V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIEL VALENTIN

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Valentin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-268-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, por ocasião do V Encontro Internacional do Conpedi, realizado em Montevidéu/UY, de 08 a 10 de setembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelos Professores Doutores Cristiano Becker Isaia e Darci Guimarães Ribeiro, do Brasil, e Gabriel Valentin, do Uruguai. Um total de 15 (quinze) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 3 (três) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se principalmente no universo das teorias decisórias e no próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, democratização do processo e judicialização da política. No segundo, destacou-se o enfrentamento verticalizado dos princípios processuais, vindo à tona principalmente questões relacionadas à segurança jurídica, coisa julgada, dignidade da pessoa humana e cooperação processual. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à técnica processual, quanto então se dialogou sobre o sistema de recursos e precedentes, relações entre direito processual, direito do trabalho e direito administrativo, e o mecanismo de tutela provisória instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Gabriel Valentin – Universidad de la República Uruguay

ATIVISMO JUDICIAL: DISCRICIONARIEDADE E O PAPEL DO JUIZ

ACTIVISMO JUDICIAL: DISCRECIONALIDAD Y LA FUNCIÓN DEL JUEZ

Emanuela Damo

Resumo

O trabalho aborda o conceito de Ativismo Judicial e o papel do juiz democrático na sociedade atual, o qual deve atribuir sentido ao caso levado a sua apreciação, não se afastando da realidade em que vive. Analisa o discurso vigente nas teorias pós-positivistas, que assevera que a atividade jurídica não deve restringir-se à lei e a sua aplicação, superando o positivismo e enfrentando, consequentemente, o problema da discricionariedade judicial. Por fim, o trabalho traz algumas situações concretas em que se pode verificar a atuação do Judiciário dentro deste novo papel que é exigido do juiz para efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Judicialização, Discricionariedade, Pós-positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo analiza el desempeño del juez en trabajos, a adoptar una postura activista. Por tanto, aborda el concepto de activismo judicial y la función del juez en la sociedad. Se analiza el discurso actual de las teorías post-positivistas, que afirma que la actividad legal no debe limitarse a la ley y la superación de positivismo frente al problema de la discrecionalidad judicial. El trabajo es el estudio de casos en los que se puede verificar el funcionamiento del Poder Judicial en este papel que se requiere del juez de aplicación de los derechos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activismo judicial, Judicialización, Discrecionalidad, Postpositivismo

Introdução

O trabalho aborda o conceito de Ativismo Judicial e o papel do juiz democrático na sociedade atual, o qual deve atribuir sentido ao caso levado a sua apreciação, não se afastando da realidade em que vive. O objetivo geral é analisar o discurso vigente nas teorias pós-positivistas, que assevera que a atividade jurídica não deve restringir-se à lei e a sua aplicação, superando o positivismo e enfrentando, consequentemente, o problema da discricionariedade judicial. Por fim, o trabalho traz algumas situações concretas em que se pode verificar a atuação do Judiciário dentro deste novo papel que é exigido do juiz para efetivação dos direitos fundamentais. O método de abordagem utilizado é o dialético e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Pode-se conceituar ativismo judicial como uma postura mais ativa do Judiciário, revelando um papel criativo dos tribunais que, ao decidirem determinada peculiaridade ou singularidade do caso concreto, acabam, por vezes, antecipando-se à criação da lei em sentido estrito. Não há consenso entre os estudiosos quanto à definição de Ativismo Judicial, contudo, seu objetivo é garantir o direito das partes de forma célere, vislumbrando às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da omissão por parte dos poderes legislativo e executivo. Para Pogrebinschi (2000, p.2) "é ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade".

Ainda para esta autora, "não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo" (POGREBINSCHI, 2000, p.2). Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas". Segundo Pogrebinschi (2000, p.2), "porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista."

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p.3), "A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público."

