

EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL SOBRE O ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO

Luiz Renato Adler Ralho¹

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido no sentido de se compreender os efeitos do ativismo judicial sobre a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Discricionariedade Judicial. Judicialização da Política.

ABSTRACT: This article was developed in order to understand the effects of judicial activism on democracy.

KEYWORDS: Judicial Activism. Judicial Discretion. Policy Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca do posicionamento ativo do Poder Judiciário em determinar a efetivação de princípios e direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, tem propiciado diversos debates acerca da usurpação das funções originárias dos demais Poderes onde houve uma maior intensificação dos debates em face das decisões do Supremo Tribunal Federal interessar um grupo maior de pessoas daqueles que sempre se beneficiaram com o Ativismo Judicial.

Quais seriam as razões do ativismo judicial no Brasil? Luiz Roberto Barroso invoca duas (O Globo de 22.03.09, p. 4): (a) nova composição do STF (por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais) e (b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo (que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário).

Dessa forma, torna-se importante buscarmos respostas para o surgimento dessas decisões que buscam a interpretação do direito dentro de argumentos psicológicos, políticos, morais e ideológicos. Buscar-se-á demonstrar como o Ativismo Judicial, ou melhor, o Justicialismo Judicial (com iniciais maiúsculas) vem afetando fortemente os princípios basilares da ordem jurídica do País tais como o da separação de poderes e o da segurança ou estabilidade jurídica, além de não contribuir para o fortalecimento da democracia.

A prática do Ativismo ou Justicialismo Judicial vem gerando desestabilidade nas relações jurídicas ao mitigar a previsibilidade das decisões adotadas

¹ Doutorando em direito pela Universidade Estácio de Sá.

pelos órgãos aplicadores das disposições normativas e por ferir a estabilidade das relações jurídicas definitivas.

Essa intervenção do Judiciário nas questões de competência tanto do executivo como do legislativo fere gravemente o princípio da separação de poderes, princípio este já objeto de considerações por grandes autores em clássicas obras no decorrer da história. Anglea Pelicioli² em sua tese de doutorado afirmou que há muito vem ocorrendo o redimensionamento do princípio da separação dos poderes que surgiu com o objetivo fundamental de se limitar o poder do homem, impedindo que este o use indiscriminadamente, o que causaria uma grande desproporção e desigualdade em relação aos que o devem obediência.

Mesmo que em diferentes momentos, a história ensina que o princípio da separação de poderes sempre teve como fundamento a desconcentração de poder. No entanto, há de se conceber que uns se remetem a Aristóteles, outros chegam a ir mais longe, até Platão, para explicar a teoria da separação. Sabe-se, todavia, que ambos foram discípulos e sucessores de Sócrates que buscava a verdade plena e essencial das coisas no princípio das ideias, na verdade real. Afinal de contas, de acordo com o grande mestre Socrático, a verdade plena é aquela que não pode variar, se há uma verdade essencial para os homens esta deve valer para todas as pessoas.

Essa teoria da separação de poderes em corrente tripartite foi esboçada primeiramente por Aristóteles³ em sua obra “A Política”, em que admitia existir três órgãos separados a quem cabiam às decisões do Estado: Poder Deliberativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário. Posteriormente, Locke⁴ em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, concebendo o Poder Legislativo como sendo superior aos demais. Todavia é nítido na doutrina um consenso em atribuir a Montesquieu a consagração da tripartição de poderes com as devidas repartições de atribuições no modelo mais aceito atualmente por todos, em sua obra “O Espírito das Leis”, com a inclusão do poder judiciário entre os poderes fundamentais do Estado.

Porém, Aristóteles, Locke e Montesquieu não foram os criadores da presente doutrina e sim quem, com grande brilhantismo e sabedoria, as sistematizou em contornos específicos, baseando-se em teorias já existentes, como podemos verificar em relatos antigos deixados em obras clássicas de célebres autores, como Platão⁵, por exemplo, em “A República”, onde se pode visualizar pontos que deixam clara a concepção de uma teoria que consistia em subdividir as funções do Estado de forma que esta não se concentrasse nas mãos de apenas uma pessoa, o

2 PELICOLI, Anglea Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo – Porto Alegre 2007

3 ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

4 LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

5 PLATÃO. A República. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

que poderia dar ensejo a trágicos fins, uma vez que, como todos sabem, o homem se desvirtua ante a concentração e a não limitação de poder a ele outorgado.

