

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A (I)LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL
PRATICADO PELO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ
DOS DITAMES DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Leandro Lovato Nunes

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2013**

**A (I)LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL
PRATICADO PELO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ
DOS DITAMES DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Leandro Lovato Nunes

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial
para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientadora: Prof^a Dr^a Angela Araujo da Silveira Espindola

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a
Monografia de Graduação

**A (I)LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL
PRATICADO PELO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ
DOS DITAMES DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

elaborada por
Leandro Lovato Nunes

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Profª Drª Angela Araujo da Silveira Espindola
(Presidente/Orientadora)

Profª Drª Jânia Maria Lopes Saldanha
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, RS, 18 de dezembro de 2013.

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo de travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

(Fernando Pessoa)

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A (I)LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO PELO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS DITAMES DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

AUTOR: LEANDRO LOVATO NUNES

ORIENTADORA: Prof^a Dr^a Angela Araujo da Silveira Espindola

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 18 de dezembro de 2013.

Atualmente é notório o protagonismo evidenciado pelo Poder Judiciário, especialmente pelo STF, no cenário jurídico/político/social nacional. Essa tendência é devida à criação de um imaginário generalizado no sentido de que a efetivação dos direitos elencados na Constituição se fazem dependentes de respostas judiciais, ocorrendo a judicialização da política. Porém, a problemática maior não reside no protagonismo em si, face às questões políticas serem judicializadas, mas sim, como as questões judicializadas, ou não, são decididas. Nessa ótica, o cenário do ativismo judicial fez exsurgir a figura do julgador “criativo”, que ao não encontrar a resposta desejada no arcabouço legislativo positivado, decide conforme a sua consciência, mesmo em dissonância com a integridade do Direito. Mostra-se, portanto, fulcral a elucidação quanto à legitimidade da prática do ativismo judicial, o qual possui contornos de discricionariedade, que por sua vez conduzem à arbitrariedade. Tudo sendo analisado a partir de uma reflexão à luz dos ditames de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, preliminarmente afastam-se possíveis conexões semânticas e fáticas entre ativismo judicial e judicialização da política. Na sequência, explora-se o exercício hermenêutico descomprometido com a integridade do Direito, onde os intérpretes solipsistas “fraudam” a tarefa interpretativa e invocam nos discursos judiciais princípios diversos, destituídos de normatividade. No outro quadro, analisam-se casos concretos julgados pelo STF. Por derradeiro, fomenta-se a necessidade da criação de uma “teoria da decisão”, com fins de romper com os discursos solipsistas, visando à manutenção da coerência e integridade do Direito, fundamental em um Estado que se diz democrático.

Palavras-Chaves: ativismo judicial, judicialização da política, Supremo Tribunal Federal e Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE (IL)LEGITIMACY OF JUDICIAL ACTIVISM DONE BY THE SUPREME COURT: A REFLECTION ACCORDING TO THE DICTATES OF A DEMOCRATIC STATE

Author: **Leandro Lovato Nunes**
Adviser: **Prof^a Dr^a Angela Araujo da Silveira Espindola**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 18, 2013.

Nowadays, the role evidenced by the judiciary is notorious, especially by the Supreme Court on the legal/social/political national scenario. This trend is due to the creation of a generalized imaginary in the sense that the effectiveness of the rights listed in the Constitution are made dependent on judicial answers, what causes the judicialization of politics. However, the biggest problem lies not in the role itself, given the political issues become judicialized, but in how the judicialized or not issues are decided. From this perspective, the scenario of judicial activism made appear the character of the "creative" judge that failing to find the desired response in the legislative framework, he decides according to his own conscience, even in dissonance with the integrity of the law. Therefore, becomes crucial to elucidate the legitimacy of the practice of judicial activism, which has discretionary contours which lead to arbitrariness. Everything being analyzed from a reflection according to the dictates of a democratic state. To this end, preliminary, possible semantic and factual connections between judicial activism and legalization of politics are removed. Further, the hermeneutical exercise uncompromising with the integrity of Law are explored, where solipsistic interpreters "cheat" the interpretive task and invoke several principles on the judicial speeches, without normativity. In another context, we analyze concrete cases tried by the Supreme Court. Finally, the need of creating a "decision theory" is instigated, with the purpose of breaking with the solipsistic discourse, in order to maintain the consistency and integrity of law, which are fundamental in a state that calls itself democratic.

Key-Words: judicial activism, judicialization of politics, Supreme Court and Democratic State of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL INSERIDO NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E O EXERCÍCIO HERMENÊUTICO.....	11
1.1 Indispensável diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política.....	13
1.1.1 A Judicialização da Política.....	14
1.1.2 O Ativismo Judicial.....	18
1.1.3 Balanço geral: um diálogo entre os fenômenos analisados.....	22
1.2 A tarefa interpretativa (im)prudente ante um Estado democrático de direito: “juízos de legalidade” X “juízos de oportunidade”.....	23
1.2.1 A interpretação/aplicação dos textos normativos: a influência do axiologismo, conduzindo à banalização da interpretação.....	27
1.2.2 A invocação deliberada de princípios “criados” pelo intérprete como meio de fundamentação dos discursos judiciais.....	34
2 A EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO STF, E A NECESSIDADE DA RUPTURA DO “PODER DE VONTADE” SOLIPSISTA.....	39
2.1 Exacerbação por intermédio de controle de constitucionalidade.....	40
2.1.1 O caso da ADIn 4277-DF: reescreve o texto constitucional.....	42
2.1.2 O caso da ADPF 54: “cria” mais uma excludente de punibilidade no Código Penal.....	45
2.2 Exteriorização da vontade do julgador (= ativismo judicial): necessária ruptura dessa tendência para preservação dos ideais de um Estado que se diz democrático.....	48
2.2.1 Teoria da decisão: ferramenta controladora da atuação do Judiciário, visando à supressão do discurso judicial solipsista e a preservação da democracia.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

A tendência contemporânea que se demonstra de modo explícito e crescente no sentido de haver um deslocamento do polo tensão entre os poderes do Estado brasileiro encontra-se notoriamente em pauta. Isso ocorre em virtude de questões - políticas por excelência - estarem sendo desaguadas na seara de competência do Poder Judiciário.