Para o autor, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado ao realizar a interpretação das normas constitucionais, elastecendo a sua essência e o seu alcance; geralmente está ligado a uma omissão do Poder Legislativo, diferentemente do que ocorre com a judicialização:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (Luis Roberto Barroso (2009, p.3).

O excesso de judicialização, entretanto, pode acarretar um aumento de decisões ativistas; por outro lado, independentemente da judicialização, ainda assim, poderão existir decisões ativistas, o que tem gerado maior responsabilização por parte dos juízes na análise dos casos, como se verá adiante.

1. O Novo Juiz e seu Papel

O desgastado discurso que descreve aquela imagem clássica do juiz já não dá conta da explicação de seu papel atual no mundo jurídico, o que pode ser constatado a partir da falta de referenciais semânticos adequados aos conceitos que este discurso oferece. Elementos como *órgão estatal desinteressado, imparcialidade e neutralidade* formam, no juiz, um

simulacro de perfeição colocando-o como um semideus, imagem mitificada e não condizente com o seu efetivo papel.

> O juiz do direito liberal estava proibido de assumir uma postura ativa no processo. Em nome da liberdade do indivíduo, chegou-se a proibi-lo de interpretar a lei. A figura do juiz inerte visto como um *bouche de loi* (boca da lei), sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, foi sustentada pelo mito da neutralidade, que supôs i) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente, ii) ser a lei, como pretendeu Montesquieu, uma relação necessária fundada na natureza das coisas, iii) predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça e, ainda, v) que o juiz nada tinha a ver com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para a sua decisão fosse somente problema das partes (MARINONI, 2008, p. 414).

Renomados autores da literatura jurídica sustentam que ao juiz cabe o papel de aplicar a lei, ainda que lhe pareça injusta, ou que contrarie princípios constitucionais. Dizem que ele não pode substituir o legislador. Despontam nessa linha Carlos Maximiliano, Limongi França, entre outros, afirmando que é inadmissível o subjetivismo do juiz contra determinação legal, ou que seja tolhida a liberdade jurisdicional quando apresentar-se situações em que deverá o juiz julgar o caso concreto diante de lacunas na legislação.

Essa discussão vem desde Kelsen, quando este advertia que o juiz ao sentenciar e, portanto, ao criar a norma individual para aquele caso concreto, criava o direito. Nesse sentido, é de fácil percepção que em uma sociedade legalmente igualitária, em que as relações têm características definidas como homogêneas, não existe dificuldade na visualização das particularidades dos casos conflituosos. Por esse motivo, na época em que se falava de "lei genérica e abstrata", não se podia sequer imaginar que um dia o juiz estaria obrigado a atribuir sentido e valor aos casos concretos. O caso era visto como algo quase pré-definido e, nessa linha, a função do juiz era apenas a de preencher as particularidades menos relevantes em cada caso. Como a jurisdição não precisava outorgar "sentido" ao caso, bastava a sua subsunção à norma geral mediante mera aplicação lógica.

Hoje, por outro lado, mostra-se flagrante e cada vez mais evidente a necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado a sua apreciação, não podendo ele se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão expressamente previstas em lei, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido

contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. Em que pese as atitudes de se atribuir sentido e apreensão de fatos sociais atuais importem desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, a maior responsabilidade recai sobre o juiz, pois salta aos olhos que o legislador não possui condições de andar na mesma velocidade da evolução social. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais confere ao juiz legitimidade para criar o direto, construindo novas soluções para os casos confrontados e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos.

> Essa necessidade de atribuição de sentido aos casos concretos significa que os novos fatos sociais são vitais para a compreensão do direito ou para a conformação da lei. Porém essa atribuição de sentido obviamente não dispensa a prévia análise da lei. Vale dizer que, para se dar sentido ao caso, é necessário pensar na lei, ou melhor, é necessário considerar de que modo o caso se insere em face da lei e da interpretação que lhe é dada pelos tribunais. (MARINONI, 2008, p.414).

