

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JENIFER BACON MODESTO ASSUMPÇÃO

**O ATIVISMO JUDICIAL E O ÂMBITO DE ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA BUSCA
PELA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL**

CURITIBA

2014

JENIFER BACON MODESTO ASSUMPÇÃO

**O ATIVISMO JUDICIAL E O ÂMBITO DE ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA BUSCA
PELA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL**

Monografia apresentada como Requisito parcial à conclusão do Curso de Pós Graduação em Direito Aplicado, ministrado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Osvaldo Canela Junior

CURITIBA

2014

Dedico esse estudo aos magistrados que, com comprometimento e coragem, lutam pelo Direito e pela Justiça.

Agradeço a Deus por me propiciar uma vivência de sentimentos profundos, capazes de ressaltar a importância de uma atividade jurisdicional diretamente voltada às necessidades humanas.

Não procures tornar-te juiz se não tens força para extirpar a injustiça, caso contrário, irás intimidar-te diante de um poderoso e mancharás a tua integridade.

Eclesiástico 7-6

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	3
RESUMO	4
RIASSUNTO	5
1 INTRODUÇÃO	6
2 SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL	7
2.1 CAUSAS FAVORECEDORAS	8
2.2 RELEVÂNCIA CONCEITUAL	12
2.3 CONCEITUAÇÃO DOUTRINÁRIA DE ATIVISMO JUDICIAL	12
3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	14
3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	16
3.2 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	18
4 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL	21
4.1 O POSITIVISMO E O MÉTODO SUBSUNTIVO	21
4.2 A AFRONTA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	26
4.3 AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES	28
4.4 A NECESSIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS DECISÕES	29
5 CONQUISTAS DO ATIVISMO JUDICIAL	31
5.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	31
5.2 A EQUIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS	32
5.3 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.....	36
5.3.1 Restrição ao uso de algemas	36
5.3.2 Aborto em gravidez de feto anencéfalo	37
5.3.3 A prisão do depositário infiel	38
5.3.4 A obrigação da mãe em reparar o dano causado por remédio	39

5.3.5	Passe livre aos deficientes no transporte coletivo	39
5.3.6	Vedação ao nepotismo nos três Poderes da República	40
5.3.7	Inelegibilidade de vida pregressa de candidatos a cargos eletivos .	41
5.3.8	Reconhecimento do casamento homoafetivo.....	42
6	CONCLUSÃO	43
7	REFERÊNCIAS	44
8	DOCUMENTOS CONSULTADOS	47

1. INTRODUÇÃO

Nas mais modernas discussões acerca da atividade jurisdicional, inafastável a polêmica que gira em torno ao tema do ativismo judicial. Mas antes de se caracterizar determinada postura como prejudicial ou desaconselhável, deve-se examiná-la ao ponto de se conhecer seus motivos justificadores, suas causas de favorecimento, seu surgimento, e principalmente suas conseqüências para o meio social em que existe.

Mostra-se imprescindível a um profundo entendimento do tema, uma apreciação terminológica que vise demonstrar as aproximações e distâncias existentes entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política.

Ultrapassada a análise conceitual, abre-se fecundo espaço à apresentação das críticas tecidas pela doutrina tendentes a demonstrar a prejudicialidade do ativismo judicial para o ordenamento jurídico brasileiro. O exame dos argumentos sobre os quais tais críticas são calcadas se faz necessário, principalmente para a realização de um estudo desenvolvido mediante antítese e lógica, considerando as críticas e respostas, as conseqüências de tal postura e da ausência dela para a proteção dos direitos assegurados pela Carta Magna Brasileira.

Neste diapasão, o papel do poder público assume destacada relevância, posto que é o responsável pela consecução de fins propostos pela Constituição Federal como de maior valor no sistema jurídico nacional. Destaca-se a importância do direitos fundamentais e da atividade jurisdicional ao garanti-los da lesão ou ameaça de lesão realizada pelo próprio poder público ou mesmo por particular.

A proteção oferecida pelo Poder Judiciário, como guardião eleito pelo constituinte originário, vem demonstrada sob um viés de Jurisdição Constitucional, segundo a qual o poder público – singularmente considerado – deve proteção e efetividade ao diploma constitucional, mediante o exercício de suas três esferas de poder: Executivo, Legislativo e Judiciário.

2. SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

O surgimento do ativismo judicial *latu senso* remonta ao controle constitucional de leis federais americanas, historicamente realizado pelo juiz John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 (O'BRIEN, 2005, p. 119). Trata-se da primeira ocasião em que se decide que cabe ao Judiciário determinar se uma questão é ou não política, mediante o controle de constitucionalidade a ser exercido pela Suprema Corte.

Esta primeira abordagem da atividade jurisdicional como inerente em outras esferas do poder público se operou, originariamente, em relação ao Poder Legislativo, pois se tratava de um controle de constitucionalidade realizado em relação às leis federais americanas. A partir daí outros fatores como a guerra, o surgimento de novos modelos constitucionais, a maior proteção a determinados direitos, dentre outros, influenciaram para que essa hipótese política assumisse ainda maior magnitude.

Nesse sentido:

A redemocratização acentuada, após a Segunda Guerra Mundial, em alguns países, bem como, na década de 70, os novos modelos de Constituição adotados por Espanha e Portugal, caracterizam o marco histórico do novo Direito Constitucional. No Brasil, é constatado a partir da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que se passou de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, preocupado com a concretização de direitos, como igualdade e justiça social, e, ainda, com a garantia de direitos fundamentais. (ALGUMAS..., 2014).

Após a II Guerra Mundial, emergiu a necessidade de consolidação de um Estado Constitucional, pautado numa Constituição como norma jurídica e não como um mero documento político, e um Tribunal que pudesse efetivamente defendê-la de qualquer afronta. Essa foi uma tendência que se seguiu em nível internacional, vale dizer, a partir da redemocratização, também a maioria dos países europeus, criou um Tribunal Constitucional e um controle de constitucionalidade das leis. Nesses países, a Constituição e a proteção ao seu conteúdo passam a integrar o centro do ordenamento jurídico.

Relaciona-se o surgimento do fenômeno de judicialização ao processo histórico de crítica à subsunção e ao formalismo, pois se reconheceu ao longo dos últimos anos a insuficiência do método subsuntivo para a resolução da generalidade de conflitos. O mundo jurídico conheceu como contra-partida ao exagerado formalismo, a “judicialização da política”.

Somente será possível observar esse fenômeno, em países onde há: “uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade.” (CITADINO, 2001, p. 136). Por esse motivo, foi a Constituição Cidadã de 1988, que trouxe à lume, a ocorrência do mencionado fenômeno no caso do Brasil, além de eleger o Supremo Tribunal Federal como seu maior defensor.

2.1 CAUSAS FAVORECEDORAS

Existem causas específicas que se somaram ao fazer surgir a ingerência do Poder Judiciário em outras esferas de poder. Senão vejamos:

- a. Inefetividade dos direitos fundamentais
- b. Aumento da regulação social
- c. Falta de capacidade técnica legislativa
- d. Descrédito político
- e. Desvio de interesse político
- f. Alto nível litigiosidade
- g. Transferência ao judiciário de decisões que possam agradar ou não parcela significativa da sociedade

O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

A **primeira** grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A **segunda** causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa³, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A **terceira** e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (OAB, 2014).

Para Barroso (2012, p. 04), as causas estão intrincadas em três grandes mudanças de paradigmas, quais sejam “o reconhecimento da Constituição como força normativa; b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional”.

a) o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais (núcleo compromissório da Constituição); b) o nível de profusão legislativa com o consequente aumento da regulamentação social; c) o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade. Na medida em que aumentam os indicadores de inefetividade dos Direitos Fundamentais, os índices de produção legislativa, e da litigiosidade social, também aumentará o nível de judicialização. (2012).