Essa tendência, por sua vez, está intimamente ligada à conjuntura do panorama político/social contemporâneo, onde a Constituição Federal de 1988, a famigerada “Constituição Cidadã”, confeccionada pela constituinte ainda em meio ao fantasma da ditadura que assolou o Brasil por quase 20 anos, além dos necessários dispositivos de natureza democrática, trouxe em seu texto um catálogo generoso de direitos, principalmente de cunho social e fundamental. Desse modo, em consequência da estrutura deficiente de políticas públicas adequadas, alguns direitos elencados na Lei Maior não são capazes de serem efetivamente gozados.

Nessa esteira, valendo-se da facilidade do amplo acesso à justiça, a população irredimida recorre ao Poder Judiciário para fins de obtenção daquilo que a Constituição Federal lhes “garante”, ocorrendo, assim, o fenômeno chamado judicialização da política. No entanto, tal fenômeno não representa um problema maior, até porque já seria algo previsível, tendo em vista o prestígio atribuído ao Poder Judiciário no Brasil em meio à nova fase constitucional, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Portanto, é dever constitucional do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário nacional preservar/efetivar os propósitos sociais e democráticos catalogados no texto constitucional. Registre-se, no entanto, que o judiciário exerce (ou deveria exercer) um caráter subsidiário, vez que as políticas públicas devem, por princípio, ser uma atribuição principal dos Poderes Legislativo e Executivo.

Acontece que em virtude do novo papel político institucional do Supremo Tribunal Federal e da valorização do Poder Judiciário em geral, acabou criando-se um imaginário jurídico/político/social generalizado no qual o gozo dos direitos constitucionais passaram a ser dependentes de respostas judiciais. Com efeito, o Poder Judiciário projeta-se como um verdadeiro protagonista no quadro

nacional, especialmente o STF que figura como guardião da Constituição, logo está diuturnamente em evidência. Porém, a problemática em voga que reclama atenção e questionamentos não reside primitivamente no fato das questões políticas serem judicializadas, mas sim como as questões judicializadas (ou as não judicializadas) são decididas, uma vez que ante a postura de guardar a Constituição, combinada com a inércia do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo, perpetuou-se uma cultura jurídica - aparentemente revestida de legalidade - que confere aos julgadores a liberdade de “decidirem” com base em precedentes de “justiça”.

Desse modo, emerge a figura de um julgador¹ “criativo” que decide, visando o “justo concreto”, antes mesmo de fundamentar e ao não encontrar a resposta (constitucionalmente adequada) no arcabouço legislativo positivado, decide conforme a sua consciência, exteriorizando “valorações íntimas”, “discernimentos individuais” e “subjetivismos”, mesmo em dissonância com o Direito, praticando o ativismo judicial. Contudo, tal perfil possui contornos de discricionariedade, pois neste sistema os discursos de fundamentações são balizados pelo “senso de justiça” de cada julgador, calcados em seus solipsismos e arcabouços axiológicos. Seria uma questionável tentativa da moral, combinada com a faticidade, corrigir as vicissitudes do Direito.

Nessa ótica, surge a necessidade de refletir sobre os seguintes questionamentos: seria legítima a prática do ativismo judicial praticado pelo STF, sob a égide legal de um Estado que se diz democrático? É compatível esta prática com o sentido democrático delineado na Constituição? Os Ministros, sentinelas da Constituição, assumem através do ativismo judicial a condição de porta-vozes da democracia e dos direitos sociais e fundamentais? É justamente sob esta temática que se debruçará a exploração da presente pesquisa.

Para tanto, a metodologia balizadora examinará o contexto geral a partir de circunstâncias particulares, tais como o afastamento de fenômenos aparentemente conexos (judicialização da política e ativismo judicial), o exercício de interpretação/aplicação do Direito e análise de casos concretos, para assim elucidar as indagações centrais. Ou seja, analisar-se-á das situações particulares para a geral, pretendendo-se concluir acerca da (i)legitimidade do ativismo judicial praticado pelo

¹ O termo “julgador(es)” utilizado neste trabalho guarda relação com qualquer um dos órgãos do Estado (juízes, desembargadores, ministros, tribunais) que possuem competência jurisdicional.

Supremo. Nesse sentido, ao longo da pesquisa são utilizados, de modo combinado, os métodos de abordagem histórico/comparativo e monográfico.

A presente pesquisa será estruturada em dois capítulos.

O ponto de partida gira em torno da imprescindível exploração no sentido de diferenciar ativismo judicial de judicialização da política. Com isso, obter-se-á suporte para fazer uma espécie de balanço geral, travando um diálogo entre ambos os fenômenos, possibilitando a elucidação das suas especificidades, rompendo com as possíveis relações conexas entre ambos, já que alguns autores ainda tratam do assunto como se fossem questões idênticas. Na sequência será realizada uma apreciação do campo da interpretação dos textos normativos, focada na (im)prudente tarefa interpretativa de interpretação/aplicação do Direito, sinalizando para respostas constitucionalmente (in)adequadas aos casos submetidos ao crivo do judiciário. Adiante, será abordando o perigo do axiologismo e a banalização da interpretação. Fechando o primeiro capítulo será abordada a indiscriminada invocação de princípios, criados pelos intérpretes, como forma de fundamentação dos discursos judiciais solipsistas.

O segundo passo, por seu turno, consistirá em um capítulo inicialmente reservado para apreciação de casos concretos julgados pelo Supremo que tiveram larga repercussão nacional, onde se observou - de plano - a prática do ativismo judicial. A saber, a ADIn 4277-DF, tratando sobre a união estável dos casais homoafetivos, e a ADPF 54, versando sobre excludente de punibilidade no caso de aborto de feto anencéfalo. Por derradeiro, encerrando o capítulo será delineada uma contemplação acerca da necessidade de um controle das decisões judiciais, através de uma criteriolgia adequada à Constituição, visando a preservação dos viés de democracia e dos direitos fundamentais, inerente a um Estado com feições democráticas.