A teoria da separação dos poderes é, em síntese, assim apresentada: Poder Executivo, no Brasil exercido pelo Presidente da República juntamente com os Ministros que por ele são indicados. É a ele que competem os atos de chefia de Estado, quando exerce a titularidade das relações internacionais e de governo, quando assume as relações políticas e econômicas assumidas no plano interno, típico do sistema presidencialista adotado no Brasil; Poder Judiciário com a função jurisdicional, que consiste na aplicação da lei a um caso concreto, que lhe é apresentado como resultado de um conflito de interesses e Poder Legislativo, a quem cabe legislar e fiscalizar.

Todavia, não se pode levar o princípio da separação dos poderes ao extremo, ou seja, não se deve concluir que ao judiciário é negada qualquer função interpretativa. A história já mostrou não ser possível tipificar todo o comportamento e regramento humano, dispensando assim o intérprete. No final do século XVIII, Frederico o Grande tentou fazer o direito da Prússia “à-prova-de-juiz” adotando um código contendo mais de 17.000 artigos. O objetivo a ser alcançado era o de que tal código fosse um catálogo completo de soluções, disponível aos juizes para que estes enfrentassem qualquer caso que aparecesse diante deles sem a necessidade de interpretação. Por certo foi um fracasso.

Para que o princípio da separação de poderes continue a perseguir o ideal para o qual fora criado, de dividir o poder estatal em forma equânime e harmônica, é necessário que seja observado as delimitações de atribuições de cada esfera de poder, observando o princípio da igualdade de direitos, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico, tendo em vista que, a ampliação desmesurada e inconsequente dessas atribuições torna cada vez mais tênue a linha que separa os poderes, esvaindo o seu conteúdo, gerando uma confusão de poderes, longe daquele que foi tão perfeitamente desenvolvido pelos seus idealizadores.

E é em razão desse ideal que se deve enfrentar qualquer tipo de instituto que tente desconstruir a teoria tão bem desenvolvida por Montesquieu. Assim, o que dizer do ativismo quanto à segurança ou a estabilidade jurídica? Sabe-se que a cada vinte e quatro horas, ao redor da Terra, milhões de pessoas consultam métodos científicos como, por exemplo, a astronomia, meteorologia e estatística, além de outros, não científicos, como, por exemplo, o horóscopo para prever o futuro.

Assim como os métodos científicos, as normas também são meios para nos garantirmos com relação ao que pode acontecer no futuro, pois contém promessas que conformam as nossas expectativas.

A fim de compreender melhor o princípio da segurança jurídica, é importante mencionar que ele tem como objetivo proteger e preservar as justas expectativas das pessoas⁶. Nesse sentido, é possível notá-lo como um instrumen-

6 DANTAS, B. Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. Revista

to capaz de assegurar a previsibilidade esperada pela sociedade que pode advir tanto da lei (ou melhor, do Direito positivo) quanto dos juízes e tribunais (ou seja, daqueles que exercem a jurisdição).

Em razão de que na vida tudo se modifica com velocidade e não há expectativas seguras quanto ao que possa acontecer, o princípio da estabilidade é contrafático, ou seja, mediante as normas buscamos a proteção possível contra a instabilidade dos fatos.

Esse princípio impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, pois o Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus elementos fundantes a segurança jurídica. E nem poderia ser de outra forma. A própria ideia de Direito se confunde com a necessidade de segurança. Necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social é um dos escopos primordiais do Direito. Esta necessidade está, inclusive, acima de outros valores também encampados pelo Direito.

Cada Estado (Nação) possui um direito que lhe é próprio e muitas vezes diversos direitos são aplicados concorrentemente no interior de um mesmo Estado. O Direito contemporâneo contempla, então, uma diversidade de direitos.

É em razão dessa diversidade de direitos que em alguns casos se colocam barreiras ao judiciário, impedindo-o de apreciar e decidir determinada matéria (aqui não se está referindo à existência de jurisdição autônoma a par da jurisdição estatal como no caso da desportiva, arbitral e eclesiástica), nem às de competência mutilada (sob o ponto de vista material ou formal, v.g., a impossibilidade de conceder medidas liminares, ou a impossibilidade de julgar teses decididas vinculadamente por instância superior, mas principalmente aos casos de vedação das chamadas questões políticas por parte de órgãos jurisdicionais.

