poder. Por isso mesmo, não se pode falar em imparcialidade no exercício da função legislativa, pois ela representa exatamente os projetos de vida das maiorias. Ao contrário, a atuação jurisdicional é contramajoritária, exatamente para coibir abusos que ofendam os direitos constitucionalmente consagrados às minorias e aos indivíduos. Exatamente por isso, faz sentido a afirmação de que a imparcialidade seja uma das grandes “virtudes passivas” do Judiciário.

A segunda característica da atuação jurisdicional estaria relacionada ao brocardo *audiatur et altera pars*, que demarca o caráter eminentemente contraditório do processo judicial. Trata-se de um imperativo de justiça, ao menos sob a visada discursiva, tal como o assevera Jürgen Habermas, ao erigir como princípio da sua ética do discurso que “só podem reclamar validade as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático” (HABERMAS, 1989, p. 116). Trata-se de um princípio moral inerente ao discurso, e que pode ser visto como correlacionado à exigência processual de que todos os possíveis afetados pela decisão judicial tenham a oportunidade de participar do debate que levará à sua conformação.

Aliás, essa característica do processo judicial é tão marcante, que serve de critério para diferenciá-lo como espécie do gênero procedimento. Enquanto este último demarca uma sequência encadeada de atos visando à prática de um ato final; aquele é uma modalidade de procedimento qualificada pela oportunidade de participação ampla de todos os que possam ser afetados, de alguma forma, pelo seu resultado. Nesse sentido:

[...] o “procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta [...] mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade reguladora por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”. Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “interessados” (aqueles que aspiram a emanação do ato final - “interessados” em

sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-los, ou seja, os “contra-interessados”) estejam sob plano de simétrica paridade, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”. (FAZZALARI, 2006, p. 93-94)

Resumindo, o processo é uma espécie de procedimento em que “em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Finalmente, a terceira máxima que singulariza o processo judicial é a que reflete o princípio da inércia (*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*). Portanto, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, o processo judicial, em regra, não pode ser iniciado *ex officio*⁵¹.

Portanto, para Mauro Cappelletti, a distinção essencial entre a atuação jurisdicional, de um lado, e a política e administrativa, de outro, não seria de natureza substancial, uma vez que tanto o legislador como o juiz, por exemplo, “criam direito”, mas essencialmente uma distinção quanto ao procedimento com que o fazem, matizado que é pelas três características acima descritas (CAPPELLETTI, 1993).

A despeito disso, o presente estudo é centrado em um caráter distintivo que parece ser mais significativo e originário do que os elencados pelo jurista italiano, qual seja, a diferença fundamental no modo de justificação das deliberações empreendidas pelo parlamento e aquelas conduzidas por juízes. Inclusive, é precisamente esse caráter distintivo que justifica as diferenças apontadas por Mauro Cappelletti, como se verá mais adiante.

5.1 Princípios jurídicos e políticas

Uma das questões que dominam o debate jurídico e político contemporâneo é a referente ao papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito. A questão está sobretudo relacionada ao papel das Cortes Constitucionais, embora não seja exclusivamente vinculada a elas, pois os juízes ordinários também interpretam a Constituição e podem negar a aplicação de leis que com ela colidam.

⁵¹ Essa característica tem sofrido alguma atenuação, mas nada que justifique a sua afirmação como regra da atuação jurisdicional. Dentre as exceções, destaca-se a possibilidade de os juízes do trabalho iniciarem *ex officio* as execuções das contribuições sociais decorrentes das suas sentenças (CRFB/88, art. 114, VIII).

Em torno do tema, pode-se questionar se cabe realmente aos juízes efetuar esse controle, ou se melhor seria atribuir tal função a outro órgão estatal, como o próprio Legislativo ou mesmo o Executivo. Não é para surpreender a colocação, haja vista que no âmbito do processo legislativo o projeto de lei passa pela análise da Comissão de Constituição e Justiça, exatamente para que tal controle prévio seja exercido. Da mesma forma, na fase final desse processo, cabe ao Chefe do Executivo sancionar ou vetar o projeto, nesse último caso, fundado na contrariedade ao interesse público ou exatamente na sua inconstitucionalidade.

Essa discussão se tornou célebre na disputa estabelecida entre Kelsen e Carl Schmitt, acerca de quem deveria exercer a função de guardião da Constituição, se ela deveria ser atribuída a uma Corte Constitucional ou ao chefe de Estado. Kelsen parece ter saído vitorioso nessa disputa, razão pela qual se limita aqui a estabelecer o seu argumento principal (KELSEN, 2003, p. 240):

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.

A questão pode ser posta em outros termos (DWORKIN, 1999, p. 443): que instituição tem autoridade para decidir o que a Constituição, devidamente interpretada, realmente exige? Trata-se de uma discussão que se tornou célebre no âmbito do direito norte-americano, notadamente no caso *Marbury vs. Madison*, onde se definiu que tal papel é atribuído à Suprema Corte daquele país. No caso do Brasil, a própria Constituição estabeleceu essa competência, atribuindo-a ao Supremo Tribunal Constitucional, nos termos do seu art. 102, I.

Considerando o caráter determinante da última palavra acerca de que é a Constituição, esse papel atribuído às cortes constitucionais pode também conduzir à questão acerca de quem deve conformá-la efetivamente, se juízes não eleitos e vitalícios, ou por legisladores democraticamente eleitos. Trata-se de encarar o tema sob outra ótica, a saber, a da aprovação (DWORKIN, 1999, p. 443).

Em função dessas questões, são erigidas posições diversas para justificar uma ação mais comedida das cortes constitucionais, no sentido da sua autocontenção permanente,

beirando a passividade; ou uma ação mais expansiva, de uma corte mais ativa, buscando a preservação de direitos fundamentais contra a regra da maioria.

Ronald Dworkin assinala que, no âmbito das teorias da decisão judicial, costuma-se atribuir um papel secundário à atividade jurisdicional, na medida em que “os juízes devem aplicar o direito que outras instituições elaboraram; eles não devem criar direito novo”⁵² (DWORKIN, 1975, p. 1058). Entretanto, o jurista norte-americano acertadamente conclui que se trata de uma posição ideal, mas que, por muitas razões, ela não pode ser inteiramente realizada na prática (DWORKIN, 1975, p. 1058). De fato, trata-se de uma constatação que já foi explorada mais acima, quando foi tratada a questão do papel criativo exercido pelos juízes.