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, consequentemente, a atuação do juiz nas lides, que assume uma postura mais ativa, cabendo-lhe agora, zelar por um processo justo, capaz de permitir a adequada verificação dos fatos, a participação das partes, a justa aplicação das normas de direito material e a efetividade da tutela de direitos. O juiz democrático tem uma função dupla no cenário jurídico, de um lado, cabe a ele garantir, com celeridade, a aplicação imediata das leis justas; de outro, deve afastar toda e qualquer norma que contrariar aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, alinhados no art. 3° da Constituição Federal de 1988.

> Deste modo, se uma lei, por exemplo, for, manifestamente, concentradora de renda, a ótica transdogmática a considera inconstitucional, pois a própria Carta Magna diz que é objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais. Além disso, outro exemplo, uma lei manifestamente iníqua, contraria o inciso I do art. 3° da Carta em vigor, pois este considera objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ademais dever-se-ia afastar tal lei injusta, por contrariar a justiça erguida à condição de valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. (FREITAS, 1987, p.87).

O juiz democrático deve, ainda, subordinar toda a sua exegese à perspectiva dialética de instituição e manutenção do Estado Democrático, visando zelar por seus fundamentos. Assim, se uma lei contraria a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da liberdade e o pluralismo político, impõe-se que seja afastada do ordenamento jurídico vigente, pois esta é a forma correta de aplicá-la, considerando-a como antissistemática, pois, se aplicada, o que nela é questionável seria, positivistamente,

alçado à condição de necessário. Assim, é papel (dever) do juiz considerar inconstitucional toda e qualquer norma injusta, que contrarie, viole ou afronte a consolidação e a afirmação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, respeitando os princípios transdogmáticos inseridos na própria Constituição.

2. O Conceito de discricionariedade e sua superação na judicância contemporânea.

Discricionariedade: Sf. (discricionário+edade) Qualidade ou natureza de discricionário. Discricionário: adj. Deixado à discrição; livre de condições; não limitado: poder discricionário (AURÉLIO, ano 2008, p. 197).

É basicamente este o conceito comumente encontrado nos dicionários de língua portuguesa, porém esta não é uma definição estanque. No âmbito jurídico discute-se a discricionariedade tradicionalmente em Direito Administrativo, onde a discricionariedade se caracteriza por uma faculdade do aplicador do direito para escolher, dentre uma pluralidade de meios - também possibilitados pela lei – o alcance do fim que direciona o interesse da Administração. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento da discricionariedade reside no intuito de se incumbir à autoridade (administrativa) o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução capaz de, no caso concreto, satisfazer com perfeição a finalidade da lei, bem como reside na "inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos" (MELLO, 2001).

Fundamenta o referido autor que, dada à abstração legal e à subjetividade de conceitos encontrados textos legais, é indispensável o aplicado usar deste expediente (a discricionariedade) em sua atividade.

> (...) ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia *vinculação*. De revês, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia *discricionariedade.* (MELLO, 2001, p. 967).

Doutrinariamente há o controvertido debate sobre a existência de discricionariedade judicial. Nesse ponto, convém lembrar a discussão existente entre Hart e Dworkin acerca da existência ou não de discricionariedade judicial. Para Herbert Hart, citado por Streck (2010), o direito positivo deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas. Caso não seja

possível, o juiz deve fazer uso de seu poder discricionário, criando o melhor direito ao caso. Ronald Dworkin critica severamente essa liberdade de criação e, neste ponto, a teoria do autor aparece como uma forma de resgate do direito no que se refere a trazer de volta seu sentido, seu teor e sua extensão às normas não positivadas, se partindo da premissa de que através da análise principiológica é que deve nascer o direito a ser aplicado ao caso, estando, portanto, a solução intrinsecamente ligada ao direito. (STRECK, 2010). Surge, então, a já citada figura do juiz Hércules e da única resposta correta.

