

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Promessas da modernidade e
Ativismo Judicial**
Promises of modernity and
Judicial Activism

Leonardo Zehuri Tovar

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

Promessas da modernidade e Ativismo Judicial*

Promises of modernity and Judicial Activism

Leonardo Zehuri Tovar**

RESUMO

O artigo analisa o crescimento do ativismo judicial e alerta para as consequências dessa postura. Será exposto como a constituição e a falta de cumprimento de suas promessas pode gerar o ativismo judicial. O tema será analisado a partir do método hermenêutico.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Política.

ABSTRACT

The article examines the growth of judicial activism and alert to the consequences of this posture. Will be exposed as the constitution and the lack of fulfillment of his promises can generate judicial activism. The theme will be analyzed from the hermeneutic method.

Keywords: Constitutional Law. Judicial Activism. Policy.

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade a atuação do judiciário é tema de grande envergadura, em especial em países como o Brasil em que as chamadas *promessas* constitucionais da modernidade não foram implementadas a contento.

Por isso, já de plano é possível apresentar alguns problemas centrais que guiam este estudo: qual o papel do judiciário na democracia moderna? Há limites para sua intervenção? Existe diferença entre judicialização da política e ativismo judicial? As decisões judiciais são discricionárias ou sujeitas a controle?

O artigo foi, então, dividido do seguinte modo. No tópico '2', será discutida a importância de um constitucionalismo dirigente em países como o Brasil, dando-se enfoque à projeção que o Poder Judiciário assume na contemporaneidade. A partir disso, já no tópico '3', passa-se a traçar algumas linhas acerca da judicialização da política, das diferenças para com o ativismo, bem como as razões pelas quais, nesta quadra da história, o aumento da litigiosidade é inerente ao arranjo institucional brasileiro. Após, no tópico '4', prossegue-se com a análise da (i)legitimidade da pretensão de se depositar no judiciário um olhar reificador, como se este poder fosse dotado de um

* Recebido em 07/10/2014
Aprovado em 27/12/2014

** Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica e Jurisdição Constitucional”. Professor Universitário, Procurador do Município de Vitória (ES) e Advogado. E-mail: leonardo@zehuritovar.com.br

“remédio” para cura da afasia social brasileira. Ao fim, nos tópicos ‘5’ e ‘6’, passa-se a delinear um exemplo paradigmático de uma teoria que, se (mal) aplicada, serve de aporte a posturas ativistas, discricionárias e com controle de pouca eficácia, razão pela qual assume grande relevância a motivação das decisões judiciais.

Apresentadas, em síntese, as questões que permeiam o presente estudo, passa-se ao tema.

2. CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: A IMPORTÂNCIA DA CÚPULA JUDICIÁRIA

Uma feliz frase, proclamada por Paulo Bonavides e mais tarde por Eros Roberto Grau, serve de guia a este introito. “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”. O primeiro a pronunciou quando do recebimento da medalha Teixeira de Freitas, em meio ao Instituto dos Advogados Brasileiros, no ano de 1998. Já Eros Roberto Grau o fez na ocasião do recebimento da mesma homenagem, agora no ano de 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB, ao se referir à nova ótica a ser dispensada ao direito de propriedade.

A importante alusão que ambos os juristas promoveram no tocante à importância da Constituição é o que importa destacar no ambiente constitucional-democrático hodierno. Pelo conteúdo que se extrai da fala, ainda que de maneira implícita, vê-se a subliminar alusão à mudança paradigmática experimentada pela Europa Continental a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Um marco histórico a partir do qual os Códigos abdicaram de seu protagonismo em favor das Constituições, que passaram a ser tidas como protagonistas do sistema jurídico. Uma revolução no do direito público, que não passou despercebida pelo Brasil, tanto assim que a Carta Magna de 1988 detém preocupações que vão além da preservação da liberdade¹ ou da organização orgânico-funcional do Estado.

Nesse ambiente — cujo tratamento histórico pormenorizado fica em segundo plano, porquanto não condizentes com os objetivos deste texto — é possível afirmar que a Constituição Democrática é o momento privilegiado para a legitimação política do Estado.

Até porque, complementa-se: com a ruptura do abstencionismo típico das constituições — garantia, marco caracterizador da exaustão do Estado Liberal, passa-se a compreender que a Constituição deve ser *reestruturada*, com a assunção de uma função dirigente, o que amplia admiravelmente o espaço de intervenção do poder público na sociedade.

Passa ele — o poder público — a interferir de modo mais desembaraçado e ativo na sociedade, a partir do abastecimento de demandas de cunho social (que recebem a alcunha de “justiça social”). É com o Estado de Direito Democrático que a Constituição tem sua força normativa reconhecida e que, via de consequência, seus elementos e princípios fundantes ganham caráter vinculante, tanto no aspecto político, quanto jurídico. As tais *promessas constitucionais* são, inclusive, acompanhadas de mecanismos de vindicação judiciária.

Disso tudo, já é viável apontar algumas diretrizes: (i) passa-se a vivenciar o incremento da jurisdição constitucional, seja na proteção de direitos constitucionais, seja para efeito de implementação/efetivação; (ii) a discricionariedade legislativa infraconstitucional ganha novos arredores de limitação, dada a vinculação que agora se tem quanto aos programas constitucionais e pela imperativa deferência integral aos direitos fundamentais.

Uma mudança de mentalidade que traz reflexos no Direito Público. Os direitos fundamentais passam a ser visualizados de modo amplificado, incluindo em seu âmbito um catálogo de prestações positivas, caracterizadoras de um *fazer* estatal.

1 Acerca deste específico tema, aponta-se a existência da chamada “Constituição Garantia”, a qual, na esteira de Gilberto Bercovici, “não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o status quo. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo, não com o procedimento das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável”. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

Desenvolve-se nesse ambiente a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho. Afirma o autor a seriedade e a necessidade de que o Estado promova a implementação de medidas que ampliem a satisfação de demandas de cunho social, tudo a partir de um protagonismo constitucional, cujo papel transformador socioeconômico se afigura como realidade². Melhor minudenciando, para o constitucionalista português, a Carta Constitucional, de cunho dirigente, não é, como já se destacou, um mecanismo jurídico-político-estruturante do Estado; o papel de mero sistema definidor de competências, atribuições funcionais e separação orgânica é diminuto, se considerada a proeminência da Constituição³, que passa, como também adiantado, a preencher o plano normativo — material holístico da sociedade e do próprio Estado⁴.