Assim, reconhecendo esse papel criativo, ele estabelece que se costuma criar uma expectativa habitual de que juízes atuem não apenas como delegados do Poder Legislativo, mas verdadeiramente como um segundo legislador, de tal forma que, diante de um contexto fático concreto, esboçariam uma resposta que seria supostamente da mesma natureza daquela que o Legislativo, enquanto instituição superior, adotaria se estivesse agindo por iniciativa própria. Tratar-se-ia assim de um novo modo de subordinação.

Todavia, Dworkin assinala que “juízes não deveriam ser e, de fato, não são legisladores delegados. E o pressuposto familiar de que quando eles vão além de decisões políticas feitas por alguém eles estariam legislando é enganoso”⁵³ (DWORKIN, 1975, p. 1058). O que se quer afirmar aqui é o fato de que o reconhecimento de um papel criativo na atuação judicial não transforma, *per se*, juízes em legisladores. E tal ocorre porque a racionalidade que informa o processo de justificação de um e outro são completamente diversas.

A falta de percepção dessa diferença pode provocar uma distorção grave no papel exercido por juízes, conduzindo inclusive a um quadro de ativismo judicial. Mas qual seria esse caráter distintivo fundamental?

Novamente com apoio em Dworkin, justificações podem ser estabelecidas com base em regras ou padrões, sendo que, nessa última classe, pode-se distinguir políticas (*policy*) e princípios (*principles*).

⁵² Traduziu-se. Eis o trecho original: “Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law”.

⁵³ Traduziu-se. Eis o trecho original: “In fact, however, judges neither should be nor are deputy legislators, and the familiar assumption, that when they go beyond political decisions already made by someone else they are legislating, is misleading”.

Argumentos de política estão na base da justificação de decisões políticas, estando voltados à proteção ou fomento de alguma meta coletiva de interesse da comunidade como um todo. Por sua vez, argumentos de princípio podem justificar decisões políticas, mas estão diretamente relacionados à proteção de direitos individuais ou de um determinado grupo.

É possível que um subsídio concedido à indústria aeronáutica esteja fundado no argumento (de política) de que tal medida seria relevante para garantir a defesa nacional. Por sua vez, a decisão a favor de uma lei que contenha a discriminação racial visa a assegurar um tratamento isonômico entre pessoas integrantes de grupos distintos, mas cuja distinção não se afigura razoável para estabelecer um *discrimem*. Trata-se de um argumento de princípio.

Evidentemente que essa relação não é tão clara, pois muitas vezes é nebulosa a fronteira entre princípios e políticas, tal como se verá mais adiante. De qualquer forma, já é possível perceber uma diferença na base como pode ser fundamentada uma deliberação. Retornando aos exemplos dados⁵⁴, se uma fábrica de aviões pretende valer-se do subsídio governamental, ela não poderia basear a sua pretensão no argumento de que a defesa nacional estaria potencializada pelo seu acolhimento. Poderia reconhecer inclusive que a lei que o consagrou implementava uma política equivocada. Todavia, ainda assim, pode pretender valer-se da isenção, na medida em que não se trata mais de uma discussão no plano da argumentação política, mas envolvendo o manejo de regras ou, quando muito, de princípios.

Como foi dito mais acima, regras e princípios podem inclusive ter sido positivados com base em determinadas políticas, mas tal se resume a um momento nomogênico, inaugural. Desse modo, esse argumento de política poderia até valer como uma justificativa, mas somente poderia ser revolvida como um recurso hermenêutico para determinar o sentido possível do texto normativo, jamais como um argumento judicial independente.

Essa conexão entre os argumentos de política e as justificações no plano judiciário decorrem de um acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, o qual será objeto de um tratamento específico no próximo subitem.

5.1.1 O acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico

Embora não seja assumida como uma base teórica para a presente pesquisa, Niklas Luhman abre a possibilidade de uma visada sistêmica da sociedade, em que seria possível uma diferenciação das suas diversas partes conforme a sua estrutura e função. A vantagem

⁵⁴ Ambos foram propostos por Dworkin (1975, p. 1059).

dessa perspectiva é a de identificar a possibilidade de coexistência e interação entre os diversos sistemas sociais, bem como de descrever o modo como essas irritações recíprocas se dão.

No âmbito do presente estudo, isso se manifesta como uma vantagem, na medida em que proporciona um marco divisor entre os códigos utilizados no âmbito dos sistemas jurídico e político.

Tomando-se em conta que a natureza não se deixa conhecer em toda a sua complexidade, inaugura-se um novo paradigma, em que, ao invés de analisar um meio complexo pelo estudo dos seus componentes, adota-se uma postura científica igualmente complexa, em que agora é o todo (sistema) quem determina as relações entre as partes.

Nesse contexto, trabalha-se com a instabilidade, a incerteza e com a ideia de adaptação constante, desprezando-se o ideal de racionalidade analítica. Nesse sentido, aflorariam duas características marcantes do pensamento sistêmico:

A primeira é a mudança de uma ciência voltada para a análise das partes constitutivas de um todo para a observação das relações desse todo; a segunda é a possibilidade de mudar o foco de observação entre os mais variados escalonamentos hierárquicos, sem que se rompa a cientificidade do seu processo de verificabilidade. Dessa maneira, muda-se o foco da ciência de uma contínua “classificação” das partes, para a observação das relações dessas partes como um todo orgânico interdependente. (TRINDADE, 2008, p. 27)

Pois bem, focado no binômio função-estrutura, a sociedade seria um grande sistema, integrada por vários outros, assumidos como sistemas de segundo grau, os quais seriam matizados por uma lógica própria que os definiria. No caso do direito, por exemplo, seria o binômio válido/inválido.