Para Lenio Streck (2010, p. 28), fica claro que a histórica aposta na discricionariedade, com origem bem definida em Hart e Kelsen, tinha o objetivo, ao mesmo tempo, de resolver um problema considerado insolúvel, "representado pela razão prática "eivada de solipsismo", e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito), equiparados a valores, mostravam-se como instrumentos para a confirmação desse fechamento" (STRECK, 2010, p.98).

A existência de discricionariedade judicial também é contestada pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau citado por Streck (2010), para quem o juiz, sempre que interpreta um texto legal, está praticando atividade vinculada. Segundo o jurista, o que se tem denominado de discricionariedade judicial é, em realidade, o poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade e não de oportunidade. A diferenciação entre ambos os juízos de oportunidade e legalidade reside no fato de que o primeiro é realizado de forma subjetiva pelo agente, enquanto o segundo corresponda à atuação, em que pese desempenhada de maneira prudente, já que o intérprete autêntico desenvolve pautando-se pela lei e pelos fatos.

> Note-se bem que muitas vezes se afirma a discricionariedade judicial exclusivamente para afirmar que os juízes (intérpretes autênticos) são os últimos aplicadores do direito (suas decisões não podem ser corrigidas, fazem coisa julgada), ou para afirmar que as normas jurídicas não são aplicadas mecanicamente, reclamando um intérprete; ou, ainda, para dizer que os juízes devem suprir lacunas do direito, quando se manifestem. Nada disso, contudo, é discricionariedade (= juízo de oportunidade); tudo isso é interpretação (juízo de legalidade) (GRAU, 2003, p. 209).

Seguindo o raciocínio de Lenio Streck (2010), e contrapondo a posição citada acima, a discricionariedade encontrada na produção judiciária, segundo o autor, é produto imperfeito da "era dos princípios constitucionais". Com o surgimento de novos textos constitucionais,

mas fundamentalmente, em decorrência de uma verdadeira revolução paradigmática ocorrida no direito nas últimas décadas, parcela considerável da comunidade jurídica optou por considerar os princípios constitucionais como um sucedâneo dos princípios gerais do direito. Assim, não raro passou-se a ver sentenças fundamentadas de forma deliberada, juízes justificando seu posicionamento nas lides com argumentos subjetivistas, temerárias, e até mesmo preconceituosas. Houve, inclusive, um caso que ganhou notoriedade nacional, onde um juiz que julgava um caso de discriminação de opção sexual contra um jogador de futebol, absolveu o agressor fundamentando sua sentença com, entre outros dispositivos, o hino do clube de futebol e ditados populares que pregavam o preconceito sexual.

> As consequências todos conhecemos: sob o pretexto de os juízes não mais serem a boca da lei, os princípios passaram a ser a "era da abertura interpretativa, a era da criação judiciária". Em decorrência, estabeleceu-se um verdadeiro "estado de natureza hermenêutico", que redundou em uma fortíssima e dura reação do *establishment* jurídico-dogmático: mudanças legislativas introduzindo, cada vez com mais força, mecanismos vinculatórios. Em outras palavras, o *establishment* jurídico-dogmático procedeu a uma adaptação darwiniana (STRECK, 2010, p. 100).

Em meio a este "estado de natureza hermenêutico" é que Lenio Streck (2010) demonstra a poluição semântica e o empobrecimento que sofre o significado do termo *pós-positivismo,* confundindo-o com "abertura interpretativa", "ativismo" ou "protagonismo dos juízes-que-já-não-são-a-boca-da-lei". Streck (2010) corrobora com o postulado por Friedrich Müller, para quem o termo *pós-positivismo* refere-se não a um antipositivismo qualquer, mas a uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada "discricionariedade judicial" – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização de direito (STRECK, 2010, p.101).