Todavia, mesmo com todas essas barreiras ainda encontramos espaços para todo tipo de “ativismo judicial”. Isso, conforme explicado por Alexandre Morais da Rosa e Julio Cesar Marcellino Jr⁷. em “O (RE)PENSAR DA CRISE JURISDICIONAL DIANTE DO ENGODO EFICIENTISTA: O DIREITO E A ECONOMIA EM DISCUSSÃO, em razão da crise instalada no Estado que se irradiou para o Poder Judiciário e ao próprio Direito. Para os autores “O Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo.... logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos e benefícios (pragmatic turn), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.”

Essa transformação, denominada Análise Econômica do Direito (AED) pelo movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago tem como fato comum a “implementação de um ponto de vista econômico no trato das

Justiça e Cidadania, edição 149, janeiro de 2013.

7 SPLEGLER, Fabiana Marion. Os (Des)Caminhos da Jurisdição / Fabiana Marion Spengler; Paulo de Tarso Brandão – Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 43.

questões que eram eminentemente jurídicas”.

Ainda segundo Alexandre Morais da Rosa e Julio Cesar Marcellino Jr⁸ essa corrente metodológica adota “além dos princípios do liberalismo econômico, a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontra em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico”.

Todo esse ativismo, por certo, está ligado a nossa Constituição Federal que é, nas palavras de Canotilho⁹, voltada a regras compromissórias e a construção do Estado do Bem-Estar Social, mediante o cumprimento de programas de distribuição de riqueza, mitigação da pobreza, relativização da propriedade privada e relativização da autonomia da vontade nos contratos.

Outro ponto para reflexão e que parece ser um dos motivos de todo esse ativismo é a inserção da tradição jurídica da common law em nosso Direito.

A tradição jurídica da common law, adotado, por exemplo, pela Inglaterra, Estados Unidos e Nova Zelândia difere do sistema jurídico adotado por Argentina, Brasil e Chile, países de tradição jurídica do civil law.

Todavia, com a valorização da soberania entre Estados (Nações) pode-se afirmar surgiram sistemas dentro desses sistemas, ou melhor, sistemas dentro dessas tradições jurídicas, muito embora cada uma dessas tradições tenha muitas coisas em comum.

Uma tradição jurídica, conforme o próprio termo indica, não é um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes, embora tais normas sejam, quase sempre, em algum sentido, um reflexo daquela tradição. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, também, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado.

É muito comum se ouvir falar que os sistemas da civil law são caracteristicamente sistemas de normas codificadas, enquanto que os sistemas da common law não são codificados e baseiam-se em grande parte em decisões judiciais precedentes, o que não é verdade.

É provável que haja em um estado norte-americano pelo menos tanta le-

8 SPLEGLER, Fabiana Marion. Os (Des)Caminhos da Jurisdição / Fabiana Marion Spengler; Paulo de Tarso Brandão – Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 47.

9 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org). Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

gislação quanto às encontradas aqui no Brasil. Assim como ocorre aqui, a legislação produzida validamente nos Estados Unidos tem força normativa, e espera-se dos juízes que a interpretem e apliquem no espírito em que foram aprovadas. A quantidade de legislação e o seu grau de autoridade não são critérios úteis para distinguir os sistemas da common law e da civil law, nem mesmo a existência de “códigos” pois a Califórnia tem mais códigos que muitos países da civil law e nem por isso é uma jurisdição sob este sistema.

Não há como um código ser por todo completo. Uma rápida consulta à jurisprudência mostra-nos que as cortes, a todo o momento, estão preenchendo vazios legislativos, fazendo com que, muito embora o texto legal permaneça inalterado, o seu significado e aplicação com frequência mudem em resposta às pressões sociais e novos problemas surgem sem que sequer tenham sido tangenciados pela legislação preexistente.

Diante disso é que necessário refletir sobre todo esse ativismo, sobre este “justicialismo” sobre até onde é cabível a discricionariedade judicial e até onde pode ir a judicialização da política.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO: O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO JURÍDICO DO PÓS-POSITIVISMO

O novo direito constitucional encontra seu espaço com o fim da segunda guerra e a hegemonia da Constituição, bem como com o advento do pós-positivismo e ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que sustentam a Magna Carta e da decadência do constitucionalismo liberal.