Como mencionado, o modelo constitucional adotado no Brasil, especificamente quanto à Consituição Federal de 1988, favoreceu a ascensão institucional do Poder Judiciário.

Acerca das causas da judicialização no Brasil, ensina Barroso (2012, p. 07):

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Nesse sentido, Marcos Faro Castro (1997, p.17) acrescenta que:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político', sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos'.

Citadino (2004, p. 106) apresenta outra forma de entender a judicialização e esclarece que se trata de “um meio de se concretizar a Constituição, pois representa

um alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito”.

Deve-se mencionar, ainda, os estudos de Tate e Valinder (THE GLOBAL, 1995), segundo os quais o fenômeno seria definido como:

A reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Além disso, segundo os autores, existem seis causas que favorecem o surgimento da judicialização, são elas: a democracia; a separação dos poderes; os direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e, por fim, a inefetividade as instituições majoritárias.

Outro importante fator a se mencionar é a tendência de se submeter à apreciação do Poder Judiciário, questões polêmicas, que geram grande embate na esfera do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou de ambos simultaneamente. A expeculação é fator indissociável do mundo político, como se sabe. Pode ocorrer, que decisões sejam “transferidas” ao Judiciário, para muitas vezes, se evitar uma imagem negativa frente a eleitores. Desta forma, delegar atribuição ao Poder Judiciário, talvez, tenha sido o modo encontrado pelos políticos para se eximirem de responsabilidade, ou de não agirem contra grande parcela da sociedade, o que equivaleria à perda de votos para o candidato ou partido. É o caso, por exemplo, do aborto de anencéfalos, repudiado veementemente pela igreja Católica. (ALGUMAS..., 2014).

Há de se salientar, ainda, um último e não menos importante fator de contribuição ao surgimento do ativismo judicial: a falência e descrédito das pessoas eleitas democraticamente para ocupar as funções públicas. O descrédito acerca da política, por parte dos cidadãos, faz com que se deseje cada vez mais um pronunciamento jurídico acerca de problemáticas públicas. Equivale dizer, que se o cidadão se encontra de frente a uma atitude de inércia ou de ilegalidade por parte daqueles por ele eleitos, recorrerá ao Poder Judiciário como meio de solução de seu problema.

Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no Judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (Legislativo e Executivo). Muitos fatores

contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos (que cada vez mais aparecem como protagonistas de casos de corrupção), passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, o juiz (melhor seria dizer: o Judiciário — acrescentamos) passa a ser uma referência da ação política. (OAB, 2014).

2.2 RELEVÂNCIA CONCEITUAL

A importância conceitual está no fato de que depende da caracterização da atividade ativista para se atribuir pontos positivos ou negativos à sua concepção. Isso porque dizer que ativismo judicial é interpretar o ordenamento jurídico conforme a constituição, seria dizer que o magistrado deve iniciar suas atividades jurisdicionais em maneira ativista, pois a interpretação segundo a CF é sua maior incumbência.

De outra parte, dizer que ativismo judicial é atribuir seus valores pessoais à atividade realizada pelos outros poderes da esfera federativa, é trazer à lume no mínimo a necessidade de limitar a liberdade dessa abertura, sob pena de violação à clássica de separação dos poderes. Dworking (1999, p. 451) diz que o magistrado ativista ignoraria o texto da Constituição e qualquer outro valor normativo em nome de suas próprias convicções. Nesta concepção uma postura ativista seria nefasta ao ordenamento. Assim, dizer que ativismo é necessário ou repudiável depende, em suma, do conceito que se adota em relação ao tema.

2.3 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO ACERCA DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Não há um consenso doutrinário a respeito do conceito de ativismo judicial. Alguns autores o aproximam do conceito de judicialização da política, outros o afastam, afirmando a independência existente entre eles, e existem, ainda, os que igualam os conceitos.

Em termos simples, poder-se-ia arriscar que ativismo judicial significaria uma postura proativa do Poder Judiciário que interfere nas opções políticas dos demais poderes. (WIKIPÉDIA, 2014). Mas esse conceito, estaria abrangendo também a judicialização da política, que pode apresentar um afastamento prático relevante. Oportuno, portanto, esclarecer o que cada fenômeno significa objetivamente.

Garapon (2001, p. 24) aduz que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”.

José Afonso da Silva (OAB, 2013), em Palestra ao Conselho Federal da OAB, afirmou que:

O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais. (...) O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva.

Para o festejado jurista e ‘Medalha Rui Barbosa’, da Ordem dos Advogados do Brasil, o conceito de ativismo judicial englobaria tanto o fator interpretação, - realizada pelo Poder Judiciário, como o norte a direcioná-la, - o texto constitucional, além do fator “inovar” ou “construir”. Com a devida vênia, há de se salientar que os conceitos acima apresentados ainda não trazem em si as especificações necessárias a delimitar conceitualmente o ativismo judicial e a judicialização da política. Para o presente o estudo, a propriedade terminológica e conceitual dos temas assume grande relevância, tanto por isso, deve-se esclarecer as proximidades e distâncias conceituais existentes entre eles.

3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 19) aponta o caráter ambíguo do termo ativismo judicial:

(...) Apresenta um caráter finalístico e comportamental. O primeiro refere-se ao compromisso com a expansão dos direitos individuais, ao passo que no segundo prevalece a visão pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional.

Nessa apreciação, o compromisso com a expansão dos direitos individuais estaria a se referir mais à judicialização da política, e a parte que menciona a visão pessoal de cada magistrado apresentaria as características de um ativismo judicial. Dessa forma, essa seria uma aproximação conceitual entre o ativismo e a judicialização, indicando, de forma geral, um deslocamento do polo de decisão de certas questões, - que tradicionalmente caberiam aos poderes Legislativo e Executivo, - para o âmbito do Judiciário.

Ativismo judicial deve ser entendido em duas formas. A primeira delas, é o ativismo judicial *lato senso*, que englobaria duas espécies – ativismo judicial *stricto senso* e judicialização da política. A segunda forma – ativismo judicial *stricto senso*, diz respeito mais diretamente à ingerência do Poder Judiciário em atividades originariamente desenvolvidas pelo Poder Legislativo – é a forma pura do ativismo judicial, em sua manifestação inicial, com o caso Marshall nos EUA. Aqui, exercendo um controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário estaria atuando na seara no Poder Legislativo.

O ativismo judicial *stricto senso* – ainda possui dois desdobramentos, quais sejam: o ativismo criador, quando a decisão cria onde a lei era silente e o ativismo reformador, onde a decisão proporciona solução diferente da prevista pela lei. Já, na judicialização da política, evento que data de acontecimentos posteriores, a atuação do Poder Judiciário estaria a infringir atividades exercidas pelo Poder Executivo.

	Ativismo Judicial Puro ou <i>Strictu Senso</i> - Poder Legislativo	
Ativismo Judicial <i>Latu Senso</i>	Judicialização da Política	- Poder Executivo

Desta forma, ativismo judicial, como gênero, estaria a englobar as espécies – ativismo judicial puro ou *strictu senso* e judicialização da política. Nesse sentido:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam 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. (...) 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, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (OAB, 2014).

A judicialização da política seria o fato de ser decidida pelo Poder Judiciário, questão eminentemente política, ou seja, ligadas às atividades do Poder Legislativo e Executivo, enquanto que o ativismo judicial estaria relacionado a uma postura do magistrado de decidir conforme princípios constitucionais, em inobservância à lei, ou em casos em que ela é silente – no ativismo judicial criador ou criativo.