A busca da concretude dos anseios populares é a fala “em pauta” e a Constituição assume o anteparo da política, que não é mais livre e desvinculada do projeto constitucional⁵. É preciso deixar claro, entretanto: a Constituição dirigente⁶ não tem em mira anular o debate político, mas apenas dar a ele limites, sujeito à força do programa estabelecido pelas normas constitucionais.

Esse projeto de ação constitucional aberto, planejado por José Joaquim Gomes Canotilho, voltado ao futuro e que carece, via de regra, de outras providências normativas complementares, foi revisto pelo autor a ponto de, em um primeiro momento, ter ele decretado “a morte da Constituição Dirigente”⁷. Resumidamente, podem ser apontados alguns imbróglis que, ao ver de Canotilho, fizeram com que o constitucionalismo dirigente titubeasse e não absorvesse seu papel. Como bem delimita Bernardo Gonçalves Fernandes⁸:

Problemas de inclusão: o desafio de materialização do direito, que faz com que a constituição dirigente se assuma como um estatuto jurídico do político, acaba por ocultar a “rebeldia” desse político em se subordinar a uma normatização que concretize diversas práticas sociais plurais. Com Luhmann, vemos que a cada sistema é dotado de uma autorreferenciabilidade e uma auto-organização, o que parece espaçar aos defensores da constituição dirigente;

Problemas de referência: a constituição dirigente não consegue ultrapassar uma abordagem clássica quanto ao seu sujeito de referência — o indivíduo — e com isso, olvida-se das novas configurações sociais, como as entidades organizadas de cunho multinacional ou atores sociais neocorporativos;

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 365.

3 Acerca desse papel de destaque da Constituição e do modo como ela deve ser visualizada e apreendida, a doutrina, em longa, porém judiciosa e relevante passagem: “O grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam, no sentido formal das palavras, nos contornos do Estado de Direito, quebrando, porém, o velho hibridismo da lógica liberal conjugada com uma práxis autoritária. Parece-me que o princípio legitimador, ainda que muito abstrato e genérico, dessa compatibilização deveria ser impedir que as chamadas funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação. Esse é o risco. Seria preciso portanto ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito uma espécie de repúdio à utilização desvirtuada das necessárias funções sociais como instrumento de poder, porque isso destruiria o Estado de Direito e com isso se perverteria a base do Estado Social que estaria então desnaturado. Em consequência, o Estado Democrático de Direito perderia o seu contorno constitucional. Mas a recíproca também é verdadeira. Também não se pode levar à interpretação da constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação da lei. A lei constitucional chama-se lei apenas por metáfora, ela não é lei igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. Então ela não deve se submeter àquele puro formalismo sob a pena de fazermos o inverso, isto é, tiranizarmos um grupo contra outro e impedirmos a realização do Estado Social. O difícil é fazer essa composição sem apelar para as rupturas que se pervertem no seu próprio curso. E esta dificuldade é, afinal, o grande desafio que vive, hoje, a experiência constitucional brasileira. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 38-49, out./dez. 1996. p.38.

4 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18-19.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 12.

6 Fábio Konder Comparato sublinha que “as Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo — órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos obviamente coordenados àqueles. Na Constituição brasileira 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3.º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. [...]” COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 29.

8 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 83-84.

Problemas de flexibilidade: a constituição dirigente ainda opera sob uma compreensão da racionalidade clássica (teleológica), razão pela qual vai cada vez mais se mostrando incapaz de justificar coerentemente um conjunto unitário de respostas normativas ante o aumento de complexidade de demandas provindas do sistema social. A perspectiva clássica (atrelada ainda às bases de um direito positivista — ou mesmo realista) não suporta as exigências de fundamentação atuais, não encontrando legitimação em uma sociedade tão diferenciada em função dos múltiplos projetos e concepções de vida;

Problemas de universalização: a pretensão de universalização das normas contidas na constituição dirigente se torna ameaçada por não conseguir adaptar ou mesmo traduzir para os diálogos particulares as novas realidades (mercado, sistemas de informações, alta tecnologia, conglomerados empresariais);

Problemas de materialização do direito: o constitucionalismo dirigente acabou assumindo um papel de supradiscurso social, esvaziando os diferentes diálogos constitucionais (sobre o meio ambiente, o direito dos consumidores, o biodireito etc.), trazendo uma perda de contextualização. Com isso, decorreu uma dificuldade de contextualização capaz de imprimir mudanças e inovação na ordem jurídica;

Problemas de reinvenção do território estatal: a constituição dirigente operava, exclusivamente, sob a lógica da incidência de suas normas sob um determinado território, de modo que não respondia às questões de supranacionalização e internacionalização do direito constitucional.

Diante de tais problemas, o constitucionalista português passa a advogar um *constitucionalismo moralmente reflexivo*. Deveria este ser entendido como a substituição de um direito impositivo-dirigente, e que, contudo, se mostra ineficaz. A constituição dirigente desiste desse espaço privilegiado para dar lugar à transnacionalização e à globalização. Em outros dizeres: o direito constitucional trocaria a função de dirigismo para assumir o papel de dirigido, exatamente porque, no primeiro caso, o constitucionalismo dirigente não levou em conta a complexidade do mundo e as consequências causadas pelas integrações entre as nações, de maneira que uma teoria da constituição se fazia necessária⁹.

A advertência de Nelson Camatta, entretanto, é precisa: “...após as discussões entre juristas brasileiros e o próprio autor português no seminário intitulado ‘Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho’, perceberam que a morte apresentada pelo autor era relativa, pois tal teoria não teria falecido, e sim amadurecido, emancipado e alcançado novos horizontes significativos¹⁰”.

O que “morre” é um paradigma de Estado e de sociedade presente em décadas anteriores; o dirigismo — que não está “enterrado” passa da imposição para a reflexão, algo que, no entanto, não eliminou a chamada judicialização da política que decorre exatamente da constituição dirigente e das necessárias transformações sociais, no que ganha relevo a cúpula judiciária. Na precisa pontuação de José Luiz Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck:

É evidente que tais afirmações devem ser contextualizadas. Com efeito, a afirmação de Canotilho vem acompanhada e uma explicação, no sentido de que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Entendo, assim, que a afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária¹¹.

O problema é quando esse papel de relevo faz com que importância seja confundida com ausência irrestrita de controle, como se a única *receita* de concretização da constituição estivesse em mãos do poder

9 Nas palavras de Canotilho: “A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’. Referimo-nos ao contrato para as ‘necessidades globais’ — remover as desigualdades, — o contrato cultural — tolerância e diálogo de culturas —, contrato democrático — democracia como governo global, e contrato do planeta terra — desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e “*interconstitucionalidade*”: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 127-128.