Destarte, considerando o até agora exposto, cumpre salientar que pesquisar, dialogar, questionar ou repensar acerca da atuação do Poder Judiciário, em face dos ditames de um Estado democrático de direito, impõe-se hodiernamente algo, além de instigante, indispensável para superação dos discursos de consciência individual. Seria uma espécie de reflexão no sentido de “olhar com outros olhos” a “bondade dos bons”.

Ademais, sob uma perspectiva crítica, é preciso concentrar esforços para preservação/proteção da democracia, uma conquista universal da população

brasileira, daquelas atitudes que forçosamente se apresentam como legítimas, vendidas à sociedade com roupagens democráticas.

1 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL INSERIDO NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E O EXERCÍCIO HERMENÊUTICO

Inicialmente é importante contextualizar por meio de uma análise genérica acerca do fenômeno objeto da presente pesquisa, o qual tem sido corriqueiramente o foco de discussões calorosas no âmbito da comunidade jurídica e política, face às opiniões controvertidas manifestadas quanto a sua legitimidade. Trata-se do ativismo judicial.

A tendência da postura mais interventiva por parte do Poder Judiciário brasileiro, por intermédio da judicialização da política e do ativismo judicial (serão pontualmente diferenciados no decorrer do trabalho), *amplo sensu*, passou a ser mais evidente e incisiva a partir do advento da Constituição Federal de 1988, onde houve uma mudança expressiva, principalmente no que tange à positivação de uma série de direitos fundamentais e sociais, e, em consequência desse catálogo extenso, ante a promoção de uma política pública pouco eficiente, a população passou a buscar meios alternativos para que tais direitos fossem de fato efetivados. Logo, tais pretensões passaram a desaguar na seara de competência do Poder Judiciário.

Esta tendência interventiva, verificada através da judicialização da política, contudo, não causa tanta estranheza, uma vez que já seria previsível, considerando que “é típico do Estado democrático de Direito, que permite ao Judiciário manifestar-se nas políticas públicas, entretanto, sempre sob a égide da Constituição”².

Ademais, o Poder Judiciário ganhou prestígio em meio à nova fase Constitucional que rompeu com o período ditatorial e instituiu o Estado democrático de direito, onde no art. 102 do texto Constitucional foi incumbido ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição³.

² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil: preferência ou a inevitabilidade do julgamento? **Revista NEJ**, Itajaí, v. 14, n. 13, p. 208-254, 3º quadrimestre, 2009.

³ Art. 102 “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”, BRASIL. **Constituição**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

Com isso, o texto Constitucional, ao investir tão nobre missão ao Órgão de Cúpula do judiciário nacional, institucionalizou uma significativa “ampliação do papel político-institucional do STF”⁴.

É nessa conjuntura de criação de um Estado democrático de direito, onde, ainda em meio ao fantasma da ditadura que assolou o país por mais de 20 anos, a constituinte inseriu no corpo do texto Constitucional um rol significativo de direitos fundamentais e sociais que a questão da judicialização da política tomou lugar de destaque no cenário jurídico/político brasileiro.

Dessa forma, criou-se um imaginário jurídico/político/social generalizado no qual o direito brasileiro (= direitos catalogados na Constituição) se fez dependente das decisões judiciais, ou melhor, o direito precipuamente acerca das questões de maior complexidade e relevância para sociedade, diante da “ausência” dos demais Poderes, parece que ficou dependente de respostas judiciais⁵.

Contudo, é importante deixar claro que “a grande questão não é o ‘quanto de judicialização’, mas ‘como as questões judicializadas’ devem ser decididas”⁶. É nessa quadra que entra o ativismo judicial, onde as questões, politicamente judicializadas são decididas pelos julgadores com base em convicções empíricas, ao livre alvedrio do julgador, que “escolhe” a resposta que considera ser a mais “justa” ao caso que a ele submetido, o que por sua vez se mostra uma prática perigosa, pois possui contornos de discricionariedade, que pode levar à arbitrariedade. Assim, a democracia seria ilegitimamente imbricada pela “juristocracia”.

Esclarecendo, o perigo imediatamente mencionado repousa no fato de que o ativismo judicial, majoritariamente dentro do entendimento da sociedade jurídica, passar a ser considerado como uma solução para os problemas sociais⁷, ou

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo, **Revista Direito GV**, 4. ed. p. 461-464, jul./dez. 2008.

⁵ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. 141 p. Dissertação de Mestrado - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 13 jun. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 18 out. 2013.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

também entendido como algo indispensável e necessário para a efetividade dos direitos inseridos pelo texto Constitucional⁸.

São pensamentos como estes que acarreta a necessidade de suscitar questionamentos acerca da legitimidade da prática do ativismo judicial, o que será explorado na presente pesquisa.

Cabe ressaltar, que a postura ativista dominante no cotidiano dos julgadores ocorre em virtude do que se pode chamar de descomprometimento com o exercício hermenêutico, onde os julgadores banalizam a interpretação/aplicação do Direito, além disso, “criam” deliberadamente princípios destituídos de qualquer raiz normativa como forma de fundamentar seus discursos, buscando a resposta que consideram ser a mais “justa”, balizados em convicções, ideologias ou experiências pessoais.

Realizada esta sucinta contextualização acerca do assunto, será lógico abordar de modo mais aprofundado o ativismo judicial, principalmente para que sejam rompidas as possíveis similaridades com a judicialização da política, diferenças que não são de entendimento pacífico na doutrina brasileira, pois segmento majoritário aborda o tema com certa carência de esclarecimentos, muitas vezes tratando os dois fenômenos de forma idêntica, o que é inconcebível, como será adiante elucidado.

Desta maneira, o primeiro passo a ser dado para percorrer a trajetória proposta será a exploração das facetas do ativismo judicial e da judicialização da política, conforme será demonstrado nas linhas que seguem.

1.1 Indispensável diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política

Conforme mencionado anteriormente, diferenciar de forma inteligível ativismo judicial de judicialização da política é tarefa de mister importância, trabalho que nem

⁸ Luis Gustavi Grandinetti Castanho de Carvalho, mesmo se preocupando com as questões do ativismo judicial assume certo fatalismo, afirmando que: “[...] não há como negar que a jurisdicionalização da política, a proeminência do Judiciário e o ativismo judicial são etapas necessárias e indispensáveis para a concretização de direitos previstos na Constituição. De onde está, não há mais volta”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial: uma perspectiva interdisciplinar. Apud TASSINARI, Clarissa. *op. cit.*

sempre é realizado pelos manuais didáticos que circulam por ai. Prova disso é que muitas obras doutrinárias, que deveriam ser fontes “seguras” de quaisquer pesquisas, tratam ambos os institutos de forma superficial e, até mesmo idêntica, como aduz Lenio Streck: “[...] em muitos livros no Brasil, ambos - ativismo e judicialização - são tratados de forma idêntica”⁹.