O pós-positivismo inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico positivo as ideias de justiça e legitimidade, materializadas em princípios, conferindo a estes um caráter normativo, cuja problematização será contemplada no próximo capítulo. Antes, cumpre destacar que a aplicação de princípios não pode servir de álibi para a discricionariedade, pois, deste modo, estaria sendo resgatado o grande problema não resolvido pelo positivismo.

3. O pós-positivismo: A polêmica entre o ser ético, o razoável e o justo.

As novas teorias de interpretação/aplicação do direito vêm moldando um importante momento histórico na ciência jurídica, estas teorias vêm tentando atualmente estabelecer uma ruptura com a posição positivista, dominante no século XX. O discurso vigente nas teorias pós-positivistas assevera que a atividade jurídica não deve restringir-se à lei e aplicação de leis, havendo de se aspirar uma razão prática, imbuída de incessante busca da decisão justa, alicerçada em instrumentos jurídicos como proporcionalidade, ponderação de valores e razoabilidade, fazendo-se prevalecer a efetiva operabilidade de um sistema garantista.

> O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o póspositivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito"(BARROSO, 2006, p.27-8).

As teorias pós-positivistas postulam que a regra não deve ser considerada como inquestionável e superior aos valores que a inspiram. Essas teorias chamam a atenção do aplicador do direito para os fundamentos do direito, ou seja, que as regras devam ser interpretadas à luz do alicerce de todo e qualquer ordenamento jurídico, os princípios.

Nesse sentido Daniel Sarmento (2004) expõe que uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo, que atravessa fase que vem sendo denominada de pós-positivismo, é a importância central atribuída aos princípios, com o reconhecimento de sua força normativa. Hoje, na hermenêutica constitucional reconhece-se a hegemonia dos princípios, "convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais" (SARMENTO, 2004, p.).

No que tange ao momento pós-positivista, registra Chaïm Perelman que se trata de uma "reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural (...) confia ao juiz a missão de buscar (...), uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que

permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito" (PERELMAN, 2004, p. 185). Nesse movimento de reação, Perelman destaca que é permitido ao juiz deixar a lei mais flexível em razão da à intervenção cada vez maior das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito. Ressalta ainda que essa nova concepção confere maior importância ao direito pretoriano, fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador (PERELMAN, 2004, p. 185). Assiste-se, portanto, a um período de maior aproximação entre direito e ética, em que se busca a aplicação dos valores, quer por via dos princípios de direito, quer pela tópica jurídica.

Esta perspectiva pós-positivista do direito é caracterizada por diversos elementos, em especial pela passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito. Caracteriza-se, também, pela transição da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições) e pela suspensão da distinção clássica entre princípios e normas, bem como pela proclamação de normatividade dos princípios.

A intimidade nas relações atuais entre Ética e Direito conduz a um número elevado de normas éticas inseridas em normas jurídicas positivas. Pode-se citar, a título de exemplo, o princípio da moralidade, inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal como um dos pilares da Administração Pública. Porém, além disso, princípios éticos foram inseridos no preâmbulo constitucional, destacando-se, dente eles, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Somado a isso, princípios éticos perpassam o rol dos direitos fundamentais, insertos naquela norma fundamental.

Contudo, não apenas no direito constitucional afloram princípios éticos. Também no direito civil encontram-se consagrados valores como bons costumes, equidade, indignidade, boa-fé, má-fé etc. No direito processual encontram-se consagrados princípios assecuratórios da ética no debate forense, como o dever da lealdade e boa-fé, de urbanidade, de verdade etc., os quais, caso descumpridos, geram consequências processuais, sobretudo a declaração de litigância de má-fé e a imposição de penalidade correspondente.

Lenio Streck (2010) assevera que o caráter normativo dos princípios constitucionais, que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas, não pode ser encarado como um álibi para a discricionariedade, pois desse modo, afirma o autor, "estaríamos voltando para o

grande problema não resolvido pelo positivismo" (discricionariedade judicial). Assim, uma teoria pós positivista, para ser identificada como tal, deve efetivamente superar o positivismo, a superação deste implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial. Importa dizer que as teorias do direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, necessitam de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de:

> :(...) estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: Preservar a autonomia do direito; Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle de interpretação constitucional. Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito;Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais;
> a) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. (STRECK, 2010, 102.)