Ele se relaciona claramente com a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, tendo como justificativa consignada por alguns autores a necessidade de imunização contra a possível ação danosa do processo político majoritário.

Todavia, essa participação ativista dos magistrados torna-se incongruente frente ao déficit democrático que carregam os membros do poder judiciário em sua figura, uma vez que seu cargo não tem origem em um processo de escolha democrática.

Em razão disso, muitos tem se debruçado em (d)escrever esse “novo” fenômeno, novo no sentido de que somente de alguns anos para cá tem sido tão destacado pela comunidade jurídica.

Não nos resta dúvida de que as decisões “ativistas” são pautadas pela falta de legitimidade, ao contrário daquelas que surgem com base nos princípios ou garantias constitucionais ou na complementação de uma norma vaga e imprecisa.

Lênio Luiz Streck, Luis Flávio Gomes e outros autores há muito vem combatendo esse Ativismo Judicial, tecendo duras críticas a essa postura ativa dos magistrados. Torna-se importante esse contraponto principalmente em razão de vir, sistematicamente, ganhando corpo e voz a justificativa de se preencher essa

lacuna existente pela falta de comprometimento ou visão política do Poder Executivo e Legislativo em resolver lides sociais individuais e coletivas.

Na obra “Verdade e Consenso”¹⁰ Streck ao apresentar os elementos para a (pré)compreensão de sua obra, como ele mesmo intitula, nos faz refletir sobre as seguintes indagações: Seria verdade que esse Ativismo Judicial seria fruto dessa falta de comprometimento ou visão política do Poder Executivo e Legislativo? Estaria o poder judiciário adotando postura mais ativa nas decisões que são proferidas em razão da inércia tanto do Legislativo como do Executivo com o comprometimento como os direitos e garantias fundamentais?

Muitos admitem essa hipótese, ou seja, que esse Ativismo Judicial ter ganhado força com a inércia dos demais Poderes; inércia esta que, para alguns, estaria comprometendo a eficácia dos princípios e direitos fundamentais inseridos no texto constitucional.

Afirmar que o Ativismo é uma construção da inércia dos demais poderes é uma afirmação muito simplista, embora também correta. Como bem observa Streck¹¹ desde a Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo Kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete juiz.

Esse ativismo está inserido, principalmente, no que atualmente se denomina neoconstitucionalismo, ressaltando as críticas existentes sobre essa nomenclatura¹². Todavia, para os fins acadêmicos, utilizaremos essa terminologia neoconstitucionalismo. Autores que se instituíram neoconstitucionalistas sintetizaram como fatores marcantes desse movimento as seguintes características:

10 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

11 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

12 Lenio Streck observa que o termo “neoconstitucionalismo” pode ter-nos levado a equívocos pois nos leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, temperadas por elementos provenientes da ponderação alexyana. Diz que sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Desse modo, afirma que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do paleojuspositivismo (Ferrajoli) na medida que nada mais faz do que afirma as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência de Valores. Por esta razão é que Streck passa a nominar o neoconstitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo.

(i) Constituição como centro e a fonte norteadora de todo ordenamento jurídico, gerando, por conseguinte, uma “constitucionalização do Direito”; (ii) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e sua efetiva utilização nas hipóteses de aplicação do Direito ao caso concreto; (iii) substituição do formalismo da subsunção pela ponderação; (iv) concretização da influência da Moral, da Ética e do primado da Justiça no Direito; e (v) o ativismo judicial¹³.

Aqueles que seguem a corrente do neoconstitucionalismo dirão que o Ativismo Judicial permite ao magistrado aplicar a Constituição Federal em questões que comprometam a efetividade dos direitos fundamentais.

No Brasil, especificamente, o marco histórico do movimento neoconstitucionalista é a promulgação da Constituição da República de 1988, que rompeu com o Estado autoritário brasileiro para consagrar um Estado Democrático de Direito.

Luis Roberto Barroso, em seu artigo Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática diz que o constitucionalismo moderno ganhou contorno no fim do século XVIII, com o advento das constituições estadunidense e francesa— agora escritas e rígidas – dos Estados Unidos da América em 1787, e da França em 1791. Tais documentos assinalam, derradeiramente, a separação de poderes. Nesta fase, começa a surgir o movimento pós-positivista, pautado, principalmente, nos princípios jurídicos, em detrimento da análise fria do normativismo exacerbado. Insurge-se, assim, a ideia de que os princípios, sejam eles explícitos ou não, fazem parte da constituição material, devendo, portanto, ser observados ainda que não expressos no texto constitucional¹⁴.