Nessa conjuntura, considerando que ambos os fenômenos são vetores de racionalidades distintas, é indispensável que reste translúcida a diferença em testilha. Para isso, serão pormenorizadas as entrâncias de ambos, onde se fará em primeiro lugar uma exploração da judicialização da política, após isso, serão investigadas as amiúdes do ativismo judicial, para que assim seja possível angariar suportes para realização de uma dissociação fundamentada.

1.1.1 A judicialização da política

A judicialização da política, *amplo sensu*, está ligada com a transformação de questões de natureza política em jurídica. Principalmente no que se refere aos direitos fundamentais e direitos sociais, cuja decisão, depois de provocada a prestação jurisdicional, compete ao julgador¹⁰.

Dessa maneira, a judicialização mostrar-se-ia quando da ampliação da atividade do judiciário na análise e julgamento de temas ligados à atuação de outros poderes¹¹. Assim, pode-se dizer que se trata de uma espécie legítima de controle/complementação/cooperação da atividade dos outros Poderes de Estado pelo Judiciário, sob os ditames que regem um Estado democrático de direito¹².

No que tange à legitimidade da judicialização da política - reforçando - esta tendência resulta em um normal equilíbrio entre os poderes e do exercício das

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**

¹⁰ BARREIROS SOARES, José de Ribamar. *Ativismo Judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.* (Dissertação de doutorado). Rio de Janeiro: Universidade do estado do Rio de Janeiro, 2101. 191 p. **Tese de Doutorado** - Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) - UERJ, Rio de Janeiro, 2010.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

competências do Judiciário, estabelecidas na Constituição que possui feição democrática¹³.

Dessa forma, tendo em vista que há “um evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a maioria de sua população, principalmente, à população mais carente”¹⁴, cumpre ao Poder Judiciário interferir de maneira a manter a integridade/efetivar os propósitos constitucionais.

Entretanto, é preciso deixar claro que “o Judiciário ativo, que permeie, inclusive, o campo da política, não pode ir de encontro aos deveres do Estado Democrático de Direito e, tampouco, por em risco a lógica da democracia e da separação de poderes”¹⁵.

Primordial salientar também que a judicialização da política ocorre sem gerência do Poder Judiciário, uma vez que, independente de sua vontade, são submetidas a ele pretensões diversas. Ademais, a tendência de judicialização está envolvida por uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático¹⁶.

Para Lenio Streck, autor que aborda a temática de maneira bastante criteriosa, a judicialização, apesar de hodiernamente ser demasiada, não significa um mal em si, uma vez que é algo inexorável e contingencial, inerente ao contexto sócio político brasileiro¹⁷.

Complementando, ainda no entendimento do autor suprarreferenciado, a judicialização está inserida em um deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, nestes termos:

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 deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário¹⁸.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. *op. cit.*

¹⁵ ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; VIEGAS, Viviane Nery. A jurisdição constitucional e a implementação de políticas públicas no cenário brasileiro: o papel do juiz no processo democrático. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 2-35, jul./dez. 2012.

¹⁶ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 1º dez. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 30 nov. 2013

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51-56.

¹⁸ *Ibid.* p. 190.

Sob essa ótica, a judicialização da política deve ser compreendida sob o prisma de um fenômeno dependente de uma circunstância motivadora (alheia à vontade do Poder Judiciário), já que se origina a partir do fortalecimento da jurisdição no segundo pós-guerra, e ao mesmo tempo mostra-se como algo contingencial, como já referido, sob o viés de que o Poder Judiciário é invocado para solucionar a inércia de algum dos outros Poderes¹⁹. Mostrando-se, portanto, notoriamente originado pelo fruto de um sistema político-social²⁰, independente de da vontade ao Poder Judiciário.

Vanice Regina Lirio do Valle, na mesma linha de raciocínio, afirma que a constitucionalização do Direito após a Segunda Guerra Mundial, o enfoque aos direitos humanos, bem como as influências dos sistemas norte-americano e europeu são decisivos para a instauração da judicialização do sistema político vivenciado atualmente aqui no Brasil²¹.

Na mesma esteira, Luiz Werneck Vianna, em coautoria com outros juristas afirma que em virtude da remodelagem do Estado, com a inserção de novos direitos, inclusive os difusos, criam uma nova relação entre os Poderes, onde é impossível o Poder Judiciário ficar alheio e inerente às transformações sociais, assim:

[...] a democracia social [...] e a nova institucionalidade da democracia política, [...] trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne no processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política²².

Destarte, a população à mercê das “lacunas” deixadas pelos demais Poderes, face ao catálogo de direitos positivados no texto Constitucional, insurge-se em apelo ao Poder Judiciário para que este satisfaça o que está conferido - em tese²³ - na Constituição, principalmente no que se refere aos direitos sociais e fundamentais não efetivados, de fato, pelos demais Poderes do Estado.

No entendimento de José Luis Bolzan de Moraes, a insatisfação popular, causada pela ausência do cumprimento (especialmente pelo Executivo) das

¹⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Crise do estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60-61.

²⁰TASSINARI, Clarissa. **A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo**: uma crítica ao ativismo judicial. Disponível em:< <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

²¹ VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Apud Ibid.*

²² VIANNA, Luiz Werneck. *Apud Ibid.*

²³ Foi utilizado o termo “em tese” porque nem todo pedido submetido ao crivo do Judiciário merece ser considerado procedente, pois não guarda relação com alguma infração ou omissão aos direitos fundamentais ou sociais, ou mesmo princípios constitucionais.

promessas insculpidas no texto constitucional, produz um apelo à jurisdição, que acaba por assumir ares de “sacralização”²⁴.