10 MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 88-89.

11 MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 107.

judiciário, algo pueril e inoportuno¹², ou mesmo na produção de normas constitucionais, e aqui a inocência se repetiria, mas em prol do poder legislativo. Isso, todavia, será melhor delineado adiante.

3. ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: (RE)COLOCANDO O PROBLEMA DO AUMENTO DA LITIGIOSIDADE

Com efeito, do que se expôs no tópico acima, vê-se que a constituição dirigente e a falta de implementação de seus planos e diretrizes¹³ leva à ascensão, notadamente, do judiciário, porquanto se presencia uma crescente judicialização da vida, e, em muitos momentos, a uma postura ativista, como será visualizado amiúde no decorrer do texto.

Muitas questões importantes, tanto sob um viés político, social ou moral, passam pelo crivo do poder judiciário. Por essa razão, fala-se em judicialização da política¹⁴, quando o papel do poder judiciário é potencializado após a passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito, arrastando-se o polo de tensão do Executivo e Legislativo exatamente para aquele primeiro poder (o judiciário).

São muitas, como se percebe, as causas para tal fenômeno, mas, cotidianamente, podem ser detectadas ao menos três: *a um*, o judiciário, é, ao fim e ao cabo, o maior protetor dos direitos fundamentais; *a dois*, política majoritária¹⁵ nem sempre é palco de satisfação dos interesses de *desprivilegiados*; *a três*, por diversas ocasiões o executivo e o legislativo se mantêm inertes em questões de grande interesse e não sobra alternativa ao judiciário senão atuar, lembrando-se que isso é hoje ainda mais facilitado pela inserção do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, CF), bem como em função de a Constituição regular inúmeras matérias, proporcionando a atuação da jurisdição constitucional com um alcance e profundidade ainda maior¹⁶.

12 Acertada a reflexão de João Maurício Adeodato: “no início dos anos 90, os juristas mais progressistas buscavam um discurso mais alternativo, em alguns casos até antiestatal. Os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas. Mas não se deve idealizar que a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, seja panacéia para resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta, tais como educação, previdência, fome e violência. Do mesmo modo que a constitucionalização de opções generalizadas, ou seja, construir novos e novos textos constitucionais, por intermédio de emendas e outros meios legiferantes, tampouco o é. É ingênua essa visão messiânica da jurisdição constitucional e das competências do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas”. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

13 Veja o que diz Nelson Camatta Moreira a esse respeito: “Por um lado, verifica-se que a desigualdade na distribuição de recursos materiais mínimos, que assola a triste realidade social brasileira, associada ao inexistente/inoperante Estado Social do século XX, no Brasil, deixou marcas negativas indelévels na tentativa de concretização de um projeto de nação e, por isso, há, cada vez mais viva, a premente necessidade da existência de uma Constituição Dirigente”. MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 101.

14 De acordo com Lenio Streck: “Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

15 Com efeito, discussão envolvendo a legitimidade de os tribunais interferirem nas decisões adotadas por representantes majoritários, fundada no fato de que seus membros não são eleitos democraticamente, é alcunhada de dificuldade contramajoritária. Acerca das origens do termo: cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. London: Yale University Press, 1986.

16 É viável elencar como fatores que proporcionam a judicialização da política ainda, (i) a criação de juizados de pequenas causas; (ii) a institucionalização da *class action* e o grande número de legitimados; (iii) a invasão do direito em aspectos da vida social, como se dá, por exemplo, com regramentos voltados a setores vulneráveis (consumidores, idosos, crianças e adolescentes, etc.), que demandam maior atuação do juiz, inversões de ônus probatório, dentre outros; (iv) o controle de constitucionalidade das leis. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; Salles, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2. p. 39-85, nov. 2007. p. 41

Não há, portanto, nessa quadra da história brasileira, como fugir da judicialização, exatamente porque o arranjo constitucional pátrio fez essa opção. O problema é o ativismo, e aqui sobrevém a necessidade de uma breve conceituação: o ativismo é uma prática, uma atitude deliberada que tem como desígnio expandir, sem maiores reflexões democráticas, o papel do judiciário¹⁷. Delimitando o ativismo a doutrina de Lenio Luiz Streck:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)¹⁸.

Há, pois, como se percebe, uma diferença entre judicialização da política¹⁹ e ativismo judicial. O ativismo judicial, no restrito sentido delineado neste estudo, é, acima de tudo, a postura proativa do poder judiciário, cuja prática promove interferência significativa nas atividades e opções políticas dos demais poderes. Ou seja: no ativismo o fenômeno deriva da vontade do intérprete proativo, ao passo que na judicialização a postura judiciária está mais ligada à concretização das promessas constituintes²⁰. Talvez, por isso, seja acertada a ilação de Garapon quando afirma 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 travá-la²¹”.

De mais a mais, retomando-se a discussão, como bem obtemperou Lenio Luiz Streck²², o novo texto constitucional superou o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Para o autor, nesse momento, o direito não é mais ordenador e nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e, ao mesmo tempo, da democracia em nosso Estado Democrático de Direito. Ou ainda, na terminologia de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Os direitos sociais, produto típico do Estado do Bem-Estar Social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-

17 Uma oportuna explicitação doutrinária: “No campo processual e de aplicação dos direitos, sabe-se que transitamos da perspectiva do liberalismo processual, característica do século XVIII e XIX, para a perspectiva da socialização do processo, no século XX, e que esta objetivava, segundo uma prestigiosa doutrina, a aceleração do processo com um rápido restabelecimento da paz jurídica, mas sem impor a onipotência estatal no campo do processo com o auxílio do juiz. Os aportes teóricos desse novo papel do Judiciário que deveria compensar os déficits de igualdade material na sociedade, com um papel consequencialista (de antevisão dos impactos decisórios no campo político, econômico e social) foram inaugurados, entre outros (apesar de terem ganhado maior projeção no segundo pós-guerra), na doutrina austríaca de Klein e Menger. Essas ponderações doutrinárias típicas das últimas décadas do século XIX e primeiras décadas do século XX retratavam uma tentativa de combate aos processos extremamente formais em que o papel do julgador era reduzido a uma figura meramente espectadora; típicas do Estado Liberal. Ocorre que a partir do segundo pós-guerra e da estruturação de Tribunais Constitucionais, como já dito, vai se atribuindo um novo fôlego ao ativismo judicial, concebendo-se a função do juiz como a função de garantidor das promessas e de engenheiro social”. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 189, p. 11-52, nov. 2010

18 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589, nota de rodapé 123.