Todavia, para Streck, o termo Ativismo Judicial, cunhado principalmente pelos adeptos da corrente neoconstitucionalista, diz que este termo não vem sendo empregado no Brasil de forma correta - *tabula rasa*¹⁵ - ao não se levar em conta, quando comparamos com o Ativismo Judicial praticado nos Estados Unidos que a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo neste País acumula mais de 200 anos de história e, também, ao não levar em conta de que lá não se pode considerar que o ativismo sempre foi algo positivo.

No citado artigo Barroso¹⁶ conceitua Ativismo Judicial como sendo:

...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.

13 D'ALMEIDA, Thiago Mello. Neoconstitucionalismo: Origens e aspectos relevantes. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3738, 25 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25205>>. Acesso em: 28 set. 2014.

14 www.plataformademocratica.org/Publicacoes

15 Lênio Luiz Streck utiliza essa expressão para dizer que o instituto do Ativismo Judicial é empregado de forma equivocada no Brasil.

16 www.plataformademocratica.org/Publicacoes

Para o atual Ministro da Suprema Corte Constitucional 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.

Em outras palavras, Ativismo Judicial nada mais é do que a forma escolhida pelo Poder Judiciário para promover a pacificação do conflito nos casos de descaso/inércia do Poder Executivo e Legislativo.

Para essa corrente, o ativismo não é violador dos princípios constitucionais do direito. Aqueles que compartilham dessa compreensão entendem que se a todos é assegurado o direito de ação, a todos também é assegurado o direito a resposta, havendo, neste viés fundamento legal para legitimar esta atividade ativista pacificadora.

Todavia, não se pode, no entanto, confundir o acesso ao judiciário que a todos é permitido em razão de lesão ou ameaça a um direito com a intromissão do Judiciário na função legislativa ou executiva.

Dizem ainda, que o Ativismo Judicial não deve ser considerado com algo ofensivo ao Estado de Democrático e Social de Direito, mas tão somente um dever-poder a ser utilizado de forma coerente para combater desigualdades quando sempre existir a necessidade respeitando sempre os limites constitucionais.

Porém, não nos parece correto dizer o ativismo judicial faz parte da prerrogativa do magistrado de solucionar a lide através da decisão judicial, pois está ela atrelada a atividade do magistrado que ao decidir exercita seu Poder Discricionário onde sua escolha sempre respeitará os fundamentos constitucionais.

3 ATIVISMO JUDICIAL X DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Como vimos, é inconteste que no plano da efetividade constitucional que os Poderes Executivo e Legislativo descuidaram-se do País ao deixar de implementar normas para uma efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais. Com isso, passou o Poder Judiciário a ter reconhecida uma posição de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e controle entre os poderes Executivo e Legislativo.

Streck afirma existir ainda hoje defesas vibrantes de ativismos judiciais com base na ideia de que, no momento da decisão o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua vontade¹⁷.

Para Streck, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade, discricionariedade essa que não pode ser confundida com aquela feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados.

O que se discute é o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da

17 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. Isso porque, segundo Streck, é muito comum se aproximar de forma equivocada aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de *ato administrativo discricionário*¹⁸.

Na discricionariedade judicial o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no direito, não há regulamentação legal a ser discutida. Assim, o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade pelo Judiciário¹⁹.

E qual a razão da prática dessa discricionariedade judicial. Como já foi dito anteriormente, a ideologia revolucionária pressupunha que a legislação sistematizada seria clara, completa e coerente, reduzindo a função do juiz a de um mero aplicador da norma aos fatos, o que de fato não ocorreu.

No editorial datado de 31/8/2014, a Folha de São Paulo chama a atenção para o valor da jurisprudência dos tribunais no direito brasileiro. Ao comentar esse editorial Tercio Sampaio Ferraz Junior²⁰ diz que:

Há alguns anos, um tema importante da literatura jurídica cuidava da teoria da interpretação. Hoje, a expressão quase se substitui pela teoria da argumentação jurídica. O STF (Supremo Tribunal Federal) ocupa as páginas dos jornais com decisões sobre temas candentes na sociedade, como união homoafetiva, ficha limpa, mensalão, correção monetária da poupança etc. Argumentos jurídicos são debatidos pela opinião pública, não apenas por profissionais do direito. A impressão é a de que mudou o significado e a importância do problema da aplicação do direito. A presença midiática da jurisdição constitucional dá visibilidade a isso.