A proximidade conceitual entre os dois fenômenos se justifica na medida em que se percebe que ao ser ativista, e portanto, julgar conforme princípios constitucionais, o magistrado estaria, de toda forma, se pronunciando acerca de uma matéria objeto de apreciação por parte de outros Poderes da esfera pública. No entanto, percebe-se que o ativismo judicial estaria mais relacionado a uma ingerência no Poder Legislativo, direcionando-se a uma interpretação legislativa diversa da inicial, ou originária, em caso de inexistência de texto legal sobre o assunto versado; enquanto que a judicialização da política estaria mais relacionada à interferência em decisões políticas, aquelas realizadas em maior parte pelo Poder Executivo.

Vanice do Valle (2013), acerca do ativismo judicial, acrescenta que:

“[...] o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como **ativismo** ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – conseqüentemente, o repúdio ao **ato do poder legislativo** – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis.” (grifo nosso)

Ativismo Judicial não é mero controle de constitucionalidade, mas o reiterado desafio a outros poderes, com vistas à proteção e efetividade das garantias constitucionais. Muito embora desafiar outros poderes possa ser considerado negativo, deve-se reconhecer que não é possível ao legislador prever todas as situações fáticas postas à apreciação do Poder Judiciário, e assim, inevitavelmente surgiriam situações em que o magistrado, para fins de equidade, estaria impelido a “criar” ou se comportar de forma “ativista”. Tal ponto de vista será explando com maior profundidade nas seguintes páginas.

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ao se falar de Judicialização, deve-se ter em conta que alguns autores a mencionam sinônimo de ativismo judicial. Nessa tônica, ultrapassada a precisa conceituação realizada em momento anterior, o presente estudo abordará a judicialização da política, como espécie do gênero ativismo judicial. Em que estaria um direcionamento à atividade jurisdicional em ingerência a atividades primordialmente desenvolvidas pelo Poder Executivo.

Manoel Messias Peixinho aduz que:

O Estado de Direito sofre profunda modificação quando abandona a missão de Estado exclusivamente legislativo, preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos, e passa a considerar a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. (O PRINCÍPIO, 2012).

Ao referir-se à judicialização da política, em apresentação à obra “Controle Judicial de Políticas Públicas”, do prof. Osvaldo Canela Junior, a renomada jurista Ada Pellegrini Grinover define:

E esta nada mais representa do que o papel do Judiciário no controle da constitucionalidade de políticas públicas, para aferir sua aderência ao art. 3º da Constituição, determinante dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (2011, p. 13).

A judicialização é fenômeno cada vez mais recorrente no cenário brasileiro, bem como o ativismo judicial, de forma que seja imprescindível conhecer seus traços comuns, origens e características. Diante do exposto, é possível delinear a estreita relação existente entre os conceitos de forma que ambos se caracterizam por uma atividade do Poder Judiciário que vai além da mera aplicação da lei ao caso concreto.

Werneck Vianna et al (1999, p. 15) ressaltam que:

O que se constata é que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado em uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços antes inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada. Foi a emergência dos novos titulares dos direitos, especialmente o movimento obreiro a mediados do século passado que pôs fim a rigorosa separação entre Estado e sociedade civil nos termos da doutrina liberal.

Mais objetivamente no caso da judicialização da política, em que o Poder Judiciário estaria a interferir em atividades eminentemente direcionadas ao Poder Executivo, necessidade que se impõe é de exame do controle judicial de políticas públicas, pois conforme ensina o prof. Osvaldo Canela Junior (2011, p. 19):

O Poder Judiciário, embora vacile ante a imprecisão do princípio da separação de poderes, tem concedido, em casos extremos, tutela jurisdicional a determinados bens da vida amparados pela Constituição, tais como a saúde e a educação. Não há, contudo, um tratamento sistemático da matéria, de forma que a doutrina tem manifestado temor com a possibilidade da formação de um “governo de juízes” e com as consequências da transformação do Poder Judiciário no balcão de demandas sociais da população.

O Poder Estatal singularmente entendido visa à consecução de meios para o alcance de seu objetivo final de propiciar o bem comum. Os meios pelos quais objetivará a realização desses fins são suas políticas públicas. Assim:

De acordo com parâmetros traçados pela Constituição Federal, o Estado brasileiro estabeleceu objetivos claros, todos insertos no respectivo art. 3º. Os verbos utilizados são indicativos da conduta pró-ativa do Estado: construir, garantir, erradicar, reduzir e promover. O sentido de realização é evidente, constituindo componente primordial para a compreensão das chamadas políticas públicas. (...) Todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, incluindo-se neste rol os agentes políticos, constituem políticas públicas. Esta concepção é plenamente consentânea com a idéia de que o poder estatal é uno e se direciona à consecução dos seus objetivos. Assim, políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 57).

3.2 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal determina que é o Poder Judiciário responsável pelo controle de compatibilidade entre seu texto magno e todo o ordenamento jurídico. Cabe ao Poder Judiciário a salva-guarda da Constituição bem como a concretização dos valores nela compreendidos. Além disso, estabeleceu quais seriam os bens de maior relevância a serem tutelados por esse ordenamento e efetivados pelas três esferas do Poder Público – Legislativo, Executivo e Judiciário.

Pilar Domingos (2009, p. 37) aponta que:

A judicialização da política significa, em primeiro lugar, uma maior presença da atividade judicial na vida política e social; em segundo lugar, nos fala que os conflitos políticos, sociais ou entre o Estado e a sociedade se resolvem cada vez mais nos tribunais; em terceiro lugar, é fruto do processo pelo qual diversos atores políticos ou sociais, veem como vantagem recorrer aos tribunais com o fim de proteger ou promover os seus interesses. A utilização de estratégias jurídicas, de alguma forma, amplia o poder político dos juízes. Por último, a judicialização da política aponta, em certo modo, para uma tendência talvez crescente de que a legitimidade do sistema político vai ligado com a capacidade do Estado democrático moderno de cumprir com as suas promessas do Estado de direito, de proteger os direitos do cidadão,

de garantir o princípio de dito processo e os mecanismos de prestação de contas dos governantes.

O estado deve realizar seu escopo final de concretização de valores constitucionais através de seus poderes. Transcurar tais valores por meio desses próprios poderes é de todo inadmissível.

Equivale dizer, que “nenhuma política pública, oriunda do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, poderá se converter, comissiva ou omissivamente, em instrumento de resistência à efetivação dos direitos fundamentais”. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 23).

A professora Ada Pellegrini Grinover acrescenta:

(...) Foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada. (...) Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária. (2008, p. 12-13).

O prof. Osvaldo Canela Junior aduz que:

Impende a observação de que uma política, entendida como programa de ação, somente será pública se atender ao bem comum, ao interesse público. O interesse público está expressamente estabelecido no art. 3º da Constituição Federal. Uma política será pública, portanto, se atender aos objetivos do Estado brasileiro.

Cabe ao Poder Judiciário inafastável incumbência de garantir a efetividade desses direitos, pois:

No Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização de sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. (GRINOVER, 2008, p. 13-14).

O reconhecimento de direitos sem mecanismos que possam efetivá-lo impossibilita que determinado ordenamento jurídico seja considerado idôneo à pacificação social. Assim, “se o Estado garante a liberdade dos cidadãos, mas não executa os atos materiais necessários para a consecução efetiva da igualdade substancial, não pode ser considerado realmente democrático”. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 51).