O que residiria na base dessa complexidade seria a noção de comunicação. Assim, no contexto de um processo operativamente fechado, porquanto determinado por sua lógica funcional, o sistema jurídico estaria aberto a irritações provenientes do exterior (abertura cognitiva). Dessa forma,

O sistema jurídico, sob a ótica da autopoiese, pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. Aberto às influências do meio externo que passam pelo processo de seleção realizado pelo código direito/não direito, juridicizando os elementos do meio que passam a interagir sua estrutura e servem de aparato para a manutenção da sua auto-referenciabilidade. Fechado no sentido de autorreferenciabilidade operativa, isso é, o direito se autorregula através da sua identidade (código binário). (TRINDADE, 2008, p. 85)

Essa dinâmica comunicacional garante simultaneamente a identidade do sistema jurídico (autorreferência) e a sua interação com os demais sistemas que constituem o seu entorno. De um lado, a autonomia sistêmica; de outro, a possibilidade de relacionamento com os elementos e sistemas externos, bem como de adaptação ao meio social. A esse processo comunicativo, denomina-se acoplamento estrutural. Assim, “por meio da clausura operacional, nada provém do exterior do sistema. A produção é interna, e o sistema irrita-se quando em contato com outra comunicação” (LIMA, 2009, p. 25).

Essa percepção sistêmica paradoxalmente garante uma redução de complexidade, e a falta de percepção da sua autonomia acabaria por frustrar esse papel, impedindo o Direito de estabilizar expectativas.

Assim, embora o Direito possa comunicar-se com o sistema político, torna-se necessário que o Judiciário perceba que deve operar dentro dessa estratégia autorreferencial. Portanto, “a decisão judicial desempenha um papel essencial para esse modelo. O fechamento operativo do sistema jurídico é fornecido pela alocação dos valores do seu código comunicativo (lícito/ilícito)” (CAMPILONGO, 2011, p. 25), muito embora esse fechamento operativo esteja aberto cognitivamente. O que importa é perceber que tal abertura deve ser realizada no âmbito da legislação; não da aplicação do Direito, levada a efeito por juízes.

Especificamente no que tange aos processos comunicativos existentes entre os sistemas jurídico e político, a Constituição desempenha um papel essencial, na medida em que incorpora decisões fundamentais oriundas do referido acoplamento:

[...] as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito [...] Mas as Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito à política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não significa ignorância ou insensibilidade para a política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema. Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos. (CAMPILONGO, 2011, p. 27-28)

Como já se adiantou, a referência à teoria de sistemas apenas alerta para a necessidade de uma interação controlada entre os âmbitos político e jurídico. Assim, retornando-se ao ponto essencial, de que modo esse acoplamento estrutural se daria?

Pois bem, o centro desse processo comunicativo está na ideia de deliberação, seja ela política ou jurídica. O que importa é a identificação de parâmetros de justificação que

identifiquem quando a apropriação de interferências seria legitimamente conduzida e quando ela estaria dando-se de forma espúria, com desrespeito ao código operativo do sistema assimilador.

É precisamente aí que entra a distinção entre os argumentos de princípio e os argumentos de política, introduzidos por Dworkin. Como visto acima, surpreenderia (e seria mesmo ineficaz) se uma determinada empresa justificasse a sua pretensão de fruição de uma isenção tributária com base na política de defesa nacional, mas seria bastante razoável se o fizesse baseada na isonomia entre ela e as demais empresas do ramo que se favoreceram daquele benefício fiscal. E por qual motivo essa ação causaria surpresa?

É que no âmbito da justificação judicial (seja de pretensões formuladas em um processo, seja de decisões nele estabelecidas pelo juiz), ainda que diante de contextos de difícil solução (*hard cases*), a linha argumentativa não pode ser referida a padrões do tipo “políticas”.

A estrutura argumentativa empreendida para a determinação dessas metas ou objetivos coletivos é completamente diversa da que o Judiciário opera (ou deveria operar). Em primeiro lugar, tal definição parece efetivamente encontrar um espaço mais propício junto a ambientes representativos, onde os diversos discursos possam democraticamente coexistir durante o processo de análise, discussão e deliberação, mesmo sabendo-se que o jogo político nem sempre é o mais republicano. De qualquer forma, não faria sentido pretender a correção de um modo de atuação por um juízo singular de um magistrado, pois nada pode levar à presunção de que o juiz, por mais imparcial e comprometido com o ideal de satisfação do bem público, garanta isoladamente a adequada definição dessas metas. Essa posição é corroborada por Dworkin:

[...] Portanto, decisões sobre políticas devem ser tomadas através de algum processo político criado para produzir uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. O sistema político da democracia representativa pode funcionar com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiências. (DWORKIN, 1975, p. 1051)⁵⁵

⁵⁵ Traduziu-se. Eis o texto original: “Policy decisions must therefore be made through the operation of some political process designed to produce an accurate expression of the different interests that should be taken into account. The political system of representative democracy may work only indifferently in this respect, but it works better than a system that allows nonelected judges, who have no mail bag or lobbyists or pressure groups, to compromise competing interests in their chambers”.

Com base nessa premissa, a eventual irritação do sistema político pelo jurídico deve ser processada pela via do código adequado, o jurídico. Uma vez assim apropriado, o papel a ser desempenhado pelo aplicador do Direito já não pode mais ser dominado por razões de índole política.

Isso não significa um retorno à posição meramente descritiva de um estado de coisas, a uma recusa do papel criativo atribuído aos juízes, mas tão somente que essa criação se desenvolve em um espaço hermenêutico e argumentativo que não se ajusta a padrões políticos.

Portanto, se de um lado é assumido que os sistemas político e jurídico se interceptam; por outro, é importante frisar que eles não se confundem, pois essa abertura cognitiva é contida pelo fechamento operacional. Ademais, deve-se realçar, mais uma vez, que esse processo de clivagem pode ser evidenciado no modo de fundamentação das decisões judiciais, tal como será mais bem esclarecido no próximo subitem.

5.1.2 A fundamentação das decisões judiciais no processo de comunicação entre os sistemas judicial e político

Fixada a premissa de que há uma abertura do sistema jurídico ao sistema político, defendeu-se, entretanto, a ideia de que esse acoplamento não permite a confusão do código operacional com que o Direito atua e se preserva. Essa conclusão afeta diretamente o modo como juízes deveriam agir ao fundamentarem as suas decisões.