Ante o que foi exposto até o momento, é possível inferir que a judicialização da política está ligada ao reflexo da realidade social contemporânea inserida em um Estado democrático de direito, em que a população se insurge ante a esperança do pleno gozo dos direitos positivados na Constituição. Assim, o amplo acesso à justiça, somado à carente promoção de políticas públicas, deflagra o aumento do número de demandas, trazendo - inexoravelmente - para o bojo do Poder Judiciária a tarefa de decidir sobre questões eminentemente políticas.

Resta claro, portanto, que judicialização é uma questão política/social, independente da vontade do órgão julgador, face à ineficácia da implementação dos direitos reconhecidos pela Constituição, conforme assevera Clarissa Tassinari, em sua dissertação de mestrado, orientada por Lenio Streck:

[...] pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade - característica da sociedade de massas²⁵.

Em Lenio Streck tem-se que a judicialização não é um mal em si, o que ocorre é sua invocação demasiada²⁶, tendo em vista muitas pretensões não serem abarcadas pelos direitos fundamentais catalogados na Constituição.

Ademais, critica o autor enfatizando que atualmente “tudo se judicializa”, nestes termos:

[...] tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade²⁷.

Portanto, para que questões políticas deixem de ser decididas através da prestação jurisdicional, não depende de ação isolada do Poder Judiciário, aliás, ao que parece muito menos deste Poder, já que é este quem está sendo acionado para suprir inércia dos outros. Assim, há necessidade de um esforço e colaboração mutua

²⁴ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *op. cit.* p. 60-61.

²⁵ TASSINARI, Clarissa. *op. cit.*

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Entrevista. **Revista OAB in Foco**. Uberlândia, n. 20, ago./set. 2009.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 15 mar. 2009. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 22 out. 13.

de todos os Poderes do Estado, por meio de práticas eficazes e comprometidas de políticas públicas.

Findando a exploração do fenômeno da judicialização da política, pode ser observado que tal ocorrência se dá independente da vontade do Poder Judiciário, importando em uma manifestação implacável da população diante da “ausência” demais Poderes, ante a conjuntura de um Estado democrático de direito e um texto Constitucional analítico como o de 1988.

Prosseguindo na pesquisa, no subitem seguinte será abordado o ativismo judicial. Com efeito, na sequência será possível travar um diálogo entre este e judicialização com fins de romper com possíveis equivocadas similaridades entre ambos.

1.1.2 O Ativismo Judicial

Conforme já comentado, diferenciar - categoricamente - o fenômeno do ativismo judicial de judicialização da política é algo extremamente primordial para seguir adiante. Entretanto, além de necessária, a tarefa mostra-se um tanto delicada, devendo saber muito bem qual ideologia seguir, pois muitos livros acadêmicos, que são fontes fidedignas de pesquisa (pelo menos deveriam ser), trazem grandes aproximações e conectividades entre ambos os fenômenos, e alguns inclusive tratam como se fossem idênticos.

Atrelada à existência de uma judicialização da política, ocorreu o reconhecimento de vinculação íntima entre Direito e Política. Tal fato repercutiu na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, o que por seu turno corroborou a tendência ativista. Acontece que essa tendência foi um tema que passou a ser visto sob diversas óticas, gerando certa dificuldade de se compreender o que verdadeiramente significa ativismo judicial²⁸.

Dessa forma, é necessária a compreensão coerente do assunto. Para tanto, será pertinente fazer uma contextualização mais abrangente sobre esta temática.

²⁸ TASSINARI, Clarissa. *op. cit.* **Ativismo Judicial, uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.**

Nessa esteira, com intuito de fazer uma sintética viagem de reconstrução histórica sobre o ativismo judicial, é imprescindível que se traga à lume os contributos teóricos originados nos Estados Unidos, que provavelmente tenha sido o país que mais se debruçou sobre o tema²⁹, onde por intermédio da prática de ativismo, ao longo da história decidiu-se alguns dos chamados *hard cases* (=casos difíceis).

Segundo magistério de Luis Roberto Barroso, este traz o seguinte:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para invalidação das leis sociais em geral (*Era Lohner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressiva em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestão (*Roe v. Wade*, 1973)³⁰.

Entretanto, em que pese à utilização de práticas ativistas nos Estados Unidos desde o século XIX, segundo estudo em conjunto realizado por Rodrigo de Souza Tavares, José Ribas Vieira e Vanice Regina Lírio do Valle, o termo “ativismo” passou a ser utilizado apenas a partir de 1947, depois de lançado ao público pelo famoso jornalista norte-americano, Arthur Schlesinger Jr., conforme asseveram:

Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico; a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o grande público leigo. No artigo intitulado “*The Supreme Court. 1947*”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos então nove juizes da Suprema Corte norte-americana, classificando como ativistas judiciais os juizes Black, Douglas, Murphy e Rutlege, e como campeões da auto-limitação, os Juizes Frankfurter, Jackson, Burton e como integrantes de um grupo de centro (Juizes Reed e Vinson)³¹.

Após a publicidade do termo, houve uma natural multiplicidade de sentidos reconhecida à expressão “ativismo judicial”³².

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*

³¹ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilgia/15_639.pdf>. Acesso em 22 out. 2013.

³² *Ibid.*

Ainda no estudo realizado pelos autores supracitados, observa-se que logo depois da publicidade do termo, destacaram-se três sentidos a ele emprestados, quais são:

[...] a potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes, pois o judiciário poderia assumir duas posições frente às escolhas políticas realizadas pelo legislador naqueles casos de maior incerteza quanto à correta dicção do texto constitucional: e privilegiar à decisão do parlamento frente às questões controversas ou, em segundo lugar, dizer o direito aplicável mesma às questões politicamente sensíveis, o que abriria oportunidade para um ativismo judicial caracterizado pela invalidação por inconstitucionalidade das escolhas políticas dos outros órgãos estatais; O segundo sentido emprestado ao termo, já se disse, guarda relação com o afastamento, pelo julgador, dos precedentes judiciais; O terceiro sentido emprestado ao termo ativismo, que tem em conta os *juízes-legisladores*, diz respeito à própria concepção que se tem do direito. Para alguns, o papel dos tribunais não é criar, mas sim revelar o sentido contido implicitamente no texto normativo. Uma corte ativista, nesse sentido, seria aquela que ultrapassa os limites dados pelo texto normativo ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes³³.