19 Acerca da judicialização da política no Brasil, Gisele Cittadino: “Nos casos em que a história constitucional é marcada por rupturas e não por continuidades, quando não é possível apelar para uma “comunidade de destino” ou para a “confiança antropológica nas tradições”, o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, por meio do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito” CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Aneu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. p. 110

20 PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 133.

21 GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 54.

22 Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1-16.

se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados²³.

O último autor vai longe e chega a dizer que a posição do juiz fora alterada, porquanto é ele um responsável pelo implemento das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social²⁴, o que, todavia, nos parece tão correto, pelo que adiante se dirá.

O Supremo Tribunal Federal, em várias ocasiões, tentou delimitar qual o espaço de sua atuação. Como exemplo disso, cita-se passagem exarada pelo Min. Celso de Mello, na qual S. Exa. deixa claro que a omissão dos demais poderes abre espaço para atuação da Suprema Corte:

A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República (LGL\1988\3). Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo STF, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República (LGL\1988\3), muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o STF, ao suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República²⁵.

O Min. Gilmar Mendes também faz alusão à temática, em meio ao julgamento da MC no MS 26.915/DF, j. 08.10.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16.10.2007, como segue:

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o STF, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o STF, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação.

Equivale articular: desses dois exemplificativos julgados, em hipóteses fático-jurídicas nas quais se presencia omissão inconstitucional de outros Poderes estatais, capazes *per se* de ofender a Constituição, o Supremo Tribunal Federal não só pode, como deve intervir, mesmo que tal intervenção se dê no campo político. Disso não discorda a doutrina de Nelson Camatta Moreira, tal como se vê da passagem a seguir:

[...]será justificada a atuação da jurisdição constitucional, ainda que extrapole, razoavelmente, as funções tradicionalmente exercidas por outros poderes, observando-se, impreterivelmente, as demais conquistas do Estado de Direito como respeito aos direitos fundamentais e ao princípio republicano, fortalecedores da cidadania.

Trata-se, portanto, conforme Garapon, de um processo *natural* desenvolvido no interior de um Estado Democrático, até porque a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos próprios políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isso tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico²⁶.

Acertada a ponderação. Isso porque, se é fato que o ativismo implica problema para a separação de poderes, também o é que a inércia de um dos demais poderes (legislativo e executivo) não pode servir de

23 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994.

24 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p.12-21, mar./maio, 1994. p. 18.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADIn 4.277/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

26 MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 112-113.

amparo ao menoscabo de direitos fundamentais. Ora, se os direitos fundamentais são a bússola vinculante das ações de cada Poder, dentre os quais o judiciário, não deve ser objeto de surpresa que este, em sua função de assegurar a vigência desses direitos, provocado por meio de processo constitucionalmente assegurado, supere a omissão dos demais poderes.

O que se reputa reprovável — e isto será visto melhor em momento subsequente — é a usurpação, por parte do judiciário de argumentos de índole moral, ética, política, religiosa ou pragmática, quando se sabe que a função do judiciário é aplicar de forma imparcial as normas jurídicas.

Afinal, em uma sociedade complexa não há consenso em torno de questões éticas ou morais, de maneira que o judiciário não pode almejar impor seu ponto de vista moral, político e, quiçá, ético, sob pena de transformar-se, principalmente, o Supremo Tribunal Federal no guardião dos valores de uma dada comunidade.

Fica evidente a conexão entre a moral e o Direito, e isso também será analisado melhor adiante. De pronto, entretanto, adianta-se que a moral não pode servir como instância corretiva do Direito, como se fosse algo superior e que se sobreporia ao ordenamento jurídico.

Sustenta-se neste estudo uma relação de cooriginalidade entre Direito e moral, nos moldes habermasianos, autor que afirma essa imbricação e o caráter de complementariedade entre o direito positivo e a moral²⁷.

É importante, ademais, frisar, com respaldo doutrinário, lembrar que essa cooriginariedade de modo algum justifica a perenização do direito, afinal, se, por um lado, não se pode cogitar de verdadeira democracia sem Constituição, por essa razão sobrevivendo a necessária limitação da vontade de maiorias contingenciais, isso não significa que o direito se volte apenas ao passado. Sendo mais preciso: a tensão entre constitucionalismo e democracia²⁸ conduz à afirmação de que o poder constituinte originário não pode ser permanente, sob pena de ser inviabilizado o próprio exercício democrático, mesmo porque as promessas constitucionais da modernidade não estão finalizadas. Acerta, nesse passo, a doutrina que explicita que o poder constituinte originário deve passar por aperfeiçoamentos:

Imaginá-lo [o poder constituinte originário] sempre incondicional e absoluto é reforçar o seu lado mítico inescapável, mas não sobressalente. Absoluto talvez seja o momento da violência enquanto violência, o saldo de sangue e carnificina, esse espetáculo da sordidez humana, mas até nesse instante de desvario há sempre uma ideia de direito e de justiça subjacente à luta²⁹.

Consequentemente, no ato de decidir é importante que o judiciário tenha em mira sua precípua função: aplicar de forma imparcial as normas jurídicas, e aqui, evolui-se, tendo em mira os direitos fundamentais, que são permanentemente abertos, mutáveis³⁰ e cujo escopo maior é a afirmação da cidadania³¹. É preciso deixar algo claro, todavia: apesar de se falar em função precípua do poder judiciário, não se está afirmando, neste estudo, a *velha* separação de poderes nos moldes de Montesquieu. Esse modelo clássico de separação, de

27 Uma passagem do autor demonstra essa imbricação. Segundo Habermas: “a legitimidade pode ser obtida por meio da legalidade na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à própria racionalidade procedimental” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 203. v. 2.

28 Veja-se, pois, que, subsiste forte tensão entre democracia e constitucionalismo; é este último fenômeno que limita a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, os quais, como é curial, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais.

das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.

29 SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e prática do poder constituinte. como legitimar ou desconstruir 1988: 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p-18-62. p. 24.

30 Cabe a referência aqui ao pensamento de Alexander Bickel, autor que destaca que o conteúdo decisório dos julgamentos da Suprema Corte perduram por uma ou duas gerações, algo que se faz suficiente para preocupações ante a mutabilidade referida. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 244-245.