De fato, ao fazê-lo, juízes deveriam ter em mente que os recursos normativos de que dispõem são apenas regras e princípios. Embora as primeiras possam ostentar um texto dotado de uma textura aberta, o que, aliás, ainda é mais característico dos últimos, e mesmo quando sequer seja possível identificar com precisão algum texto normativo aplicável ao caso submetido à sua apreciação, eles não estariam autorizados, em sua atividade decisória, a valer-se de padrões do tipo “políticas” para fundamentar suas sentenças.

É possível que políticas possam servir de fundamento para o estabelecimento de atos normativos. Como visto, essas metas ou objetivos coletivos passam a incorporar-se nos textos normativos como um processo de apropriação do código operacional do Direito. A partir de então já não seriam efetivamente essas metas as razões da decisão, mas as normas que dela resultam.

Portanto, mesmo quando se estabelece que há um papel criativo no âmbito da aplicação do Direito, daí não significa que os juízes estejam a criar direitos novos, em função de políticas que entendem devidas para o bem comunitário.

Em primeiro lugar, isso seria contra a linguagem do Direito. Nenhuma parte em um processo judicial propõe uma ação para pedir ao juiz que crie para ela um direito. Ao contrário, pede ao juiz que reconheça um direito que o sistema supostamente estabelece a seu favor.

Em segundo lugar, se o papel criativo reconhecido aos juízes pudesse ir tão longe, estar-se-ia constatando a aplicação retroativa de um direito ao caso, já que constituído *a posteriori*. De fato, em um regime de legalidade, direitos somente podem ser criados por tal via, e se juízes o fizessem estariam estabelecendo políticas, ao instituírem direitos que não decorrem do sistema normativo.

Nesse caso, “se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever criado após o evento”⁵⁶ (DWORKIN, 1975, 1061).

Finalmente, essa atuação judicial poderia ser vista como uma atitude antidemocrática, na medida em que, em um regime democrático, parte-se do pressuposto de que as pessoas devem ser governadas por representantes eleitos, os quais se tornam responsáveis perante elas.

Essas advertências chegam a tocar a própria relação entre Direito e moral. Embora seja ela complexa, ao menos em certa extensão, é preciso também reconhecer que alguma percepção da esfera moral pode ser institucionalizada e introduzida no âmbito do Direito, através de certos padrões normativos. Um exemplo simples ajudará a sustentar essa posição. A prática do aborto ou da eutanásia bem pode ser objeto de deliberação política pelo parlamento e, em consequência, daí pode resultar uma lei que discipline o tema.

Independentemente do juízo que venha a prevalecer, ou a extensão em que se possa permitir um ou outro, certo é que, a partir de então, já não caberia mais ao juiz contrastar aquele juízo político consolidado na lei, afastando o seu comando sob algum juízo pessoal, fundado em qualquer que seja o motivo.

⁵⁶ Traduziu-se. Eis o texto original: “[...] if a judge makes new law and applies it retroactively in the case before him, then the losing party will be punished, not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after the event”.

A consciência de que a sentença é um ato subordinado, ainda que as balizas que a determinam possam, por vezes, mostrarem-se mais ou menos elásticas, é um elemento fundamental para a própria distinção conceitual entre “decisão” e “escolha”⁵⁷.

A dificuldade em encontrar um substrato teórico para uma teoria da decisão judicial que dê conta não apenas do modo como juízes interpretam o Direito e o aplicam de forma argumentativa, mas também de como relacionar os limites dessa atuação com a usurpação de funções inerentes a outros poderes, tem conduzido a panoramas complexos e, muitas vezes, problemáticos.

Veja-se o exemplo da teoria da argumentação jurídica delineada por Robert Alexy. A ideia central nela veiculada é que a argumentação jurídica seria um caso especial da argumentação prática em geral. Com base nessa premissa, seria possível identificar uma fragilização do modelo separatista clássico, reconhecendo-se que não haveria uma distinção qualitativa entre os provimentos legislativos e jurisdicionais, mas meramente de grau, tal como se vê adiante:

[...] a noção comunitarista de que a argumentação jurídica é um caso especial da discursividade prática geral, fundindo-se os discursos jurisdicionais e legislativos numa espécie única, aniquilou definitivamente a perspectiva clássica de divisão dos poderes, vez que não haveria distinção qualitativa na forma de argumentação condizente com provimentos legislativos e judiciários. Logo, as Cortes Constitucionais assumem um caráter incondicionalmente político na condução de suas práticas hermenêuticas, especialmente no controle da constitucionalidade [...] O comunitarismo repudia o passivismo formalista dos nossos operadores do Direito, especialmente do Judiciário, cobrando o surgimento de uma magistratura comprometida com um ativismo em favor de causas sociais. Esse engajamento da magistratura certamente é elemento essencial para a superação do Estado Social de Direito pelo Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, enquanto o Legislativo teve a supremacia no Estado Liberal e o Executivo no Estado Social, agora seria a vez do Judiciário. (CRUZ, 2006, p. 13)

O autor citado tem razão em reconhecer na tese do jurista alemão (embora não o tenha mencionado expressamente) a potencialidade para justificar essa aproximação entre o papel de juízes e legisladores, induzindo a crença de que juízes estariam não apenas habilitados, mas também autorizados a emitir juízos morais em meio a sua tarefa argumentativa ordinária. Entretanto, o que lhe faltou foi exatamente a percepção de que essa consequência da tese seria, antes de tudo, um ponto frágil dela que a submete a uma potencial crítica, no sentido de que se estaria viabilizando uma confusão entre o âmbito da moralidade e o do Direito.

⁵⁷ O tema foi abordado mais acima, quando se discorreu acerca da noção de discricionariedade, no item 3.2.

Portanto, em primeiro lugar, é preciso reconhecer que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, aos juízes não são dadas escolhas, mas atribuída uma competência para decidir, o que exige a sua submissão a parâmetros normativos prévios.

Em segundo lugar, esses parâmetros ou são regras ou são princípios, razão pela qual não se pode reconhecer como legítima a fundamentação de suas decisões com base em padrões do tipo “políticas”, já que as metas ou objetivos de interesse coletivo têm no parlamento o seu espaço natural para aflorarem.