Antes que se prossiga na exploração do assunto, útil esclarecer que o Brasil e os Estados Unidos, em questões jurídicas, se aproximam e se distanciam ao mesmo tempo. Quanto à aproximação ocorre pela prática do ativismo judicial em ambos Estados; como afastamento, aparece a tradição jurídica distinta entre cada Estado, onde no Brasil utiliza-se o sistema *civil law*, já nos Estados Unidos usa-se o *common law*. Assim é possível perceber que o contexto jurídico de um país é diverso do outro, apesar da aproximação no que se refere ao ativismo judicial³⁴.

Importante nessa quadra fazer um adendo com intuito de deixar claro que na tradição jurídica codificada (*civil law*), a segurança jurídica é configurada em um grau próximo ao máximo, pautando o Direito e o atuar jurisdicional nos moldes já delineados no corpo legislativo preexistente. Na tradição seguida pelos costumes (*common law*), por sua vez, a previsibilidade dos discursos judiciais e a estabilidade das situações jurídicas não são constituídas por um valor concreto, sendo a decisão mais um produto da experiência, das pré-compreensões e da política hermenêutica do intérprete.

No que tange à prática de ativismo judicial praticada em território nacional, conforme já referido, esta tendência passou a ser mais contundente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, juntamente com o fenômeno da

³³ *Ibid.*

³⁴ TASSINARI, Clarissa. *op. cit.* **Ativismo Judicial, uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.**

judicialização da política, em que pesem serem manifestações totalmente independentes.

No entendimento de Lenio Streck, ativismo judicial significa o seguinte:

[...] é quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)³⁵.

Salienta, ainda, o autor supramencionado, fazendo uma correlação com o fenômeno da judicialização, que “na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos”³⁶.

Pode-se encontrar em Antoine Garapon o seguinte conceito: “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”³⁷.

Nessa mesma linha de pensamento, Tavares, Vieira e Valle coadunam entendimento sobre ativismo judicial que seria “a recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”³⁸.

Destarte, na figura do julgador “criativo” é criado o cenário do ativismo judicial, pois ao não encontrar a resposta desejada no arcabouço legislativo positivado, decide conforme a sua consciência, mesmo em dissonância com a integridade do Direito³⁹.

Portanto, não se pode olvidar que ativismo judicial, representa um ato de vontade, e atos de vontade não tem controle, assim, “onde não há controle, não há democracia”⁴⁰. O ativismo judicial está relacionado à questão hermenêutica no momento da interpretação/aplicação do Direito. Ou seja, está intimamente condicionado à vontade do julgador, que tem o dever de dar uma resposta adequada (de acordo com a legalidade constitucional⁴¹) ao caso a ele submetido. Assim, ao invés de realizar um juízo pautado nas diretrizes do Direito, sobretudo da Constituição, discursiva de modo subjetivo e solipsista, buscado a resposta que

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Revista OAB in Foco**.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 41.

³⁸ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas e VALLE, Vanice Regina Lírio do. *op. cit.*

³⁹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entrevista. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, 3 out. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/decisao-juridica/12151>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

⁴¹ *Ibid.*

melhor lhe convêm, resultando em decisionismos que podem culminar em arbitrariedades.

1.1.3 Balanço geral: um diálogo entre os fenômenos analisados

Realizada a devida análise individualizada sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, com intuito de compreender o âmago dos fenômenos, nesta altura da pesquisa é possível e pertinente fazer uma conclusão e travar um sintético diálogo entre ambos.

Em Lenio Streck, extrai-se o seguinte diálogo:

[...] 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 Executivos e Legislativo em direção da justiça constitucional [...])⁴².

Para Rafael Tomaz de Oliveira, na mesma vertente, “a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário”⁴³. O ativismo judicial, por sua vez, “liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais”⁴⁴.

Pode-se dizer também que a judicialização está envolvida “por uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático”⁴⁵, portanto, é algo contingencial e inexorável. O ativismo, no entanto, possui uma raiz completamente diversa, podendo ser conservador ou progressista, verificando sempre o mesmo resultado, ou seja, “o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política”⁴⁶.

Em Clarissa Tassinari, coadunando o mesmo entendimento dos autores acima citados, tem-se que judicialização da política “revela-se como um fenômeno

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Verdade e Consenso**. p. 589.

⁴³ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.* **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

contingencial e inexorável”, na medida em que ativismo judicial “consolida-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação”⁴⁷.

Destarte, com a finalidade de pontuar alguns ensinamentos e diferenças entre ativismo judicial e judicialização da política, para que se rompam de vez as errôneas semelhanças entre ambos os fenômenos, infere-se que: (i) não tem como negar a ligação entre Direito e Política; (ii) a relação entre Direito e Política não autoriza a prática de ativismo judicial; e, (iii) Judicialização da política e ativismo judicial não são o mesmo fenômeno, pois este se refere à postura do Judiciário na suas manifestações que extrapolam os limites constitucionais, sendo um ato de vontade do julgador, ao passo que aquele diz respeito a determinado contexto social, independente da postura individual dos julgadores, sendo algo contingencial e inexorável⁴⁸.

Por fim, Lenio Streck adverte ainda que “ativismo é vulgata da judicialização”⁴⁹, logo, “é importante não confundir alhos com bugalhos: judicialização é uma coisa; ativismo judicial é outra”⁵⁰.

1.2 A tarefa interpretativa (im)prudente ante um Estado Democrático de Direito: “juízos de legalidade” X “juízos de oportunidade”

Concluída a necessária exposição sobre a temática em torno do ativismo judicial e da judicialização da política, concluiu-se que esta é algo contingencial e inexorável, e aquele está associado ao exercício da hermenêutica, vinculado à vontade do julgador.

É acerca dessa “vontade do julgador” e sua imprudente tarefa interpretativa que se fará a abordagem neste subitem, onde através da “vontade”, “consciência”, “experiência” etc., observa-se resultarem decisionismos, com fundamentações

⁴⁷ TASSINARI, Clarissa. *op. cit.* **Ativismo Judicial, uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Ativismo judicial não é bom para a democracia.**

⁵⁰ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.* **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.**

eminentemente empíricas, muitas vezes em desacordo com o Direito⁵¹, o que se desenha incompatível com a democracia.