31 NETTO, Menelick Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 36.

feição liberal, não é capaz, hoje, de dar conta da complexidade dos sistemas sociais e da ordem jurídica, em especial a função estatal (de tantos órgãos e até da sociedade) de implementação de direitos fundamentais tão amplos e de espectro tão diverso³².

O que não se admite, fechando-se esse raciocínio, é que o judiciário, mesmo que sob o argumento da proteção dos direitos fundamentais, exercite na fundamentação de suas decisões discurso típico do legislativo³³, porquanto isso abalaria a democracia e o Estado Democrático de Direito³⁴. O judiciário é um poder de Estado e pode, claro, contribuir para o debate³⁵, mas não é o senhor dele³⁶.

4. A REIFICAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO CURA PARA AFASIA SOCIAL BRASILEIRA

Se for inegável que o Estado Democrático de Direito canaliza para o judiciário um foco de atenção, o fato é que isso não pode ser confundido com uma outorga de poderes, sem qualquer controle. Claro, afinal se judicialização é um fenômeno que decorre de fatores, como inércia de poderes no cumprimento das promessas constitucionais, o ativismo³⁷ é o desvirtuamento da atuação deste proeminente poder, que o poder judiciário.

Viu-se que, diante da inércia dos demais poderes, abriu-se espaço para que o judiciário suprisse tais lacunas³⁸, exercendo um papel de protagonismo³⁹, o que não quer dizer que, *ng*, inexistindo tais omissões de poder,

32 Conferir, por exemplo: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria Camppos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

33 Oportuna aqui a alusão à proposta de Jeremy Waldron a respeito da dignidade da legislação. In: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003. Nas palavras do autor mencionado: “As pessoas convenceram-se que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões deste caráter”.

34 Talvez isso tenha ocorrido quando a 1.ª Turma do STF, negou provimento ao RE 368.564, interposto pela União contra autorização do TRF-1.ª Região para realização de tratamento em Havana, Cuba. Tratava-se de um certo número de portadores de uma doença chamada retinose pigmentar, cuja evolução é a perda progressiva da visão. Muito embora apresentado laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) no qual fora destacado não existir tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil, mesmo à mingua de cura atestada e dos custos inerentes, somado à impossibilidade de generalização, o STF decidiu autorizar o tratamento, negando com isso o recurso, e o fez sob o argumento de não cabe ao magistrado frustrar a esperança de pessoas.

35 Waldron, por exemplo, discorda da posição que vê no judiciário o ambiente adequado para decidir questões políticas: “O pensamento parece ser que os tribunais com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter. [...] Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam? Por que é esse o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto quanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos de conceito?” WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 5-13.

36 Arvorar-se na condição de “senhor do debate” é postura que merece rechaço, como bem observou a doutrina: “Ativismo judicial e soberania judicial — exemplo mais extremado, irremediavelmente antidemocrático e aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial. A corte se coloca como titular da palavra final ou mesmo da única palavra sobre o que significa a Constituição”. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 349.

37 Uma conceituação que merece lembrança é a de Elival da Silva Ramos: “O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controversias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

38 Registra-se nesse ponto a doutrina de Bickel, um voraz crítico do ativismo judicial. O autor observa que a política é uma projeção da maioria e que o governo deve pautar seu planejamento decisório a partir desse majoritarismo, que é refletido no âmbito do Poder Executivo e do Legislativo. Logo, o Judiciário que adentra nessa governança, aos olhos do autor, desequilibra o jogo democrático. BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

39 A respeito do ativismo do STF e de seu protagonismo na república, a doutrina: “Foi-se o tempo, portanto, quando apenas a política julgava o Supremo. A Corte de hoje julga a política, determina alguns de seus resultados e ainda, eventualmente, a condena. [...] Aliás, chegamos ao nível *toquevilliano* de que dificilmente algum tema, mesmo de baixo impacto político e social, escapa à juris-

causadoras de lesão efetiva ou potencial de direitos fundamentais, o Judiciário se imiscua a proferir decisões de cunho tipicamente político⁴⁰. Afinal, como bem lembra João Maurício Adeodato: “... nem toda concretização do direito se dá a partir de lides levadas ao judiciário⁴¹”. E é a partir de tal reflexão que João Maurício Adeodato, acertadamente, detectou problemas inerentes à aplicação do direito, como se denota, *verbis*:

O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como um ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuismo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica⁴².

Nesse diapasão, é equivocado autorizar o Poder Judiciário a fazer política, quanto mais se isso é levado a cabo sem maiores reflexões por pessoas que não se apresentam como legítimos representantes da democracia⁴³, valendo até mesmo destacar que o constitucionalismo democrático que possibilita a judicialização da política (*ng* para estancar a inércia dos demais poderes, é o mesmo que confere a noção de controle, limitando o exercício do poder⁴⁴).

5. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DE UMA TEORIA (MAL) APLICADA E QUE, EM TESE, SERVE DE APORTE A POSTURAS ATIVISTAS

Em singelo resumo, para Robert Alexy, o problema da racionalização das decisões judiciais passa pela edificação de uma fórmula que se mostre capaz de estancar a arbitrariedade interpretativa existente no instante em que, ante uma eventual colisão de valores em um determinado caso, o intérprete escolha racionalmente aquele que deve prevalecer.

dição do Supremo Tribunal Federal. E, no exercício desse *protagonismo institucional*, o Supremo tem respondido às questões cruciais, fundado, principalmente, no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 257.

40 Descrevendo o fenômeno a partir de uma perspectiva Retórica, João Maurício Adeodato: “O crescimento de importância da retórica forense, contudo, em detrimento da retórica deliberativa classicamente característica do Poder Legislativo, pode ser observado no Brasil, no caso da autorização para aborto (antecipação terapêutica do parto) de nascituros meroencefálicos, ou no caso do mandado de injunção sobre a greve de funcionários públicos, importantes questões de direito material decididas por juízes diante de um caso concreto no decorrer de um processo, afastando-se da tipologia de que a retórica deliberativa caracterizaria somente o discurso legislativo. Magistrados, cuja retórica forense dirigir-se-ia ao passado, passam a deter também a retórica deliberativa, orientada para o futuro [...]”. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 252.

41 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional — sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.

42 ADEODATO, João Maurício. *Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

43 Vide, por exemplo, a passagem de TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*, 1999, p. 177: “Os liberais (progressistas) de hoje parecem ter um profundo medo do processo eleitoral. Cultivam um entusiasmo no controle judicial que não se justifica, diante das experiências recentes. Tudo porque têm medo do que o povo pode fazer”.