5.2 Contextos de descoberta e de justificação

No âmbito da filosofia da ciência, tornou-se uma tarefa reiterada, a busca por um critério de demarcação daquilo que se poderia determinar como ciência (ou epistemologia) e o que estaria fora do seu conceito.

Esse critério demarcatório atende à necessidade de garantir a independência e a autonomia da filosofia da ciência, no sentido de como deve desenvolver-se a atividade científica, bem como protege alguns valores caros, assumidos pela comunidade científica, como por exemplo, a racionalidade e a objetividade, de modo a afastar pretensas influências subjetivas e extrínsecas ao seu campo na validação das suas teorias⁵⁸.

Uma das tentativas foi empreendida por Hans Reichenbach, para quem uma das tarefas da epistemologia seria a de “reconstrução racional” do pensamento científico, de modo que ele possa ser alocado em um sistema consistente. Portanto, com essa expressão, o autor pretendia afirmar a diferença entre a epistemologia e a psicologia, uma vez que não se trata de uma mera descrição de um modo de pensar atual, mas de uma vinculação a um sistema racional prévio.

Expondo esse processo de reconstrução racional em um modo mais conveniente, o filósofo afirma que ela corresponderia “à forma pela qual os processos de pensamento são comunicados a outras pessoas, ao invés da forma pela qual eles são subjetivamente conformados” (REICHENBACH, 1961, p. 6)⁵⁹.

É com base nesse conceito de reconstrução racional que ele distingue o que denominou de contexto de descoberta do contexto de justificação:

⁵⁸ Nesse sentido, MIGUEL e VIDEIRA, 2011.

⁵⁹ Traduziu-se. Eis o texto original: “If a more convenient determination of this concept of rational reconstruction is wanted, we might say that it corresponds to the form in which thinking processes are communicated to other persons instead of the form in which they are subjectively performed”.

O modo, por exemplo, pelo qual um matemático publica uma nova demonstração, ou um físico o seu raciocínio lógico na fundamentação de uma nova teoria, seria quase correspondente ao nosso conceito de reconstrução racional; e a bem-conhecida diferença entre o modo pelo qual os pensadores encontram os seus teoremas e o seu modo de apresenta-lo diante de um público pode ilustrar a diferença em questão. Eu introduzirei os termos *contexto de descoberta* e *contexto de justificação* para demarcar essa distinção. Portanto, nós temos a dizer que a epistemologia se ocupa apenas da construção do contexto de justificação⁶⁰. (REICHENBACH, 1961, p. 6-7)

Esse critério demarcatório é reiterado, quando Reichenbach afirma que:

Nós sinalizamos no início de nossa investigação (§1) a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. Nós enfatizamos que a epistemologia não pode estar preocupada com o primeiro, mas apenas com o último; nós mostramos que a análise da ciência não é dirigida ao atual processo de pensamento, mas à reconstrução racional do conhecimento. Esta é a determinação da tarefa da epistemologia que nós devemos lembrar se nós desejamos construir uma teoria da pesquisa científica⁶¹. (REICHENBACH, 1961, p. 381-382)

O que se retém dessa distinção é que o contexto de descoberta não pode ser caracterizado racionalmente, tal como assinala Karl Popper:

Se distinguirmos, como o faz Reichenbach, um “procedimento para a descoberta” e um “procedimento para a justificação” de hipóteses, seremos compelidos a dizer que o primeiro – o procedimento adotado para descobrir hipóteses – não pode ser caracterizado racionalmente. (POPPER, 2013, p. 347)

Se uma das metas perseguidas neste trabalho é a indicação de um critério de justificação racional das decisões judiciais, que possa servir de instância de controle da atuação do Judiciário, então, não é difícil perceber que esses elementos hauridos da filosofia da ciência podem ser de alguma utilidade nessa tarefa. Curiosamente, é o próprio Popper

⁶⁰ Traduziu-se. Eis o texto original: “The way, for instance, in which a mathematician publishes a new demonstration, or a physicist his logical reasoning in the foundation of a new theory, would almost correspond to our concept of rational reconstruction; and the well-known difference between the thinker's way of finding this theorem and his way of presenting it before a public may illustrate the difference in question. I shall introduce the terms *context of discovery* and *context of justification* to mark this distinction. Then we have to say that epistemology is only occupied in constructing the context of justification”.

⁶¹ Traduziu-se. Eis o texto original: “We pointed out in the beginning of our inquiry (§1) the distinction between the context of discovery and the context of justification. We emphasized that epistemology cannot be concerned with the first but only with the latter; we showed that the analysis of science is not directed toward actual thinking processes but toward the rational reconstruction of knowledge. It is this determination of the task of epistemology which we must remember if we want to construct a theory of scientific research”.

quem já sinaliza para essa possibilidade de apropriação, na medida em que se vale de um exemplo tipicamente do âmbito do Direito.

Para o filósofo, há uma distinção fundamental entre as decisões tomadas pelos jurados em um Tribunal do Júri, daquela adotada por um juiz. O veredito do júri está baseado em uma questão de fato que lhe é apresentada, da forma mais clara e definida possível, contexto em que a sua decisão, de alguma forma, estará vinculada ao sistema penal, no sentido de que determinados enunciados universais desse sistema autorizam certas consequências para a decisão adotada pelos jurados. Essa decisão seria, portanto, a base para a aplicação de normas do sistema.

Entretanto, a despeito de o veredito ser governado por normas,

Não se pode sustentar que as convicções subjetivas dos jurados justifiquem a decisão tomada; há naturalmente, uma estreita relação causal entre elas e a decisão tomada – conexão que pode ser traduzida em leis psicológicas. Assim, essas convicções podem ser chamadas “os motivos” da decisão. (POPPER, 2013, p. 118)

De fato, há um procedimento, normativamente estabelecido, que conduz esse processo de deliberação, mas nada se pode dizer acerca de uma vinculação material dela a um arcabouço normativo, racionalmente referido para justificá-la.