A efetivação desses direitos fundamentais deve ser garantida pelo Estado, que possui o *munus publico*, com o desenvolvimento de políticas direcionadas às necessidades públicas, pois “o Estado, como sujeito passivo da obrigação, as satisfaz por meio da atuação concreta das formas de expressão do poder estatal”. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 59). Esse poder estatal deve ser entendido de forma ampla, englobando todos seus desdobramentos – seja em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Merecem atenção especial as críticas tecidas pela doutrina à conduta ativista por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, afirma Ronald Dworkin (1999, p. 451) que:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Alguns autores iniciam suas críticas, já mesmo na conceituação de ativismo judicial, deixando clara sua propensão a entender que o ativismo judicial, por si só, se caracteriza em algo negativo e que, portanto, não deveria se operar. É dizer:

A raiz do ativismo liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política. (DO VALE, P. 21).

Várias são as fundamentações explanadas no sentido de se demonstrar o quanto seria prejudicial o ativismo judicial à preservação de um ordenamento jurídico. As principais mencionam, dentre outros fatores, os expostos a seguir:

4.1 O POSITIVISMO E O MÉTODO SUBSUNTIVO

A primeira questão abordada diz respeito à afronta que o ativismo judicial significaria em relação ao positivismo e ao método de subsunção na aplicação do direito. Isso porque, configura-se “de fundamental importância para a coerência

interna do pensamento formalista defender conjuntamente a utilização da subsunção e a crítica ao ativismo judicial”. (WIKIPÉDIA, 2014).

A atual realidade jurídica ainda demonstra prevalecer o pensamento jurídico positivista, de Hans Kelsen, como método de subsunção na aplicação do Direito, realizando em sua inteireza o silogismo, como forma de interpretação jurídica. Equivale dizer, aplica-se determinada lei a um caso concreto e se surgir uma característica diferente ao mesmo caso concreto, ainda assim, segundo o silogismo, aquela seria a lei aplicável. Na prática, isso deveras vezes se traduz em situações de injustiças que o bom Direito deveria evitar.

Kelsen (2011, p. 390), em relação à interpretação jurídica, reservou pequena parte de sua criação literária, mas mesmo com essa reserva, bem ensinou que a norma jurídica seria uma “moldura”, e caberia ao seu intérprete outorgar-lhe o conteúdo, nas seguintes palavras:

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar, e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor.

Georg Henrik Von Wrigth (WIKIPÉDIA, 2013), em 1951, aprimorou a lógica deontica, identificando os modais deonticos no mundo do dever ser, sem correspondência fática direta. No mundo do dever ser, as normas seriam perfeitas, claras e unívocas.

Esse processo de busca pela disposição literal da lei e sua pura aplicação, distanciou o ‘intérprete’ do exame de possíveis divergências entre a letra dos textos, sua interpretação e aplicação. Era concebível que a dogmática jurídica impusesse a um conjunto de premissas, uma consequência já estabelecida. Maior problema estava quando a esse conjunto de premissas, se acrescentava nova característica e a solução apresentada pela dogmática jurídica continuava sendo a aplicabilidade da mesma norma. (SERBENA, 2012, P. 15). Assim, acrescenta Adriana de Souza (2013):

A dogmática jurídica não costuma aceitar a hipótese de o antecedente ser configurado e o dever-ser não se operar, ou ainda, a situação consoante a qual o fato previsto na antecedente corre, a previsão do conseqüente não é atendida, porém nenhuma sanção é (ou dever-se) cominada. A doutrina, em circunstâncias como estas, costuma falar em perda da eficácia ou em descumprimento legal, entretanto, não consegue trata-las como um fenômeno muitas vezes configurado na prática, ocorrido quando a norma *a priori* aplicável não é aplicada.

A aplicação cega das normas não corresponde, muitas vezes, à resolução mais coerente e traz uma situação de injustiça imposta à parte que espera que o Direito possa ser meio capaz de propiciar um desfecho justo. O aplicador do Direito deve examinar as peculiaridades do caso posto a sua apreciação e, se for o caso, afastar a aplicabilidade da norma que traria a injusta decisão.

Chaim Perelman (2004, p. 209), com maestria, enfatizou que:

O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível.

O raciocínio jurídico silogista é realizado de forma monotônica, equivale dizer que serão as mesmas conclusões deduzidas das premissas iniciais, ainda que novas características sejam consideradas. Cesar Antonio Serbena (2012, p. 15), no tocante ao assunto, ensina que:

A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas, no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões, porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não monotônica é uma lógica diferente da lógica clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões já deduzidas não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode “derrotar” a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão.

Um raciocínio não monotônico é o que se busca firmar na realidade jurídica atual. Andreoni Vasconcellos (2010, p. 47) elucida que:

Entre “perdas e ganhos” de cada padrão lógico, a não monotonicidade se destaca porque autoriza a representação dos embates argumentativos de forma mais realista, dentro daquilo que geralmente ocorre quando se pretende aplicar uma previsão do direito positivo em um cenário litigioso.

No mesmo sentido, acrescenta Eros Grau (2009, p. 77):

A lei pode parecer “clara” ou mesmo ‘unívoca’ no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deva ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente destituída de clareza. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se aplica algo pronto e acabado, um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído.

Kaufmann (2002, p. 315-316) conclui que:

O dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito.

O procedimento jurisdicional exige a utilização da hermenêutica, seja para definir a legislação aplicável ao caso ou o sentido do texto legal a ser utilizado, mas acima disso, uma resolução fática que mais se aproxime aos critérios de equidade sedimentados no sistema jurídico.

Uma tal resolução não pode se debruçar somente sobre o texto legal, mas também sobre todas as outras fontes do Direito, para então se verificar se aquela decisão, de fato, se coaduna a todo um sistema.

Aristóteles (2002, p. 15) elucida:

O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não esta

na lei nem no legislado, e sim na natureza do caso particular, já que assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.

A segurança jurídica é o principal argumento das críticas que se direcionam à Teoria da Derrotabilidade, sustentando que adotar tal Teoria significaria afrontar o corolário da Segurança Jurídica.

Consoante à interpretação da norma jurídica e a segurança jurídica, Kelsen (1998, p. 396) asseverou que:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vistas da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

Ocorre que a segurança jurídica é um dos norteadores, conscientes ou não, do raciocínio jurídico. Equivale dizer que, o intérprete ao formular sua decisão, o faz sempre com vistas à conformidade entre ela e o ordenamento jurídico. Desta forma, resguarda, ainda que inconscientemente, a segurança jurídica de seu veredito.

Andreoni (2010, p. 211) sustenta que “os valores da segurança jurídica e do princípio democrático estão presentes de forma explícita ou implícita, em todo o raciocínio desenvolvido”. Nesse sentido:

A decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para a aplicação das regras em geral. A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual.

Além disso, a segurança jurídica demonstra-se abalada de forma mais direta e contundente quando ao se aplicar a letra fria da lei, traz-se ao mundo da realidade as mais esdrúxulas decisões, pois a falta de credibilidade social no Poder Judiciário

e no Direito como um todo, é a maior e mais prejudicial forma de insegurança jurídica. A cancelar tal entendimento, colocam-se as palavras de Lucas Abreu Barroso (2006, p. 606), para quem: “o paradigma judicativo-decisório não elimina ou mitiga a segurança jurídica, mas ao contrário, a reforça como segurança NO DIREITO E NÃO DO DIREITO.

Esclarecedoras as palavras de Luis Roberto Barroso (2009, p. 04), para quem:

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Paulo Bonavides (2002, p. 140) conclui acerca do assunto, que:

O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei.