44 Existem até posições radicais que sugerem a impossibilidade do *judicial review* por parte do judiciário, como defendeu Tushnet ao sustentar a edição de emenda à Constituição norte-americana para extirpar tal prática. Eis o teor sugerido: “Exceto quando autorizado pelo Congresso, nenhum tribunal dos Estados Unidos ou dos Estados possuirá o poder para revisar a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso nacional ou pelos legislativos estaduais” TUSHNET, Mark. *Democracy Versus Judicial Review*. *Dissent*, v. 41, 2005. Disponível em <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 18 dez. 2014. Ainda sobre o ponto Alexander Bickel, em uma pertinente passagem: “Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, [...] ela frustra a vontade dos representantes do povo real [...]; ela exerce controle não em nome da maioria prevalecente mas contra essa maioria. Portanto, mesmo assumindo que o processo político de representação é frequentemente imperfeito e que os juízes não são, como tradicionalmente se alega, politicamente insensíveis, nada pode alterar a realidade essencial de que o *judicial review* é uma instituição anômala na democracia americana”. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University, 1986. p. 17-19.

É a chamada fórmula da ponderação, que tem aplicação naquilo que o autor denomina de *casos difíceis*⁴⁵. A fórmula visa sanear a eventual colisão de princípios para que, feita sua precisa aplicação, seja apurada a regra de direito fundamental atribuída. É preciso dizer que para Alexy existe distinção fundamental entre regras e princípios:

princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...].

Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente⁴⁶.

A problemática é: como distinguir casos fáceis⁴⁷ e difíceis⁴⁸? Como uma norma pode ter sua aplicação diferida em diferentes graus? A natureza de mandados de otimização dos princípios não confere margem de discricção incontrolável ao aplicador?⁴⁹ É possível, a partir das premissas de Alexy, racionalizar o ordenamento jurídico e a democracia?

Princípios, tidos como mandados de otimização, para Alexy, não estão ligados a um nível deontológico, mas a um nível axiológico, o que pode gerar preferências subjetivas⁵⁰. Afora isso, atentando-se que a técnica ou “fórmula” da ponderação seria o mecanismo apto a solucionar colisões, há quem sustente que se vê em Alexy, além de uma matematização do discurso jurídico, um artificialismo, até porque do resultado da ponderação, primeiro, remanesce forte discricionarietà e, segundo, ao fim sempre é extraída uma regra, fato que caracterizaria uma atividade subsuntiva.

Essa discricionarietà, condizente com a ideia de que os princípios podem ser considerados como mandados de otimização⁵¹ é perigosa, quanto mais se prevalecer no imaginário dos juristas brasileiros que a ponderação é um princípio e não um método⁵², algo contraditado por Clarissa Tassinari na passagem adiante:

45 Registre-se, com efeito, que os casos que envolvem direitos fundamentais, muitos dos quais tidos *aprioristicamente* como *difíceis* possuem traços próprios, como bem alerta Waldron, ao dizer que tais casos: “esses casos possuem “uma característica multifacetária, que usualmente tem sido considerada como inapropriada para ser decidida em uma estrutura judicial” WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1336, 2006.

46 ALEXY, Robert. *Derecho Y Razón Práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998. p. 12.

47 A respeito da impossibilidade de se promover a cisão *a priori* entre casos fáceis e difíceis: STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. capítulo 4.

48 Cfe. ALEXY, Robert. *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). *Derecho y Filosofía*. Barcelona-Caracas: Alfa, 1985. Problemas da teoria do discurso. *Revista do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 1, 1996. *Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. *Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: CEPC, 1997.

49 Na terminologia de Habermas: “Dado que os direitos desempenham no discurso jurídico o papel de razões ponderáveis entre si, Alexy vê nisso a confirmação de sua concepção, segundo a qual se podem tratar princípios como valores”. HABERMAS Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 367.

50 Lenio Streck tece críticas à teoria da argumentação de Alexy e as que dela são derivadas. Eis a transcrição ilustrativa: “independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva. E prossegue: “em Alexy, há direitos que, em abstrato, possuem peso maior que outros”, o que, segundo o autor, encobre o verdadeiro raciocínio que estrutura a compreensão. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232-233.

51 Segundo Alexy: “Princípios contêm, pelo contrário [das regras], um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. [...] a forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva o do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37.

52 Cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do Positivismo Clássico ao Pós-positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. Capítulo 1.

Com Alexy, por sua vez, na medida em que os princípios passam a ser considerados mandados de otimização, empregados como critérios interpretativos apenas na insuficiência da regra, ganha espaço a ponderação. Sob a influência da teoria da argumentação jurídica de matriz alexyana, no Brasil, a ponderação torna-se o método interpretativo mais referido e chamado a ser utilizado, assumindo a feição de sopesamento entre dois (ou mais?) princípios. Contudo, como afirma Lenio Streck, à diferença da teoria alexyana, é recepcionada como princípio (quando, na verdade, originalmente, a ponderação é apresentada como regra) e constitui um procedimento de confronto direto entre princípios, concepção igualmente equivocada.

[...] pela ponderação, abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão [...]. Tudo repercute em uma acentuada concessão de poderes aos magistrados, que culmina no ativismo judicial, comprometendo a democracia⁵³.

Este, destarte, o perigo de se recepcionar de forma equivocada uma teoria, dentre elas a que serviu de exemplo neste tópico (a teoria da argumentação de Robert Alexy⁵⁴). Nas palavras de Lenio Streck:

O Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível — sim, insista-se, é realmente impossível — fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação — nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy — não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”

[...] no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, à ponderação conduz à formação de uma regra — que será aplicada ao caso por subsunção —, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos⁵⁵.

A título de contraponto, abstraindo-se, contudo, o posicionamento pessoal acerca do caráter discricionário da ponderação presente na teoria da argumentação de Robert Alexy, bem como advertindo que esta (a ponderação) se operacionaliza por meio de estruturas que são, em verdade, estruturas de argumentação racional, as quais ganham força pela proporcionalidade e seus elementos constitutivos, o fato é que o discurso decisório vem ganhando contornos diversos.

Explica-se: a ser aplicada corretamente e com rigor a teoria alexyana, uma vez configurada a colisão entre direitos fundamentais, a partir de enfoque do caso concreto, deveria o órgão decisor proceder à análise dos chamados três subprincípios da ponderação para o fim de verificar, sucessivamente, se a restrição a um dos direitos é adequada e, subsequentemente, proporcional ao fim que se almeja. Não é o que se verifica, entretanto, no dia a dia forense.