Segundo Lenio Streck, um dos arripes que se impera nas construções de decisões judiciais é uma chamada “hermenêutica de resultados”, ou seja, “decido e depois busco o fundamento”⁵². Acontece que diante desta postura hermenêutica cria-se um clima de insegurança, tendo em vista que não é possível consolidar uma estrutura jurídica de pensamento apta a subsidiar sustentáculos à formação de decisões adequadas, mas sim se proliferam posturas nitidamente individualistas, onde cada julgador se apega naquilo que acredita ser mais “justo”⁵³.

Nesse viés de pensamento, referindo-se à postura solipsista, Eros Grau aduz que “o Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança”⁵⁴. Isso se da em virtude do descomprometimento hermenêutico que paira sobre o processo de concretude do direito, traduzindo-se quando os julgadores, em uma visão “paternalista”, interpretam a lei (são os interpretes autênticos), decidindo subjetivamente de acordo com seu senso de justiça e, em consequência, não extraem o sentido do texto, mas sim atribuem significado a ele⁵⁵.

Nessa conjuntura, Cristiano Becker Isaia faz uma conexão com o exercício de interpretação inserido em um Estado Democrático de Direito, nestes termos:

A atividade interpretativa no Estado democrático de direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com sua ‘vontade’, ‘íntima convicção’ etc., interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento), para ‘descobrir’ o conteúdo da norma, extraindo o ‘significado ideal’ do texto. Em seu lugar impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade ética, social e política de suas decisões, buscando dar coerência ao judiciário e integridade ao direito⁵⁶.

Resumindo, salientando que o assunto será abordado adiante de forma mais detalhada nas próximas linhas, o intérprete está vinculado pela objetividade do Direito, deve julgar, portanto, apoiado no Direito, não à justiça que imagina em seu

⁵¹ Cabe ressaltar que por vezes a vontade individual do julgador se comunica com aquilo que o ordenamento jurídico disponibiliza, sobretudo a Constituição. Mesmo assim tal postura é considerada ativismo judicial, já que houve um ato de vontade do julgador que contingencialmente coincidiu com a resposta adequada. Nessa senda, decidir de forma subjetiva gera imprevisibilidade, em que existem 50% de chances de resultar em uma resposta adequada e 50% em resultar em uma grande injustiça.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos**. São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 15 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 25 out. 2013.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁶ ISAILA, Cristiano Becker. *op. cit.*, p. 115.

intrínseco pensamento, “não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao Direito”. Em suma, é importante deixar claro que os julgadores aplicam o direito, eles não fazem justiça⁵⁷.

Nessa tendência de subjetivismos em busca da “justiça”, oportuno neste momento citar, a título exemplificativo, três discursos proferidos, em épocas distintas, porém que carregam a mesma fundamentação teórica, sendo a primeira do ex-ministro Eros Grau, nos autos da Rcl 4.335 - STF (julgada em 21/08/2006), a segunda do ministro Marco Aurélio, nos autos da ADI 3.937/SP - STF (julgada em 04/05/2012), e a terceira do ministro Teori Zavaski, nos autos da AI nos EREsp 644.736/PE - Corte Especial STJ (julgada em 07/06/2007), as quais são exemplos notórios da convicção individual dos julgadores:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso⁵⁸.

Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são⁵⁹.

Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado⁶⁰.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 19. *op. cit.*

⁵⁸ Voto proferido pelo à época ministro do STF, Eros Roberto Grau, nos autos da Reclamação Nr 4.335 - STF. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos.**

⁵⁹ Voto proferido pelo ministro do STF, Marco Aurélio Mello, nos autos da ADI Nr 3.937/SP - STF. *Apud ibid.*

⁶⁰ Voto proferido pelo então ministro do STJ, Teori Zavaski, nos autos da AI nos EREsp Nr 644.736/PE - Corte Especial STJ. *Apud ibid.*

Analisando atentamente os discursos, observa-se que todos trazem consigo contornos de subjetividade, as decisões solipsistas se desdobraram em questionáveis “juízos de oportunidade, no lugar dos legítimos “juízos de legalidade”⁶¹. Portanto, nos “juízos de oportunidade” é ignorado os precedentes legais, sendo decidido com base valorativa naquilo que o “eu empírico” do julgador acredita ser mais “justo”. Juízos estes, não incoerentes com a democracia.

Face à natureza dos discursos trazidos como exemplos, onde se observa enraizado a ideologia, subjetividade e vontade individual dos julgadores, Lenio Streck sustenta que a interpretação não pode encontrar respostas na vontade de quem julga, assim:

[...] o direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, recentemente, respostas na lei, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador ⁶².

Nessa mesma linha de pensamento, Francisco José Borges Motta assevera que a aplicação do direito deve estar em “conformidade com a materialidade da Constituição, ou seja, a partir de (alg)um sentido de(e da) Constituição”⁶³, ou seja, de maneira alguma na pura vontade individual de cada um.

Sustenta, ainda o autor supracitado, referenciando Ronald Dworkin:

Mais: é preciso que o Judiciário de um país que se pretenda democrático esteja preparado para enfrentar as maiorias eventuais, as vontades sociais de ocasião, sempre sustentadas em argumentos pouco claros a respeito do ganho geral, ou de alguma forma de bem comum. É preciso ter presente que a perspectiva de ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer. Afinal, não haveria nenhum ganho em alardear nosso respeito pelos direitos se essa postura não envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício, pensa Dworkin, deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes⁶⁴.

⁶¹ Os termos “juízo de oportunidade” e “juízo de legalidade” são utilizados por Eros Grau. O primeiro guarda relação com decisões solipsistas e o segundo discursos calcados naquilo que o Direito disponibiliza.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos.**

⁶³ MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. 184 p. **Dissertação de Mestrado** - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

⁶⁴ *Ibid.*

Ante essa conjuntura, Lenio Streck chama atenção no sentido de ser preciso repensar a dogmática jurídica, inserida em uma forte crise de paradigmas, devendo a dogmática ser retrabalhada em uma nova perspectiva criativa/criadora⁶⁵.