Já em relação ao juiz, o seu julgamento deve dar-se nesse último plano, ou seja, o de uma justificação racional. Ao magistrado, a própria Constituição lhe impõe o dever de fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade, como insistentemente tem-se visto ao longo do texto.

Esse dever é atendido mediante um processo de dedução lógica (embora a lógica formal não dê conta de todo ele⁶²), em que o juiz passa de alguns enunciados do sistema⁶³ à solução do problema concreto. Por tal razão é que o seu julgamento pode ser alvo de uma impugnação racionalmente fundada; o dos jurados não. Quanto à deliberação destes últimos, o máximo que se pode fazer é questioná-lo com base na inobservância das regras procedimentais legalmente estabelecidas para a sua produção; não quanto ao seu conteúdo.

Pois bem, se a pretexto de justificar a sua decisão, um magistrado se limita a descrever os motivos que o levaram a tanto, anunciando, por exemplo, que suas convicções religiosas ou políticas o fazem crer que a solução para o problema não poderia ser outra, senão a por ele

⁶² Que as sentenças sejam logicamente consistentes é uma condição necessária, porém insuficiente para dar conta da argumentação jurídica.

⁶³ Que fique aqui o alerta de que a expressão “enunciados do sistema” não é restrita aos textos normativos legais.

adotada, ao assim fazê-lo, não estará justificando racionalmente a sua decisão e, portanto, não a estará fundamentando.

Nesse caso, estar-se-ia diante do que se denomina “falácia genética”, ou seja, uma confusão entre mera enunciação das circunstâncias em que ela foi gerada e a necessária justificação racional que do autor da decisão é exigida. Trata-se de um erro crasso.

É claro que a distinção entre esses contextos eclodiu em um ambiente em que se pretendia demarcar as próprias fronteiras da ciência, distinguindo-a do “não científico”. Uma contraposição radical entre um modo de justificar objetivo, lógico, racional e impessoal; de outro marcado pela sua subjetividade, pelo seu caráter ilógico e não-racional. Decerto que o Direito, por ser um produto cultural, não pode atender aos seus fins sem a marca do humano (e tem-se dúvida se mesmo as ciências naturais podem contar com esse pretensão grau de objetividade). De qualquer forma, a distinção é útil, na medida em que estabelece um marco de controle.

Uma sentença que se limita a anunciar os motivos que levaram o juiz à decisão concreta, simplesmente, não é uma decisão fundamentada.

No campo da argumentação jurídica, Manuel Atienza, ao comentar uma decisão proferida pela Corte espanhola, no sentido de determinar que presos que faziam greve de fome fossem alimentados contra à sua vontade, esclarece que:

[...] dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma *razão explicativa*; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação do artigo 15 da Constituição significa enunciar uma *razão justificadora*. De um modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas decisões, o que devem fazer é justificá-las.

Para ele, os contextos de justificação e descoberta estariam correlacionados respectivamente às ideias de justificação e explicação. Se o que se pretende é validar um argumento em uma cadeia de inferências, isso deve ser conduzido pela noção de justificação, podendo ela dar-se no âmbito formal e material (ou seja, quando é possível admitir como razoável determinado argumento).

Para Atienza, as teorias *standard* da argumentação jurídica se situam no contexto de justificação dos argumentos. Elas assumem que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas. Dessa forma, tais teorias não aceitam nem o determinismo metodológico, nem o decisionismo metodológico. Pelo primeiro, as decisões jurídicas não precisariam ser justificadas porque procedem de simples aplicações de normas gerais; ao passo que, pelo

segundo, as decisões jurídicas não poderiam ser justificadas porque são puros atos de vontade (ATIENZA, 2002, p. 25).

Daí não significa que o contexto da descoberta deva ou esteja efetivamente apartado do processo de deliberação judicial, ou que os preconceitos não estejam presentes nesse processo decisório, mas isso não faz da tarefa de justificação racional algo impossível (ATIENZA, 2002, p. 26).

Portanto, fundamentar uma decisão é um processo de justificação racional, ao passo que a exposição dos motivos que levam o juiz a decidir de um ou outro modo, inserindo-se no contexto de descoberta, não proporciona, *per se*, essa base racional.

Note a singular modificação introduzida no âmbito do Código de Processo Civil. Originariamente, ao tratar da apreciação das provas produzidas, a lei assim dispunha: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (destacou-se). Esse dispositivo legal ficou conhecido como “princípio do livre convencimento”, o qual foi, e ainda é, duramente criticado⁶⁴.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15), houve uma substancial modificação. Confira: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Percebe-se que não se faz mais menção a qualquer critério de liberdade na apreciação da prova, além de exigir a justificação racional do seu convencimento. Portanto, trata-se de acentuar que toda deliberação ou juízo de valor emitido pelo juiz deve dar-se no contexto de justificação.

E o que tudo isso tem a ver com a questão do ativismo judicial?

Quando do esforço por estipular a intensão da expressão em questão, ou seja, para estabelecer os critérios de uso que permitem denotar certas situações no seu âmbito, estipulou-se que ela seria empregada ao longo deste trabalho em um sentido necessariamente negativo, caracterizando o ativismo como uma manifestação deliberativa judicial desprovida de uma vinculação a parâmetros estritamente jurídicos. Portanto, o critério de controle para a sua ocorrência estaria centrada na fundamentação das decisões.

Quando o juiz explica os motivos que o levaram a decidir de certa maneira, mas não justifica racionalmente esse processo deliberativo, apoiando-se em normas e princípios do

⁶⁴ Cf. STRECK, 2018, p. 40-44, para citar apenas um exemplo.

próprio sistema, tem-se aí exatamente um espaço de liberdade nocivo, que tende a revelar uma atuação ativista.

O ativismo é, portanto, sempre um desbordamento de um espaço que o Direito reserva ao juiz. Se os móveis que o inclinam a decidir são religiosos, morais, partidários, padrões políticos etc., a única forma de validar a decisão neles baseada é através da justificação racional, vale dizer, apoiando-a em princípios ou regras do próprio sistema jurídico, uma vez que aqueles parâmetros mencionados não se prestam a tanto.