Em tom bastante sintético, como adiantado, a proporcionalidade possui três subprincípios: (i) adequação: em sentido majoritário na doutrina brasileira se entende o conceito como aquilo que é apto na busca do resultado pretendido; (ii) necessidade: a limitação de um direito fundamental só será necessária se para o alcance do desiderato pretendido não exista outra medida ou ato de menor gravidade ou intensidade; e, (iii) proporcionalidade em sentido estrito: só ocorre depois de ultrapassados os dois primeiros e se liga à ideia

53 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book.

54 MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. 346 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: Unisinos, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

55 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 287.

de um raciocínio de sopesamento entre a intensidade da restrição de que o direito fundamental irá sofrer e a proeminência e/ou importância da realização do outro (o colidente), o que, ao fim, justifica a adoção da medida de restrição.⁵⁶

Ocorre que a utilização da proporcionalidade — *desvirtuada*, exatamente porque comumente mal aplicada — acaba assumindo forte conteúdo retórico (no sentido pejorativo de engodo, até), pois não utilizada a teoria de modo técnico, com exame pormenorizado de todos os subprincípios. Utiliza-se, quando muito, apenas o terceiro subprincípio na desenfreada busca da justa medida entre a restrição implementada e a finalidade objetivada. O que se quer dizer, ao fim e ao cabo, é que falta uma lógica operacional e teórica palpável no que toca, principalmente, à fundamentação das decisões tribunalísticas, o que, a toda evidência, não é bom para a democracia, vindo a propiciar, por conseguinte, irracionalidades e ativismos desmedidos, fulcrados na abertura semântica e até estrutural dos direitos fundamentais em eventual colisão.

À guisa de conclusão, a operacionalização da proporcionalidade se desvirtuada de seus pressupostos teóricos, pode, sim, causar ativismos. Isso porque sua aplicação corriqueira é ligada ao exame da proporcionalidade em sentido estrito (e insatisfatoriamente, pois por vezes nem mesmo se qualifica o grau de intensidade ou restrição do direito fundamental restringido e avaliado o peso do oposto); não é versado, na decisão, o procedimento da ponderação, tornando-o controlável e aferível, em uma perspectiva racional, o que torna a decisão injustificada.

6. A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Em tempos de judicialização da vida (e até de ativismos, como se viu), é preciso que se confira a devida importância à motivação dos atos e decisões judiciais. A decisão, insiste-se, tem de ser motivada em seu sentido mais profícuo, porquanto só assim será possível um efetivo controle da atividade judiciária, algo inerente à ideia de Estado de Direito Democrático.

Há ainda, segundo a doutrina que se reputa adequada, uma responsabilidade política dos juízes (Dworkin), de forma que estes, no ato de julgar, estão atrelados a um todo coerente e integrado: o Direito. Por essa razão há a noção de integridade, a qual perpassa pelo resgate principiológico da história institucional do direito, que está a condicionar o intérprete.

É a partir dos aportes teóricos de Ronald Dworkin que se afirma a reprobabilidade da discricionariedade judicial e, notadamente, a falta de controle desta. Ora, permitir que o magistrado decida de modo inovador e irrestrito qualquer matéria a seu crivo (mesmo as de índole tipicamente legislativa ou política) pode representar a chancela do arbítrio da coerção estatal. É com Dworkin que se apreende que os Tribunais, ao julgar um novo caso, devem respeito à história institucional da aplicação daquele instituto e, para facilitar sua fala, o autor faz uma metáfora: a do romance em cadeia.

Em outra terminologia: ao decidir cada singular caso o juiz deve se visualizar como participante de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história. Seu trabalho é continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Deve o magistrado interpretar o que aconteceu antes, exatamente porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁵⁷.

Eventuais rupturas com essa história institucional devem ser devidamente fundamentadas, consoante a integridade do direito, sob pena de ser criado um quadro de ‘anarquia interpretativa’, no qual cada juiz ou tribunal julgaria a partir de uma espécie de ‘marco zero’, em franco desrespeito ao contraditório. Eis as palavras do autor a respeito da integridade do direito:

56 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 41.

57 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2005. p. 238.

começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. [...] Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza⁵⁸.

Diante de tal quadro, o magistrado, conquanto diante, por exemplo, de um caso complexo, tem por dever descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos, mesmo porque, para o autor sob enfoque, a tarefa da jurisdição não é criar direitos, mas promover sim uma tarefa hermenêutico-investigativa. É preciso que se reconstrua, como dito anteriormente, a história institucional de determinada sociedade, respeitando-se o passado, à luz, claro, das particularidades do caso presente, que é sempre aberto a horizonte futuro. Logo, deparando-se com um de um caso concreto o magistrado deve reconstruir “o” direito e não “um” direito, não sendo outra a intelecção de Cattoni de Oliveira:

o julgador, procurando colocar-se na perspectiva de sua comunidade, considerada como uma associação de coassociados livres e iguais perante o direito (community of principle), deve compreender o Direito positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos básicos (nos termos da tese Law as integrity); e deve participar, criticamente, dessa (re) construção (The chain of Law)⁵⁹.

Todo esse percorrer, por si só, claro, não é capaz de garantir a obtenção da propalada *resposta correta*. Mas certamente contribuirá para a obtenção de uma *resposta* fundada em uma *tradição do direito*, porquanto se estará primando pela reconstrução principiológica do caso sob exame, tendo como escopo a coerência e integridade do direito. De todo modo, o que se propõe é que se enxergue a *busca* pela *resposta correta* apenas como um ideal, uma metáfora, pois o mais relevante não é a resposta em si, mas a tentativa racional de encontrá-la.

Esta busca ou caminho percorrido para obtenção de tal resposta não deve ser oculto aos olhos dos jurisdicionados de modo geral. Ora, explicitar, de forma pormenorizada, como se chegou a uma conclusão é questão democrática. Estado Democrático de Direito não combina com discricionariedade desmedida. Quanto mais se levarmos a cabo a reflexão de Gadamer — adepto da hermenêutica filosófica —, para quem é preciso que se distinga o *compreender* do explicitar a *compreensão*.

A questão não é das mais simples, mas, apenas para ficar claro o que se pretende com isso, é preciso destacar que o processo compreensivo (o compreender) é filosófico, ao passo que a compreensão é lógica-argumentativa; a soma de ambos esses processos deságua na interpretação; ou ainda, o processo compreensivo se dá em um nível (o principal) e o de expor a compreensão em outro (secundário), como bem lembra Lenio Luiz Streck ao tratar daquilo que chama de “bases para a iluminação do compreendido”:

Pode-se dizer, depois de tudo que foi exposto, que a resposta correta à luz da hermenêutica será a ‘resposta hermenêuticamente correta *para aquele caso*, que exsurge na síntese hermenêutica da applicatio. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstrar que, a hermenêutica não pode ser confundida com a teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico).