4.2 A AFRONTA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Outras das críticas formuladas pela doutrina contrária ao ativismo judicial diz respeito à afronta que significaria o seu exercício à democracia de um país. O professor Osvaldo Canela Junior (2011, p. 60) ensina:

Em perfeita harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, A Constituição Federal adotou, em seu art. 1º, *caput*, a democracia como forma de governo, consagrando a soberania popular como fundamento da República Federativa do Brasil (inciso I).

Segundo esse argumento de crítica ao ativismo judicial, o Poder Judiciário estaria a ofender a Constituição Federal, pois os magistrados não possuiriam legitimidade democrática para influenciar o Poder Executivo e Legislativo, que são eleitos pelo povo, no exercício de suas atividades. Nesse sentido:

Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (BARROSO, 2013).

O descrédito às instituições políticas e aos sistemas de escolha dos representantes dos poderes Executivo e Legislativos evidenciam que um semelhante processo de escolha dos magistrados estaria igualmente fadado à falência total de seus fins.

A abissal desigualdade existe entre os diversos setores da sociedade gera ódio e o desespero, componentes altamente favoráveis à formação de governos totalitários, segundo nos relata a História. A democracia, valor tão caro à humanidade, encontra-se seriamente em risco quando o direito de votar é objeto de barganha por um pedaço de pão. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 19).

A triste realidade brasileira aponta a grande maioria de eleitores não esclarecidos escolhendo seus representantes por motivos vários, consubstanciados muitas vezes, em suprir necessidades primárias.

Este é o motivo pelo qual se torna inadmissível um sistema de escolha de magistrados lastreado no escrutínio popular e por mandatos transitórios. O sistema de admissão por concurso público, mesmo que demande aperfeiçoamentos, atraleado às garantias constitucionais conferidas aos magistrados (CF, art. 95), objetiva afastar completamente os magistrados das injunções político-partidárias. Enquanto o magistrado estiver preocupado com compromissos político-partidários ou com a transitoriedade de suas funções haverá espaço fértil para o arbítrio e, portanto, para o desvio de compromissos do Estado brasileiro. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 100).

Com relação às críticas que se colocam, destaca-se que não há risco à legitimidade democrática enquanto juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição Federal e das leis. Em havendo manifestação do legislador, deve o juiz acatá-la e aplicá-la, desde que não afronte a Constituição, pois é dever do Supremo Tribunal Federal sua salvaguarda e o equilíbrio do ordenamento jurídico somente será mantido à medida em que às proposições constitucionais for conferida a relevância e urgência com as quais foram criadas.

4.3 AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES

A noção clássica do princípio da separação dos poderes evidencia que cada poder deve exercer a função para a qual foi pré-determinado. Assim, o governo deve ser feito com base em leis e não na vontade arbitrária dos homens. Nesse contexto específico, subsumir seria a função do Poder Judiciário. Ocorre que a subsunção, conforme demonstrado, não se mostra suficiente a tutelar grande parte das situações submetidas ao Poder Judiciário. Na visão clássica do Barão de Montesquieu (1993, p. 181):

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Numa concepção jurídico-formalista da separação dos poderes, os Poderes Legislativo e Executivo sobrepor-se-iam ao Judiciário na formação e implementação de políticas públicas. Assim, as decisões estritamente de cunho político estariam afastadas do âmbito jurisdicional, por não se consubstanciarem em funções clássicas dos juízes. (WIKIPÉDIA, 2014).

Ocorre que cabe ao Supremo Tribunal Federal a salvaguarda da Constituição que é o documento jurídico e político de maior importância em uma democracia e a legitimidade do Poder Judiciário está exatamente em contradefender princípios não observados pelos outros Poderes da Federação. Assim, a

constitucionalização de direitos de caráter social é muitas vezes enriquecedor para a democracia e preservação do conteúdo constitucional.

Por óbvio que, ao legislar, o Poder Legislativo está exercendo sua função constitucional que deve ser respeitada.

Não é possível a invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. Como já ressaltado, o Poder Judiciário, durante o exercício do controle de constitucionalidade, não interfere na esfera exclusiva de atribuição das demais formas de expressão do poder estatal, porque atua exclusivamente em âmbito jurisdicional. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 94).

Citando Luis Roberto Barroso, em Seminário apresentado na OAB, José Afonso da Silva alertou que: “num regime democrático prevalece a posição da maioria representada pelo Poder Legislativo, (...) sempre que o Legislativo dispõe sobre o Direito, o Poder Judiciário deve seguir aquela decisão”. (OAB, 2013a).

4.4 A NECESSIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS DECISÕES

Na impossibilidade de previsão pelo legislador de todos os casos que poderão surgir na realidade, o aplicador das leis deve se ater às peculiaridades do fato concreto, “dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão”. (OAB, 2013a).

Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica. (ARISTÓTELES, 2002, P. 203).

Também a interpretação do direito não pode se desprender de tais valores há muito absorvidos pela cultura jurídica. Nesse passo, o intérprete jurídico, quer no âmbito doutrinário ou jurisprudencial, deve conhecer e avaliar tais valores, formulando uma argumentação jurídica persuasiva que atente às microesferas do

ordenamento jurídico. Demonstrar-se-á, portanto, de forma clara que a decisão escolhida para determinado caso, é compatível a todos esses microssistemas e também a que mais se aproxima de uma resolução fática com critérios de equidade. Herbert Hart (2009. P. 105), há muito, já denotava a importância da argumentação persuasiva:

A argumentação jurídica para a aplicação do direito seria persuasiva, não demonstrativa. Aparentemente, nenhum argumento jurídico e nenhuma decisão jurídica pode ser exibida como sendo a melhor, mais racional ou conclusiva: tudo é retórico!

Nesse sentido:

As partes componentes do todo devem ser conhecidas para que se possa conhecer o todo; além disso, o que sob um ponto de vista é o todo, sob outro ponto de vista é parte integrante de outro todo. Trata-se da relação circular entre o todo e suas partes: o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é à luz do todo que as partes adquirem a sua função esclarecedora. (GADAMER, 2003, p. 58).

É dizer:

Há momentos que *as partes* componentes do Direito parecem conflitar. O processo deve iniciar com a análise de cada *parte* e sua adequação à estrutura maior que integra, bem como desta estrutura maior com outra estrutura ainda mais abrangente, e assim sucessivamente. Essa verificação de cada instância jurídica e sua solução ao problema apresentado ao magistrado garante uma análise profunda da demanda. (GADAMER, 2003, p. 60).

Desde que a argumentação jurídica persuasiva passe pelo filtro desses microssistemas jurídicos – partes - e se demonstre, portanto, coerente com um todo – o ordenamento jurídico, não haverá receio quanto à insegurança jurídica, à discricionariedade, arbitrariedade, injustiças, ilegalidades; pois, decidir considerando somente o conteúdo da lei não pode em nenhuma hipótese, ser considerado mais acertado do que decidir levando-se em consideração todos os demais microssistemas jurídicos, inclusive a própria lei.

5. CONQUISTAS DO ATIVISMO JUDICIAL

5.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante de todo o exposto, verifica-se que são motivos que autorizaram uma postura pró-ativa por parte do Poder Judiciário uma Constituição como força normativa, um Controle constitucionalidade a ser exercido inexoravelmente por este Poder; e um Modelo constitucional calcado numa jurisdição constitucional.

A Jurisdição Constitucional consiste numa nova visão do ordenamento jurídico inteiramente voltado ao cumprimento dos preceitos constitucionais, primordialmente no que diz respeito à realização dos direitos fundamentais. E tal realização de direitos estaria a condicionar o poder público, entendido este como ser uno, – ainda que galgado em suas esferas Judiciária, Executiva e Legislativa.