Numa tradição que vem do século 19, de origem ideológica liberal e que encara o direito como conjunto de regras dadas pelo Estado, o juiz tendia a assumir o papel conservador daquelas regras, que seriam, então, por ele interpretadas. Atualmente, a sensação é que há uma espécie de crise do paradigma do direito legislado e codificado.

Esse fato pode ser observado após algumas percepções do trabalho cotidiano do jurista. Até recentemente, por exemplo, um livro de direito constitucional não fazia referência à jurisprudência. Hoje, os manuais são repletos de menções a ela. Nas faculdades de direito, a pesquisa de jurisprudência começa a se sobrepor à doutrinária. A consequência disso é que passamos da centralidade da lei para a da jurisdição.

O problema da justificação das decisões jurídicas ganha uma importância inédita, já que o fundamento das decisões tem tido mais importância que a própria lei.

18 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

19 Idem.

20 <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei#author>. Acesso em 29/09/2014.

Esse importante comentário demonstra que a vontade do legislador tem pouca ou nenhuma importância vinda a ser substituída pela vontade pessoal dos magistrados. Com isso, afirmou o professor Tercio Sampaio, fez-se surgir o constitucionalismo argumentativo e de princípios, de origem anglo-saxônica. Os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios em um eventual conflito e, por isso, são objetos de ponderação, não de subsunção. Contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula. Isso resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação.

Em contraponto ao que acima comentado, John Henry Nerrunab e Rogelio Pérez-Perdomo²¹, com bastante particularidade afirmam que “o ideal de certeza da lei se torna intangível diante do fato de que existe incerteza na vida real, onde a determinação dos direitos das partes frequentemente depende dos resultados do litígio” e mais adiante “Eles (juízes) devem aplicar normas legais que raramente, ou nunca, são claras no contexto do caso, a despeito de parecerem claras do arcabouço legislativo”.

Essa falta de clareza nas regras fez permitir que o Juiz cada vez mais exercesse a função de interprete da norma, carregando nessa interpretação as transformações históricas, culturais e morais.

A discricionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades, por isso é preciso entender mais de perto o problema envolvendo a crítica de Dworkin ao positivismo discricionário de Hebert Hart.

O conceito que São Tomás de Aquino chamou de derivação por determinação ainda hoje está presente na nossa cultura jurídica, que traduz a mesma ideia a partir da noção de discricionariedade. Utilizando a terminologia tomista, podemos definir um ato discricionário como sendo aquele que envolve uma operação de determinação - e não apenas de conclusão (dedução).

Há uma parcela de juízes que entende que quando a norma não oferece critérios objetivos para a avaliação jurídica das situações concretas poderão eles atribuir uma avaliação subjetiva da situação concreta e nesse caso teríamos um ato discricionário. Nesses casos, o agente administrativo (juiz) precisa fazer uma operação de determinação, complementando a regra geral com critérios de sua escolha, para que seja possível a aplicação da norma abstrata ao fato concreto.

Em sua conclusão Streck traz um exercício simples para ilustrar o que aqui foi dito com a seguinte indagação: “como podemos dizer que um ato foi arbitrário e que outro foi apenas discricionário? E ele mesmo responde: “no fundo, essa é uma distinção puramente abstrata, descolada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é, insitamente, uma escolha discricionária (ou por que não,

21 MERRYMAN, John Henry. A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina / John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo; tradução: Cássio Casagrande – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

arbitrária?!)”

4 EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas.

O processo de judicialização da política está muito ligado a decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O aumento da judicialização nas diversas esferas da vida social está comprometida com uma filosofia constitucional da igualdade, da dignidade de pessoa humana e com a participação político-jurídica da comunidade.

Sendo assim, qual é o problema da judicialização? Existe o risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta? Em que sentido?