Afinal, se interpretar é explicitar o compreendido (Gadamer), a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservada às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica⁶⁰.

58 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 274.

59 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 152.

60 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 403.

Deixando mais claro: se a decisão judicial é um processo de reconstrução do direito e se sempre há uma pré-compreensão que conduz a visão do intérprete, é inarredável perscrutar a maneira pela qual um dado caso similar vinha sendo definido, confrontando as manifestações judiciais (jurisprudências) com as práticas sociais que, em cada quadra da história, advém para estabelecer novos sentidos às coisas.

E não basta, obviamente, explicitar o fundamento legal (em sentido amplo) da decisão; a justificação deve ser imunizada de subjetivismos, a partir da invocação de argumentos técnico-jurídicos; a sentença tem sim que se referir a todos os argumentos das partes, afinal, “é inadmissível supor que o juiz possa escolher para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhe submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas, algo que, infelizmente é tido como minoritário em nossos tribunais⁶¹. Se não o fizer, a sentença estará incompleta⁶²”.

Por tudo o que se expôs, para preservação da democracia, o Poder Judiciário, como relevante órgão que é, no qual deságuam matérias diversas a partir do caráter dirigente de nossa constituição e dos programas não implementados na sua plenitude, deve demonstrar grande comprometimento coma fundamentação, repetindo os acertos do passado e corrigindo, fundamentadamente, os equívocos. E, frise-se, a legitimidade da fundamentação (e da decisão), na qualidade de direito fundamental (art. 93, IX, CF) deve ser íntegra e coerente, devidamente materializada pela tradição e filtrada por uma reconstrução linguística da história institucional de uma dada comunidade.

7. CONCLUSÃO

Em suma, viu-se que, com o dirigismo constitucional, a Carta Republicana de 1988 ganhou força, o que, ante o não cumprimento de suas promessas (as promessas da modernidade) desaguou em intensa judicialização, a qual, como também visualizado, não se confunde com ativismo, porquanto a primeira é contingencial e o segundo é postura institucional.

Ou seja: este constitucionalismo dirigente, em países como o Brasil, ampliou e potencializou as possibilidades de judicialização; projeta também (mas não apenas), o poder judiciário em uma condição de órgão que implementa políticas públicas e promessas constitucionais da modernidade, o que, entretanto e obviamente, não o torna o senhor da “última palavra”, como destacado no presente texto.

Aliás, a postura ativista, nesta quadra da história, muito embora existente, deve ser combatida se encampada como discurso institucional, porque, com muito mais razão, também, o judiciário deve atuar dentro de limites constitucionais; diante disso, precisa evitar adentrar em funções tipicamente voltadas ao legislativo e ao executivo, de maneira que não se faz legítimo depositar nele (no judiciário) um olhar reificador e que lhe confere, por reflexo direto, a responsabilidade de promover a cura da afasia social brasileira.

Há ainda, perigos, condizentes com a aplicação desvirtuada de teorias, como exemplificado com a ponderação de Robert Alexy. Essa teoria, exatamente porque pautada no Brasil pela utilização da proporcionalidade, vem sendo, pouco a pouco, *desvirtuada*, exatamente porque é comumente mal aplicada. Diz-se isso pela circunstância de a proporcionalidade, no dia a dia forense, assumir forte conteúdo retórico (no sentido pejorativo de engodo, até), porquanto não utilizados de forma pormenorizada os subprincípios que dela fazem parte integrante.

61 *Mutatis mutandis*, o acerto, por outro lado, está com a doutrina adiante: “...fundamentar é exata e precisamente contra-argumentar! Todo ponto de vista da estrutura racional, a fundamentação de uma peça recursal em nada difere da fundamentação da decisão de um recurso: a diferença que existe não está na essência, mas na autoridade que se reveste o pronunciamento, dos argumentos (no sentido lato) das partes, na medida em que sejam acolhidos pela decisão. [...] o Tribunal deve manifestar-se também sobre questões que, a seu ver, são impertinentes, não devendo, pois, figurar na fundamentação propriamente dita, mas no relatório” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 397.

62 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Sentença e coisa julgada: exegese do CPC, arts. 444 a 475. São Paulo: Aide, 1992. p. 103.

Utiliza-se, como também destacado alhures, quando muito, apenas o terceiro subprincípio (a proporcionalidade em sentido estrito) na desenfreada busca da justa medida entre a restrição implementada e a finalidade objetivada, o que traz a reboque, em oportunidades diversas, a inexistência de uma lógica operacional e teórica palpável, principalmente, quanto à falta de fundamentação escoreita das decisões tribunalísticas, algo prejudicial à democracia, capaz de propiciar irracionalidades e ativismos desmedidos, fulcrados na abertura semântica estrutural dos direitos fundamentais em eventual colisão.

O grande perigo, pois, é que a operacionalização da proporcionalidade, desvirtuada de seus pressupostos teóricos, seja o pano de fundo de posturas e decisões ativistas, já que, como visto, não é raro presenciar sua aplicação limitada ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, sem qualquer alusão ao procedimento da ponderação, tudo a bem de dificultar o controle do agente decisor, em uma perspectiva de constitucionalidade absolutamente questionável.

Sobrevém, por tais fatos, de grande relevância a motivação das decisões judiciais, de maneira a garantir a plena eficácia do art. 93, IX, CF, estabilizando e uniformizando a postura judiciária, seguindo-se no caminho da integridade e coerência, nos moldes dworkinianos, como se acredita deva ser, à luz do que explicitado anteriormente.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do CPC, arts. 444 a 475*. São Paulo: Aide, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. London: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 4.277/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011, rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

- CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003;
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. p. 110
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 38-49, out./dez. 1996
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994.
- GARAPON, Antoine. *O Guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- HABERMAS Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.2
- MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. 346 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: Unisinos, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito, 2010.
- NETTO, Menelick Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo Judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988: 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 18-62.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 189, p. 11-52, nov. 2010
- TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review. *Dissent*, v. 41, 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 18 dez. 2014.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). *Derecho y filosofía*. Barcelona: Alfa, 1985.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2. p.39-85, nov. 2007, p. 41
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, issue 6, p.1346-1406. 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.