O Estado estabelece na Constituição os seus objetivos e direciona toda a intervenção humana, por meio dos diversos órgãos e suas atribuições, para a sua realização, em uma alta profusão de atividades. Estas atividades são essencialmente, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 56).

Os direitos fundamentais seriam o carro chefe desses valores a serem protegidos e o ordenamento jurídico estaria a voltar toda sua proteção e execução à efetividade desses direitos.

Os direitos fundamentais nada mais são que os direitos erigidos ao nível internacional para a proteção da dignidade humana, positivados em uma Constituição. Tais direitos subjetivos geram para o seu titular o direito de pleitear a sua satisfação contra o Estado, ou até mesmo em face do particular. Trata-se de direitos assegurados na órbita interna e internacional, de forma que, em caso de lesão, ou ameaça de lesão, podem ser imediatamente exigidos, nos termos do que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 62).

Acolheu o Estado brasileiro, portanto, o postulado da igualdade substancial, entrelaçado com a estreita proteção dos direitos fundamentais. A proteção irrestrita dos direitos fundamentais constitui, nos termos do art. 3º da

Constituição da República, objetivo do Estado brasileiro. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 61).

Dentro desta novel jurisdição constitucional seria uma exigência direcionada aos magistrados uma postura pró-ativa e comprometida com a supremacia dos valores constitucionalmente assegurados. Da mesma forma, deverão o Executivo e Legislativo garantirem a efetividade desses direitos, cabendo ao Poder Judiciário, a palavra final a respeito da constitucionalidade dos atos tendentes a este fim.

O controle de constitucionalidade altera o papel do Poder Judiciário, inicialmente concebido por Montesquieu, reservando-lhe a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do poder estatal. Este é, sem dúvida, o prelúdio da admissão do controle judicial de quaisquer atos de governo que, materializados, vulnerem a Constituição. O novo papel, do Poder Judiciário evidentemente causaria reação de todos quantos fossem atingidos pelos efeitos do controle de constitucionalidade. Os universos político e jurídico encontraram, como encontram, dificuldade de assimilar que o Poder Judiciário tenha assumido o papel de intérprete das grandes decisões políticas, inserindo-se no plano do poder soberano, antes reservado apenas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 74-75).

A Jurisdição Constitucional apresenta o Poder Judiciário como um órgão eminentemente político e soberano e os magistrados como personificação do Estado no exercício de seu poder.

5.2 A EQUIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

A equidade, segundo uma visão Aristotélica, assume relevo nesse cenário. Comparando a equidade com a justiça, Aristóteles (1996, p. 212) conclui que: “são a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal”.

A legislação é a regulação formada por uma sociedade pretérita que pretende abranger uma sociedade futura, sem a pretensão de trazer em seu bojo, variadas generalidades fáticas.

A natureza humana do objeto do direito exige uma adequação histórico-social. Esse papel caberá ao Direito, mais especificamente ao seu aplicador ou

intérprete, pois não se pode exigir que o legislador consiga prever todas as especificidades do caso concreto. Giorgio Agamben (2004, p. 62-63) elucida que:

A aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzida, pois, de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual.

Compreender e aplicar corretamente seria estabelecer uma nova interpretação para o texto jurídico de acordo com cada situação concreta apresentada. A cada nova aplicação há também uma nova interpretação. Assim, a função do magistrado apresenta-se como uma atividade hermenêutica, cuja finalidade é a pacificação dos conflitos sociais. Nesse sentido:

O movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou. (GADAMER, 2005, p. 386).

A atividade interpretativa do magistrado assume papel central no espiral jurídico-hermenêutico, pois além de ser o resultado da tutela jurisdicional, é fonte do Direito. Através dessa mutabilidade há correção do direito abstrato, possibilitando que no âmbito discricionário haja uma constante atualização com vistas aos ideais sociais. A imagem do espiral salienta que o sistema jurídico não está completo, tampouco é fechado; ao contrário, está em permanente formação. Para Calamandrei (2000, p.11), “o juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete”.

Sábias as palavras de Carnelutti (2008, p. 36), segundo quem:

Se aqueles que estão diante do juiz para serem julgados são partes, quer dizer que o juiz não é parte (...). O juiz também é um homem; se é um homem, é também parte. Esta, de ser, ao mesmo tempo, parte e não parte, constitui uma contradição na qual se debate o conceito de juiz. O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, constitui seu drama.

A concepção do juiz como mero aplicador da lei é incompatível com a realidade, pois a legislação é incapaz de solucionar com critérios de equidade, a generalidade das situações. Osvaldo Canela Junior acrescenta:

De fato, ao interpretar a Constituição, o órgão jurisdicional se vê na contongencia de captar o sentido e o alcance das normas constitucionais. A clareza da lei não traz maiores reflexos para a atividade do julgador, mas a difuldade de sua interpretação pode dar ensejo à construção do direito, tarefa inexorável do Poder Judiciário. (2011, p. 77).

Para a compreensão do litígio e a adequada solução requer-se um processo hermenêutico. Ademais, ao atribuir significado a cada palavra da lei, o julgador já está empregando seus conceitos subjetivos e, de certa forma, interpretando. Inevitável, portanto, chegar-se à conclusão de que as decisões judiciais são, no essencial, uma forma de criatividade (atividade de criar), mas jamais uma simples declaração do direito existente.

Na concepção Aristotélica, a aplicação da justiça corretiva fica ao encargo do juiz (*dikastés*), que é o mediador de todo o processo, é a personificação da justiça.

Ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a própria justiça viva. (...) É uma pessoa *equidistante* e, em algumas cidades são chamados de 'mediadores', no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio-termo, elas obtêm o que é justo. (ARISTÓTELES, 1996, p. 200).

Os valores sociais não são eternos, bem assim, também não o são os valores jurídicos que, ao buscar a equidade, alteram seu conteúdo. O que em dado momento é normal, em outro é anormal. Tanto por isso, evidencia-se a importância da capacidade de interpretação do homem, com o intuito de entender a finalidade social das mais diversas leis e instituições de cada tempo.

A percepção do homem foi se aperfeiçoando, aguçada por expressões, metáforas, sofismas e definições. A construção do pensamento se formou segundo valores expressados pela lógica, dogmatismo, positivismo, racionalismo, ideologismo, relativismo e democracia. Da mesma forma, o Direito sempre se

revelou construção do contexto em que era formado. Fácil perceber que após uma tendência filosófica, a próxima não raro, significava seu diametral oposto.

A incidência de dois opostos aponta de forma mais clara o meio termo, o equilíbrio, como busca do que se é justo, segundo uma visão aristotélica. Esses valores são formados segundo ideias que nascem e se contrapõem e contribuem, no mais importante de seus papéis, para a formação do pensamento.

Assim, a formação do pensamento jurídico ao longo da história foi objeto de exames de valores que se contrapunham. Eles não estiveram certos ou errados, mas a soma deles foi que possibilitou sua construção, e se sedimentaram naqueles valores que encontraram maior correspondência com o meio que por ele era regulado. No caso dos fetos anencéfalos, o valor religião dizia: “não se pode tolerar uma vida”; o valor social dizia: “não se pode obrigar uma mãe a manter em seu ventre, um feto sem possibilidade de vida externa”, e a conclusão a que se chegou após muito se decidir para um lado ou para outro, foi que o valor que se sobressaía dentre os bens protegidos deveria ser o de priorizar a decisão da mãe que escolhe entre manter ou não essa gravidez, avaliando em seu caso específico qual a melhor solução.