Além das consagrações dos princípios éticos no direito positivo, há um ponto de fundamental importância para o entendimento do papel do judiciário diante do paradigma pós-positivista. Sem sombra de dúvidas, um dos grandes dilemas do juiz diante desse novo paradigma é confrontar-se com uma decisão juridicamente correta, ou seja, racionalmente e legalmente justificada, porém, eticamente discutível, ou seja, eivada de vícios éticos.

Quando um juiz julga, está criando jurisprudência. O julgador, nesse caso, não está simplesmente interpretando a lei, mas está dizendo de que modo ela deve ser aplicada, criando, portanto, um precedente. Assim, embora não haja uma nova lei escrita, o ordenamento jurídico passa a funcionar segundo a vontade particular de um magistrado que dita as regras para aquele determinado caso e para aquela determinada situação.

Em países em que os sistemas jurídicos são baseados principalmente em jurisprudência, a situação pode ser ainda muito mais perigosa se comparada ao nosso modelo positivista, já que determinada jurisprudência pode virar lei sem ninguém ter votado, ou sem nem mesmo ter passado pelo processo legislativo de criação.

É nesse ponto em que repousa o debate sobre o ativismo jurídico: na autonomia dos agentes judiciais no processo de tomada de decisão quando se verifica presente a lacuna no sistema e esta deve ser resolvida. A celeuma vai desde a crítica a modelos que defendem que a decisão judicial deve ser igual para todos e se estende sobre qual seria o papel e o lugar do Judiciário, dentro do Estado Democrático de Direito.

4. Supremo Tribunal Federal como Ativista Judicial

Por ser muito discutida a definição acerca do que seria uma decisão judicial ativista, pois nem sempre há consenso acerca de qual seria a interpretação correta de um determinado dispositivo constitucional, a doutrina aponta algumas decisões consideradas ativistas:

> Alguns autores — e aqui incluo exatamente T. Pogrebinschi — dizem que o fato de o STF se valer de sentenças interpretativas (interpretação conforme etc.) reforçaria o papel da lei e do Legislativo. Mas, indago: e se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fizer exatamente o contrário do que propunha o Legislativo? Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas (atenção: não quero reiniciar a discussão do mérito dessa ação). Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não regulamentar, na prática o STF "regulamentou" de forma negativa. E o que fez o Judiciário, na ADPF 132? Fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência da ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Ou seja, nem tudo o que parece, é.
>
> Assim, a partir da diferença entre ativismo e judicialização e da relevante circunstância de que o STF não representa o estado da arte dessa fenomenologia deste país de proporções continentais, há uma série de pontos que devem ser abordados. Como venho referindo em vários livros e textos, os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer. Por exemplo, quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial — ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização — como também está "legislando". Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha "querido" deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo "quer dizer". Atenção: sei que o STF mudou sua posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado (Streck, Lênio. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns

A exemplo, traz-se ementa da ADPF 45 MC/DF, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello[1]:

[1] Na situação em apreço, a referida medida restou prejudicada em virtude da edição da Lei nº 10.777/2003, que restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da ação constitucional.
Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004.

> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381, acessado em 02/06/2016).

No caso concreto verificou-se a existência do binômio, referido na ADPF 45 do STF, "(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público" e "(2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas para a implementação da política pública", garantindo-se, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a efetivação do direito constitucional, que vinha sendo descumprido, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição Federal.

Por meio do referido supedâneo recursal pôs-se em evidência, "a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais", sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer a integridade da própria ordem constitucional.