Foi dito aqui que o ativismo judicial pode assumir um colorido diverso dos anseios populares, ou até contrários aos interesses do país. Hoje o Brasil está diante da Corte Suprema mais ativista do mundo, decidindo, desde o aborto em feto portador de anencefalia até o nepotismo, sem que se saiba exatamente se aqueles a quem o povo escolheu fariam leis no exato direcionamento dessas decisões.

Destaca-se que a interferência do judiciário sobre, por exemplo, as prerrogativas do legislativo, foi recentemente debatida quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões do Tribunal Superior Eleitoral sobre fidelidade partidária.

É importante observar que as decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito.

O risco de todo ativismo judicial se observarmos do ponto de vista democrático e sabendo que a legitimidade do judiciário (pelo menos dos Tribunais Superiores) é indireta está justamente em se tomar decisões que venham contra a vontade do povo, que por sua vez é representado pelo legislativo.

A verdade é que como já dito, a inércia dos outros poderes, a demanda por mais leis e pela realização imediata de direitos junto ao Judiciário tem consequências cada vez maiores, e com isso, tudo se judicializa.

De toda forma não há razão para assistirmos esse Ativismo desenfreado

uma vez que a própria Constituição Federal deu ao Poder Judiciário mecanismo constitucional para fazer valer sua força por meio de instrumentos como:

- a Ação Declaratória de Constitucionalidade (EC 3/93 – art.102, I, “a”, 2ª parte e §4º. do art.103 da CF – Lei n. 9868/99), que é uma das formas de exercício de controle de constitucionalidade concentrado,

- a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art.102, I, “a” da CF), que é o instrumento de controle direto de constitucionalidade das leis e atos normativos,

- a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, onde se requer ao Supremo a aplicação de normas constitucionais que não estariam sendo cumpridas (§ 1º do artigo 102 da Constituição Federal), regulamentado pela lei nº 9.882/99.

- o Mandado de Injunção (art.5º., inc. LXXI da CF) que é uma ação em que se pede ao supremo para decidir assuntos que o congresso não conseguiu fazer leis e se assemelha a ação direta de inconstitucionalidade por omissão,

Judicializar a política, nas palavras de Streck, não é uma mal em si. Ocorre na maioria das democracias. Judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade.

Esse ativismo vem causando justamente o enfraquecimento de um Poder em detrimento de outro, o que se observa hoje é um contexto e um momento em que o significado de separação de poderes parece estar confuso e sem valor, pois assistimos a completa omissão dos poderes executivos e legislativos frente a assuntos que poderiam jogar a opinião pública contra eles, deixando para o judiciário e seu déficit democrático a solução de assuntos graves já que não dependem de eleição para manterem seus cargos e empregos.

A democracia só existe quando são garantidas à sociedade suas escolhas. Deve o juiz é dar à lei uma justa interpretação, ser fiel ao que o povo escolheu, e não ao que pensa ser a melhor ideia para um caso específico. Uma coisa é assegurar o que a Constituição prevê quanto a determinado direito outra é a inovação de lei ou direito não existente, inovando o ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÃO

As sociedades democráticas contemporâneas convivem, cada vez mais, com a ampliação da ação judicial por meio da da expansão do poder dos tribunais. É por essa razão que o vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”. Parece-nos claro que esse ativismo pode viabilizar a quebra de limites normativos da soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si

próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.

O discurso “neo” é sedutor e essencial para a construção de novas práticas, estas não menos complexas, na medida em que colocam o operador jurídico diante de saberes acumulados que, muitas vezes, em face da riqueza dos fatos, de nada servem senão para propagar o sofrimento e a injustiça. O “novo” deve se impor na medida em que mostre ser uma alternativa melhor que a velha e desde que não destrua a democracia duramente e tardiamente conquistada por aqui.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, B. **Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais**. Revista Justiça e Cidadania, edição 149, janeiro de 2013.

D'ALMEIDA, Thiago Mello. **Neoconstitucionalismo: Origens e aspectos relevantes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3738, 25 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25205>>. Acesso em: 28 set. 2014.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina** / John Henry Marryman, Rogelio Pérez-Perdomo; tradução: Cássio Casagrande – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

PELICIOLO, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo** – Porto Alegre 2007.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

SPLENGLER, Fabiana Marion. **Os (Des)Caminhos da Jurisdição** / Fabiana Marion Spengler; Paulo de Tarso Brandão – Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas** – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 27/06/2016