Não se pode admitir que a aplicação da letra da lei, nesse caso, traduzisse a forma mais acertada de decidir, pois isso resultaria numa decisão não correspondente com o meio regulado, equivale dizer, que esta decisão, embora obtida pela aplicação da norma jurídica, traduziria injustiça, pois atentou para um único microssistema jurídico – a lei, formulada com base em valores religiosos, desconsiderando várias outras fontes jurídicas, como princípios, tratados, julgados etc. Decisiva a conclusão de Gadamer (2003, p. 53), ao asseverar que:

Em síntese, o magistrado deve conhecer todo o sistema jurídico, o qual requer o conhecimento de cada uma das partes e suas interrelações. Esse conjunto deve ser analisado hermeneuticamente para a prolação da sentença, partindo de uma noção preliminar do processo judicial e sua possível solução (pré-juízo) percorrendo cada uma das partes para verificar sua compatibilidade com o todo. Existindo compatibilidade o pré-juízo transforma-se em juízo, caso contrário o juízo deve ser uma retificação do pré-juízo.

5.3 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Inegável a contribuição de uma postura jurisdicional mais comprometida com princípios constitucionais e uma prestação com maiores critérios de equidade. Nesse ponto, deve-se evidenciar algumas situações que aclararam de forma contundente essa contribuição.

Cesar Antonio Serbena (2012, prefácio) elucida que:

Em recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal brasileiro afirmou-se como intérprete atuante dos princípios e garantias fundamentais da Constituição de 1988. Dentre outras, as decisões sobre a proteção jurídica das uniões homoafetivas (ADI 4277), a liberdade de reunião e direito à livre manifestação do pensamento (ADPF 187), a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de anencefalia (ADPF 54) e, em uma decisão mais pretérita, sobre a interpretação do antissemitismo como crime de racismo (HC 82424-RS), provocaram ampla discussão pública e geraram sentimentos contrários dentre os grupos sociais. Alguns grupos aplaudiram e aprovaram as decisões do STF, enquanto outros acusaram o mesmo tribunal de ativismo jurídico de julgar além da lei.

São alguns casos:

a. Restrição ao uso de algemas

Uma decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri foi anulada, por ocasião de ter se mantido desnecessariamente algemado o réu durante toda a sessão.

Entendeu-se que, no caso, não havia uma justificativa socialmente aceitável para submeter o acusado a tal humilhação, vulneradora da dignidade da pessoa humana e do princípio da não-culpabilidade, inclusive por induzir nos jurados a percepção de que se estaria diante de acusado de alta periculosidade. (OAB, 2013).

Neste julgamento, foi editada a Súmula n.º 11, que determina:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A maior crítica que se direcionou à súmula diz respeito ao fato de que ela foi editada com base em um único precedente, afrontando a exigência constitucional de reiteradas decisões, conforme artigo 103-A, da Constituição Federal. (BRASIL, 3013).

b. Aborto em gravidez de feto anencéfalo:

O Código Penal Brasileiro tipifica o aborto como crime e o excepciona em gravidez proveniente de estupro e ainda, casos em que a gravidez corresponda a risco de vida à gestante. Ocorre que, outras situações, foram colocadas à apreciação do Judiciário, para se postular o direito de abortar, sem que se incorresse na prática de um crime. É o caso da gravidez de feto anencéfalo. Como não há perspectiva de vida extra-uterina, seria inviável obrigar a gestante a manter a gravidez até o final, para que num breve momento o bebê viesse a falecer.

Sob a condução do Ministro Marco Aurélio, relator do processo, foi realizada uma série de quatro audiências públicas, no âmbito da ADPF 54. Na ação se pede ao Supremo Tribunal Federal que interprete conforme a Constituição os artigos do Código Penal que tratam do aborto para declarar que eles não incidem na hipótese de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Foram ouvidas entidades religiosas, médicas, científicas, professores, parlamentares e Ministros de Estado. Também estiveram presentes mulheres que passaram pela experiência de ter uma gestação nessas condições. Apesar do antagonismo das posições, o debate foi rico e cordial. A maioria das entidades religiosas que participaram das audiências se manifestaram contrariamente à possibilidade de interrupção da gestação no caso de anencefalia, inclusive a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação Médico-Espírita do Brasil. A totalidade das entidades científicas, acadêmicas e de classe defenderam o direito de a mulher interromper a gestação, se assim desejar, aí incluídos o Conselho Federal de Medicina, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, o Conselho Federal dos Direitos da Mulher, a Escola de Gente e o Instituto de Bioética, Direitos

Humanos e Gênero – Anis. No mesmo sentido se pronunciaram os Ministros da Saúde, José Gomes Temporão, e da Mulher, Nilcéa Freire. O julgamento é esperado para o primeiro semestre de 2009. (OAB, 2013).

Na aplicação fria da lei, a exceção não estaria configurada e perpetuaria a proibição ao aborto no caso suscitado. E todas as gestantes de fetos anencéfalos estariam obrigadas a manter a gravidez até o parto. Mas, derrotando-se a norma aplicável ao caso concreto, encontrou-se solução jurídica compatível com o ordenamento jurídico como um todo, em que princípios como o da dignidade da pessoa humana nortearam o pensamento de que cada gestante, conhecendo suas próprias crenças e condições pessoais, poderia melhor decidir o desfecho de sua situação. Assim, aquelas que decidiam por manter a gravidez até o parto e de outra parte, aquelas que decidiam, por abreviá-la, antecipando um momento de despedida que inevitavelmente chegaria, poderiam fazê-lo, sem afrontar, sequer em parte, o sistema jurídico.

Neste caso, a lei estaria afastada, como de fato esteve, e a fundamentação da decisão encontrou total respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

c. A prisão do depositário infiel:

O texto da Constituição Federal (BRASIL, 2013) prevê a prisão civil do depositário infiel, no entanto, desde dezembro de 2008, a jurisprudência desenvolvendo sua atividade hermenêutica, passou a afastar a prisão e fundamentou sua decisão em um Tratado Internacional denominado Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

O STF reviu sua antiga jurisprudência na matéria, relativamente à possibilidade de prisão do depositário infiel. Diante da circunstância de o Brasil ser signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, que restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, passou a considerar derogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial. O Tribunal se dividiu em relação à posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu nos julgamentos a tese do Ministro Gilmar Mendes, que sustentou o *status* supra-legal, mas infraconstitucional de tais atos. Ficaram

vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. O Ministro Marco Aurélio entendeu não ser indispensável uma definição sobre este ponto para fins daqueles julgamentos e absteve-se de se pronunciar sobre ele. (BRASIL, 2013).

Afastou-se a aplicação da norma em nome de um bem maior, qual seja, a harmonia do sistema jurídico e uma decisão mais próxima aos anseios sociais. Tal fundamentação, portanto, encontrou igual respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

d. A obrigação da mãe em reparar o dano causado por remédio:

Determina o artigo 927 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2013a): “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. Tal artigo restou excepcionado em sua aplicação, no que diz respeito à mãe que ministrou medicação errada à filha e a causou dano, pois não vinculou ao mencionado ato, o dever de reparar o dano.

Assim, a genitora que ministrou remédio para a sua filha (v.g. talidomida) e lhe causou um dano não irá repará-lo. A decisão que derrotou o dispositivo da legislação vigente civil, considerou que é responsabilidade do Estado (que autorizou a comercialização) e dos laboratórios (que fabricaram o remédio sem os devidos testes) repararem o dano.

O princípio da responsabilidade objetiva do Estado é perfeitamente invocado nesta situação para legitimar a decisão que se mostre em total conformidade ao ordenamento jurídico como um todo.

e. Passe livre aos deficientes no transporte coletivo

Trata-se de pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 8899/94, por se considerar a hipotética afronta ao princípio da isonomia, livre

iniciativa e ao direito de propriedade, o artigo da lei que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes.