Lenio Streck, em uma crítica ao critério de fundamentação utilizado por um ministro do Supremo Tribunal Federal por ocasião da suspensão liminar dos efeitos de um Decreto presidencial que concedeu indulto a presos, manifestou a sua surpresa ao ver a decisão baseada em um conceito de “legitimidade corrente”⁶⁵, a qual diz respeito à correspondência entre os atos praticados pelo representante e a vontade manifestada pelos representados.

Embora se trate de um excerto da fundamentação apresentada, faz sentido a crítica de que se coubesse ao Judiciário aferir essa sintonia, ele se tornaria um Judiciário plebiscitário e, por isso, autofágico (STRECK, 2018, p. 49).

Reitere-se que a decisão não está efetivamente apoiada exclusivamente nesse critério, daí por que não se está aqui fazendo qualquer juízo de valor acerca do resultado da ação, mas tão somente a essa parte da fundamentação, no sentido de que, estivesse ela apoiada exclusivamente nesse motivo, estar-se-ia fora do contexto de justificação.

Quando não são princípios jurídicos ou regras do sistema do Direito que se prestam a embasar as decisões judiciais, abre-se o espaço para o ativismo, inclusive na manifesta intromissão do Judiciário no campo de atuação política reservada aos demais poderes da República. Daí a crítica: “Uma coisa, para mim, como jurista, é clara: não é da competência do Judiciário ditar políticas públicas e nem políticas prisionais” (STRECK, 2018, p. 50).

Concluindo, se a pretexto de justificar uma decisão, o juiz não o faz racionalmente com base em regras e princípios jurídicos do próprio sistema do Direito, abre-se espaço ao ativismo.

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 inaugurou um panorama normativo que favorece o protagonismo do Poder Judiciário no cenário político. Embora não se trate de uma

⁶⁵ Cf. ADI 5.874.

causalidade natural, no sentido de que essas normas provocam determinado resultado, fato é que elas parecem favorecê-lo.

Dentre tais fatores normativos, pode-se apontar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mediante o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser suprimida da apreciação judicial, o que potencializa a intervenção judiciária em praticamente qualquer área que afete interesses legal ou constitucionalmente assegurados, os quais não são poucos, dada a natureza analítica da Carta e a tradição providencial do Estado.

A par dessa previsão genérica, a Constituição atribuiu garantias e outorgou competências aos órgãos integrantes do sistema de Justiça para promoverem judicialmente a tutela dos mais variados interesses e direitos, não só os de índole individual, mas também os coletivos e difusos. Em relação aos últimos, essa persecução é feita por meio de ações coletivas, o que muda substancialmente o alcance das decisões judiciais.

De fato, ordinariamente provocado para dirimir conflitos de interesse entre partes singulares, daí resultando em sentenças *inter partes*, com efeitos concretos; agora os seus provimentos alcançam um número indeterminado de pessoas, dotando seus pronunciamentos de uma eficácia abrangente, de caráter geral, o que, de certa forma, assimila-os aos comandos abstratos emanados do legislador.

O controle de constitucionalidade das leis realizado por qualquer juiz é também um ponto importante no marco da sua atuação política. E se considerados os remédios constitucionais destinados à proteção dos cidadãos contra as omissões legislativas que possam comprometer o exercício dos direitos assegurados na Carta, notadamente o mandado de injunção, inaugura-se um novo modelo de atuação judicial, o qual, longe de vincular o juiz à tradição de legislador negativo, admite que ele supra concretamente a omissão reconhecida, regulamentando o direito assegurado para viabilizar o seu pronto exercício.

Paralelamente a esses instrumentos e à inflação de direitos, a própria forma do discurso constitucional proporciona um espaço amplo de atuação judicial, à medida que corporifica uma série de normas-programa, as quais não disciplinam comportamentos específicos, mas elencam objetivos e metas a serem alcançadas, favorecendo um controle judicial mais elástico da sua observância.

Ainda na linha dos fatores que se associam àquele protagonismo, a transição do paradigma positivista para o constitucional, com o reconhecimento da força normativa dos princípios e a sua proliferação nos textos legais e na Constituição, dada a textura mais aberta

com que são positivados, também tornam dúcteis os limites de possibilidade de controle da sua observância.

Finalmente, a farta distribuição de direitos no plano normativo-constitucional, indo de encontro aos limites de possibilidade de sua realização prática, frustra as expectativas que legitimamente decorrem da sua declaração. O resultado é que aqueles mecanismos de garantia são mobilizados, saturando o Judiciário, que se vê abarrotado de demandas que também não consegue dar conta, reforçando a frustração com o sistema e estendendo-a inclusive aos próprios juízes.

Os mecanismos da dogmática jurídica são mobilizados para justificar esse fosso existente entre o sistema de direitos e a realidade, através da produção de um discurso retórico que procura justificá-la em bases racionais.

De qualquer forma, essa proliferação de demandas põe o Judiciário na ordem do dia, reforçando a possibilidade de intervenções políticas mais radicais, que podem vir a caracterizar o ativismo judicial.

Ao longo do texto, procurou-se desenvolver uma análise pragmática do termo, concluindo-se pela sua indeterminação semântica, justamente porque o seu uso ora se dá em um sentido positivo, para caracterizar o juiz que atua de forma ativa na proteção e garantia de direitos fundamentais; ora em um sentido negativo, denotando aquela atuação usurpadora de funções institucionais alheias, notadamente na gestão das políticas públicas.

Para evitar confusões, justificou-se a opção pelo emprego da expressão “ativismo judicial” apenas em sentido negativo ao longo do texto, assim a diferenciando da judicialização da política, que seria a sua feição “boa”, se considerado o papel preponderante do Judiciário como sendo a garantia de direitos assegurados pelo sistema normativo, notadamente aqueles derivados da Constituição (direitos fundamentais).

Aliás, o questionamento desse papel é abordado ao longo do texto, com base na análise crítica empreendida por Mangabeira Unger, para quem a difusão de uma analítica jurídica racionalizadora acaba por obstruir o desenvolvimento de uma dialética entre os direitos de escolha e as estruturas que tornam a autodeterminação individual e coletiva efetiva, essa que seria a própria vocação do Direito contemporâneo. Assim fazendo, obnubilam-se os caminhos democráticos alternativos que a própria sociedade poderia experimentar, em troca de uma resignação pelo fetichismo institucional.