Excepcionalmente, como bem registrado na ação constitucional, pode ser a incumbência atribuída 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." (ADPF 45 do STF. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381)

Assim, em se mostrando e arbitrária e evidente a violação aos direitos mínimos existenciais, denota-se adequada a medida da arguição de preceito constitucional, que se revela, neste caso, como um clássico exemplo de ativismo judicial da Corte Suprema:

> "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.
> - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.
> - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.
>
> .....
> - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."
> (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). (Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381)

Desse modo, a cláusula da "reserva do possível" não poderia ser invocada, pelo Estado, para se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sobretudo, quando, desse *non facere*, possa resultar a inviabilidade de efetivação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

No caso, assinalou o Ministro Relator que “consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode se converter em promessa constitucional, “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).

Assim, não poderá o Poder Público, por indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo para a viabilização do estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Por outro lado, em restando comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira do ente estatal, deste não se pode razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Considerações Finais

O ativismo judicial, consoante referido, denota um papel criativo dos tribunais que, por vezes, acabam antecipando-se à criação da lei.

Não existe consenso entre os estudiosos do Direito quanto ao conceito de Ativismo Judicial, todavia, seu objetivo é garantir o direito das partes de forma célere, vislumbrando às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da omissão por parte dos poderes legislativo e executivo.

Renomados autores da literatura jurídica sustentam que ao juiz cabe o papel de aplicar a lei, ainda que lhe pareça injusta, ou que contrarie princípios constitucionais, não podendo ele substituir o legislador.

A lei, contudo, não tem como prever a totalidade dos casos em particular, por mais abrangente que seja, de forma que se aplicada como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante.

Assim, cada vez mais, é evidente a necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua apreciação, pois ele não pode afastar-se da realidade em que vive. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos.

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, consequentemente, a atuação do juiz nas lides, que assume uma postura mais ativa, cabendo-lhe zelar por um processo justo, com a adequada verificação dos fatos, a participação das partes, a justa aplicação das normas de direito material e a efetividade da tutela de direitos.

Somado a isso, a abstração legal e a subjetividade de conceitos legais, ensejam a necessidade de o juiz usar da discricionariedade em sua atividade.

O discurso vigente nas teorias pós-positivistas assevera que a atividade jurídica não deve restringir-se à lei e aplicação de leis, havendo de se aspirar uma razão prática, imbuída de incessante busca da decisão justa, alicerçada em instrumentos jurídicos como proporcionalidade, ponderação de valores e razoabilidade, fazendo-se prevalecer a efetiva operabilidade de um sistema garantista.

As teorias pós-positivistas postulam que a regra não deve ser considerada como inquestionável e superior aos valores que a inspiram. Essas teorias chamam a atenção do aplicador do direito para os fundamentos do direito, ou seja, que as regras devam ser interpretadas à luz do alicerce de todo e qualquer ordenamento jurídico, os princípios.

Lenio Streck, porém, adverte que o caráter normativo dos princípios constitucionais, que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas, não pode ser encarado como um álibi para a discricionariedade, pois, desse modo, afirma o autor, "estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo" (discricionariedade judicial). Assim, uma teoria pós positivista, para ser identificada como tal, deve efetivamente superar o positivismo, a superação deste implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial.

É nesse ponto em que repousa o debate sobre o ativismo jurídico: na autonomia dos agentes judiciais no processo de tomada de decisão quando se verifica presente a lacuna no sistema e esta deve ser resolvida. A celeuma vai desde a crítica a modelos que defendem que a decisão judicial deve ser igual para todos e se estende sobre qual seria o papel e o lugar do Judiciário, dentro do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In.

BARROSO, Luís Roberto. (Org). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em:< http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15/11/2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio: o dicionário da língua. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. São Paulo: Martins Fontes, **1987.**

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

MARINONI, Luiz Guilherme**. Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade,** nº 17, agosto-dezembro de 2000, p. 2.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lênio. **Senso Incomum: Ativismo existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência*?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381