Em seu voto, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, fez referência à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, em 2007, e à preponderância do princípio da solidariedade, inscrito no art. 3º da Constituição. Também foi afastado o argumento de que haveria violação ao art. 170 da Constituição, uma vez que a livre iniciativa deve ser regulada nos termos da lei, considerando os demais princípios constitucionais da ordem econômica que também merecem amparo, como a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais. Assentou ainda a Relatora que eventual desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato poderia ser sanado por ocasião da negociação de tarifa com o poder concedente. (OAB, 2013).

f. Vedação ao nepotismo nos três Poderes da República

A Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou ação declaratória de constitucionalidade, para o fim de confirmar a Resolução n.º 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas.

Entendeu-se que, independentemente de lei específica, a proibição deveria ser extraída dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Na seqüência, ao julgar recurso extraordinário oriundo do Rio Grande do Norte, no qual se discutia a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos, o Tribunal estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo. (OAB, 2013).

Nesta ocasião, foi aprovada a Súmula de n.º 13, com a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de

confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

g. Inelegibilidade de vida pregressa de candidatos a cargos eletivos

O art. 14, § 9º da Constituição Federal prevê que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade, levando em conta a vida pregressa dos candidatos. A Justiça Eleitoral de diversos Estados havia negado registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado dessas decisões, mas o Tribunal Superior Eleitoral revogou tais decisões.

A ação foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e, em seu julgamento, o STF entendeu pela improcedência do pedido, sob dois fundamentos principais: a) havendo reserva de lei complementar, violaria a divisão funcional de Poderes decisão judicial que, na falta da lei, instituísse outras hipóteses de inelegibilidade; b) o acolhimento do pedido vulneraria os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Foram vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Vários são os fatores que evidenciam a íntima relação existente entre a atividade jurisdicional, como uma das funções do Direito e a hermenêutica jurídica necessária à construção argumentativa, no exercício dessa mesma atividade. Assim, são fatores a se considerar: a existência de leis conflituosas, as inegáveis especificidades de cada caso concreto - segundo a própria natureza humana, a limitação linguística do texto legal, a natural evolução do pensamento e de outras áreas, como a ciência, a tecnologia etc. Todos esses fatores trazem à tona a deficiência atinente ao pensamento de que a lei é o único microssistema jurídico a ser avaliado nos casos trazidos ao Poder Judiciário. Em outras palavras, o raciocínio meramente legalista é uma atividade jurídica insuficiente na prestação da tutela jurisdicional sob um prisma de equidade. No mundo fenomênico, casos atípicos

podem surgir, ou seja, o aplicador do direito poderá e deverá deparar-se com situações não previstas em suas especificidades pelo legislador.

f. Reconhecimento do casamento homoafetivo

O STF reconheceu, no julgamento da ADI 4277 e a ADPF 132, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se de um exemplo de atividade ativista “criadora” segundo a conceituação adotada no presente estudo, pois a lei era silente no tratamento de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

O relator, o Min. Ayres Britto calcou seu convencimento em preceitos constitucionais e afastou a aplicabilidade de qualquer outra interpretação ao art. 1723 do Código Civil que exclua o casamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. (STF, 2011).

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, votaram com o relator e a decisão foi unânime. A ADI 4277 buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, ainda, a extensão de direitos iguais aos companheiros homoafetivos.

CONCLUSÃO

Um raciocínio de interpretação jurídica, atentando principalmente para os microssistemas jurídicos, como, além da lei aplicável, a Constituição Federal, princípios jurídicos, tratados internacionais, ou seja, o raciocínio realizado de maneira a questionar se aquela determinada decisão encontra-se em conformidade não somente com a lei, que é uma parte, mas com o ordenamento jurídico – que é um todo, só pode vir ao encontro das proposições jurídicas, favorecendo a harmonia e equilíbrio do sistema jurídico. Além de tendenciar ao fim precípua do Direito de conferir *justiça* às relações tuteladas no meio social.

Para que exista uma postura pró-ativa do magistrado, é necessário que, além desse raciocínio, seja formulada uma construção argumentativa específica, com fundamentos jurídicos bem definidos e harmoniosos entre si, capazes de demonstrar que naquelas circunstâncias e naquele dado momento, é aquela a decisão que melhor corresponde à finalidade precípua de legitimação do ordenamento jurídico como meio de regulação e pacificação entre os indivíduos, sempre com vistas aos princípios constitucionais e sua carga normativa.

A discursividade de valores como ética e justiça, numa realidade em que a evolução caminha cada vez a passos mais largos, é necessidade que se impõe. O Direito, como natureza peculiar humanística que possui, precisa caminhar no mesmo compasso, e desta forma, demanda novas hipóteses de investigação, interpretação, fundamentação e legitimação, sob pena de se tornar obsoleto na resolução de conflitos.

De outra parte, cabe ao aplicador do Direito, a análise pormenorizada do caso concreto em questão, dimensionando o ordenamento jurídico como um todo para, a partir daí, fazer dele um “filtro”, passando sua decisão pelos crivos dos microssistemas e determinando, naquela situação qual decisão traduziria compatibilidade não somente à legislação, como microssistema, mas ao ordenamento jurídico - macrosistema, almejando precipuamente o alcance aos preceitos constitucionais e ao maior sentido de justiça.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN. G. **Estado de Exceção**. Tradução por: Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO. L. A. **O prazo da usucapião extraordinária de servidão aparente**. In: TARTUCE, F.; CASTILHO, R. Direito civil: direito patrimonial e direito existencial – estudos em homenagem à prof.^a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

BARROSO. L. R. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Temas de direito constitucional**. Tomo IV, 2009.

BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CALAMANDREI. P. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Traduzido por: Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANELA JUNIOR. O. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI. F. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russel, 2008.

CASTRO, M. F. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista de Ciências Sociais: São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

DOMINGO, P. Estado de derecho. Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina: Ciudadanización-judicialización de la política. In: **Revista CIDOB d'Afers Internacionals**: Fundació CIDOB, ISSN 1133-6595, n°s 85-86, 2009.

DWORKIN, R. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER. H. G. **O problema da consciência histórica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRAU, E. R. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, R. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

HART. H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KAUFMANN. A. e HASSEMER. W. **Introdução à Filosofia do Direito e À Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN. H. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

PERELMAN. C. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Tradução de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

O'BRIEN, D. M. **Constitutional law and politics: civil rights and civil liberties**. 6. ed. 2 v. New York: Norton, 2005.

SERBENA. C. A. **Teoria da Derrotabilidade: Pressupostos Teóricos e Aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. New York: New York University Press, 1995.

VALLE, V. R. L. do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009.

VASCONCELLOS, F. A. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VIANNA, L. W. et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA. Oscar Vilhena. Supremocracia, **Revista de Direito do Estado** 12, 2008, no prelo. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 2005.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ÂMBITO JURÍDICO. LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. **Algumas Considerações acerca do ativismo judicial.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 27 de maio de 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

CONPEDI. PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Acesso em: 20 junho de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle das Políticas Públicas pelo Judiciário.** Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

OAB. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2014.

OAB. **José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

SOUZA. Adriana de. **Teoria da Derrotabilidade: noções gerais e princípios.** Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/33817-teoria-da-derrotabilidade-no-es-gerais-e-princ-pios>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

STF. **Supremo reconhece união homoafetiva.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 05 de maio de 2011.

WIKIPÉDIA. A Enciclopédia Livre. **Ativismo Judicial.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_judicial. Acesso em: 15 de abril de 2014.

WIKIPÉDIA. A Enciclopédia Livre. **Lógica Deontica.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%B3gica_de%C3%B4ntica. Acesso em: 20 de novembro de 2013.