Com base nessa descrição crítica das práticas jurídicas contemporâneas, o referido autor inaugura uma proposta de renovação, que poderia contar com a parceria dos juízes,

senão como os agentes ideais desse movimento, talvez como os únicos que temos e que podem ter vontade de fazê-lo.

De toda forma, optou-se no trabalho por um caminho mais modesto, porém mais concreto, em que, reconhecendo o ativismo judicial como um problema, buscou-se a identificação de alguns critérios que pudessem ser indicativos desse desvio de atuação, bem assim certas balizas que possam contribuir para o equacionamento da questão.

Nesse sentido, o eixo principal de análise foi o da fundamentação das decisões judiciais. Seria esse o *locus* privilegiado onde poderiam ser encontrados os parâmetros de correção das sentenças.

Reconhecendo-se uma distinção estrutural entre os diversos sistemas sociais, que são regidos por lógicas próprias de identificação e de apropriação de possíveis irritações, procurou-se separar o sistema jurídico do político. De toda sorte, daí não significa que não exista uma comunicação recíproca entre eles, um acoplamento estrutural. O que apenas se pôs em relevo foi a singularidade do sistema jurídico, o seu fechamento operativo, portanto. Todavia, paralelamente, ele seria cognitivamente aberto às irritações provenientes do exterior. Esse fluxo comunicacional garantiria a ancoragem do direito na vida social e política.

O problema do ativismo decorre da confusão dessas lógicas, o que leva à perda do critério de identidade do sistema jurídico. Por isso mesmo, é preciso depurar as práticas motivadoras da produção judicial, no sentido de balizá-las apenas em argumentos de princípio ou em regras jurídicas. Trata-se de uma advertência relevante, pois ao lado dos padrões de princípio, há também os políticos, caracterizados por Dworkin como metas sociais coletivas que devem ser buscadas.

No plano da comunicação sistêmica, esses padrões políticos podem irritar e ser incorporados ao sistema jurídico, mas essa apropriação deve dar-se pela via própria. Assim, princípios e regras do sistema jurídico podem ostentar essas políticas como um fundamento para a sua edição ou reconhecimento, mas jamais poderão elas ser apropriadas diretamente pelo juiz como motivação de suas decisões, sob pena de usurpação de uma tarefa que não lhes pertence.

Sem se confundir com essa distinção entre regras, princípios e políticas (*policy*), mas de certa forma ainda relacionada a ela, e apropriando-se de conceitos hauridos da filosofia da ciência, identificou-se a diferença entre os contextos de descoberta e de justificação, dos quais, por sua vez, derivaria a diferença entre explicar e justificar.

Indo diretamente ao ponto, é possível que juízes manifestem a sua compreensão do mundo e do Direito com base em pré-compreensões hauridas da tradição (e pela hermenêutica filosófica de Gadamer, necessariamente tal fenômeno ocorreria), de forma que seus juízos podem muito bem serem influenciadas por suas convicções religiosas, políticas etc. De toda sorte, esses móveis podem afetar a decisão, mas jamais se prestariam a justificá-las racionalmente. O contexto de justificação, neste caso, exige o apoio em inferências (materiais e formais) que decorram de princípios jurídicos ou regras do sistema normativo.

Quando o juiz desborda desses limites de justificação, a decisão não cumpre o comando constitucional que determina sejam todas elas fundamentadas, sob pena de nulidade.

Esse, portanto, seria um critério determinante na apreciação da correção das decisões e da caracterização do ativismo.

De toda sorte, não será apenas um discurso racional que poderá contê-lo, quando muito ele pode orientar as práticas judiciárias, mas essencialmente, o reconhecimento do dever de autocontenção em matérias politicamente sensíveis há que decorrer de um longo processo de maturidade ético-profissional.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional:** sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Roert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** São paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica.** 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CARVALHO, Castelar de. **Para compreender Saussure**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Mandado de injunção. Limitação da taxa de juros. Eficácia das normas constitucionais programáticas. Considerações acerca do art. 192, §3.º, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 26, p. 76-109, janeiro - março 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 39-44, jul./set. 2001.
- COPI, Irving. **Introdução à lógica**. 2. ed. São paulo: Mestre Jou, 1978.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica como concretização normativa. In: JUNIOR, Alceu Maurício; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Direito e regulação**. Curitiba: CRV, 2015. p. 217-229.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, p. 1057-1109, abril 1975.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GUIBOURG, Ricardo A.; ECHAVE, D. T.; URQUIJO, M. E. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Astrea, 2008.

GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1985.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São paulo: Atlas, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, p. 1442-1478, 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, São Paulo, p. 69-85, julho 2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: perspectiva, 2006.

LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley**: una visión actual. Madri: Trotta, 2007.

LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São paulo: Atlas, 2014.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB, v. I, 2000.

MELLO, Celso de Discurso de posse do min. Gilmar Mendes na posse do STF. **Supremo Tribunal Federal**, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

- MIGUEL, Leonardo Rogério; VIDEIRA, Antonio Augusto Passos. **A distinção entre os "contextos" da descoberta e da justificação à luz da interação entre a unidade da ciência e a integridade do cientista: o exemplo de Wiliam Whewell.** Revista Brasileira de História da Ciência, Rio de Janeiro, p. 33-48, jan. a jul. 2011.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** São Paulo: Cultrix, 2013.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São paulo: Saraiva, 2004.
- REGLA, Joseph Aguiló. **Sobre derecho y argumentación.** Mallorca: LLeonard Muntaner, 2008.
- REICHENBACH, H. **Experience and prediction.** Chicago: University of Chigago, 1961.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** 26. ed. São paulo: Cultrix, 2004.
- SEN, A. **La desigualdad económica.** Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial.** Florianópolis: Tirant le Blanch, 2018.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-58, jan-jun 2012.
- TRINDADE, André. **Para entender Luhmann.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia.** São Paulo: Boitempo, 2004.
- VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, V. **Giustizia costituzionali: storia, principi, interpretazioni.** 2. ed. Bologna: Il mullino, 2018.