Por fim, foram trazidas à lume as nuances de uma tarefa interpretativa im(prudente), onde fruto de discricionariedade são produzidos “juízos de oportunidade”, ao invés de “juízos de legalidade”, baseados em critérios pessoais, individualistas e subjetivos. Tudo isso aponta para uma insegurança jurídica, já que cada julgador decide conforme sua consciência, atitude deveras questionável em um Estado que deseja ser democrático e possui uma tradição jurídica codificada.

Dessa maneira, nas próximas linhas serão abordados o *modus* (im)prudente de interpretação/aplicação dos textos normativos e a problemática do uso indiscriminado dos princípios como forma de fundamentação dos discursos judiciais.

1.2.1 A interpretação/aplicação dos textos normativos: a influência do axiologismo conduzindo à banalização da interpretação

Antes se seguir adiante, fazendo uma conexão com o cenário do ativismo judicial, cumpre lembrar que este ligado às vontades do julgador, sendo algo intimamente relacionado com o processo hermenêutico, em que no momento da interpretação/aplicação dos textos normativos, no exercício de suas funções jurisdicionais, o julgador, intérprete oficial, em meio a uma desvinculação com o que o direito oferece-o para fundamentar sua decisão, negligencia o exercício hermenêutico prudente e realiza a tarefa interpretativa do texto normativo de modo discricionário, atribuindo significado ao texto, baseado em ideologias e valores individualistas. É a influência discricionária do axiologismo⁶⁶.

Com efeito, os ativismos judiciais e discricionariedades interpretativas caminham lado a lado⁶⁷.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 242.

⁶⁶ O termo axiologismo, para esta pesquisa, guarda relação com os valores morais dos julgadores.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225.

Nessa conjuntura interpretativa, o julgador pratica uma “fraude” à interpretação do texto para satisfazer suas convicções pessoais⁶⁸, gerando decisionismos.

Segundo Cristiano Becker Isaia, perante o paradigma instituído pelo Estado democrático de direito, o processo interpretativo traz consigo limites, os quais devem ser respeitados pelo intérprete, “daí que nenhum juiz está autorizado a dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁶⁹.

Eros Grau explica que os julgadores, muito embora não sejam criadores de direito, produzem direito ao completar o trabalho do legislador, criando - no momento da interpretação - um novo texto (a norma), a partir de um texto preexistente (a Constituição, uma lei e por ai vai)⁷⁰.

Cumpra aqui deixar claro que texto não pode ser equiparado à norma, pois a norma, como dito imediatamente acima, é o resultado da interpretação do texto pelo intérprete⁷¹.

Dando sequência ao raciocínio, ainda que os verbos denotem significados distintos, interpretar, *amplo sensu*, seria compreender⁷², pois um verbo é dependente do outro, naquilo que ora se analisa. Porém, mesmo havendo conexões, e aparente fungibilidade, é importante destacar que primeiro se compreende, depois se interpreta⁷³. Nesse sentido, “a hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar”⁷⁴.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, interpretar significa “atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos em um enunciado normativo”⁷⁵.

A prática da interpretação do Direito, majoritariamente dizendo, mostra-se imprescindível, e não ocorre somente nos casos onde a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas pelo fato de interpretação e aplicação tratarem-se de

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 81.

⁶⁹ ISAIA, Cristiano Becker. *op. cit.*, p. 117.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 25.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* p. 225.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Id.*, *op. cit. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 2006. p. 283.

⁷⁴ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *op. cit.*

⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 208.

operações concomitantes, isto é, compreende-se, interpreta-se para só após aplicar o Direito⁷⁶. Além disso, os textos normativos carecem de interpretação não por serem destituídos de clareza, “mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios”⁷⁷.

Por outro lado, há correntes em sentido contrário, podendo ser consideradas ortodoxas, que entendem que os textos, na maioria das vezes, não necessitam de qualquer trabalho interpretativo, devido à clareza de seus enunciados⁷⁸.

José Paulo Cavalcanti, por exemplo, um dos defensores da corrente imediatamente acima mencionada, apoiado no doutrinador belga Laurent, aduz que é desnecessária a interpretação de leis claras, reforçando que a tese de que todas as leis precisam ser interpretadas é simplista, defendendo que qualquer forma de interpretação à lei clara poderá provavelmente levar a uma transgressão do texto⁷⁹.

O que se buscou nessa comparação de entendimentos, contudo, é mostrar que existem posicionamentos diversos no que precede ao momento da aplicação da norma, porém, os dois pensamentos, inicialmente distantes (distanciam-se nos meios), aproximam-se formando um contraponto, onde ambos defendem a prevalência do Direito em detrimento das convicções individualistas dos julgadores no momento da aplicação da norma (aproximam-se nos fins).

Outra observação pertinente refere-se quando a corrente ortodoxa defende a desnecessidade de interpretação de enunciados claros. Porém, significa que a interpretação ocorre, contudo, deve “cessar” no exato momento que se observa a clarividência do texto normativo.

Seguindo adiante, o que se pretende neste subitem é enfatizar a importância do exercício prudente de interpretação/aplicação da norma pelo julgador. Tarefa que no cenário ativista vem sendo prejudicada pela banalização da tarefa interpretativa, que deveria ser pautada na permanente vinculação ao sistema jurídico que rege o Estado, e não em axiologias individualistas, sob fundamento de serem os textos lacunosos, abstratos e outras desculpas mais.

Nessa discussão de lacunas e oportunismo, Hans Kelsen classifica a tese das lacunas como “ficções”, fundamentando que se em alguns casos se fala de em

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.* p. 31.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 139.

⁷⁹ CAVALCANTI, José Paulo. **Interpretação e clareza da lei**. Recife: Fasa, 1995, p. 06.

lacunas do Direito, não é porque uma decisão seja logicamente impossível de ser aplicada face à falta de disposições aplicáveis, mas sim porque a decisão logicamente possível aparece para o intérprete como inoportuna ou injusta, assim se inclina em admitir que não houvesse sido previsto aquele caso, sendo que se tivesse de fato previsto, com certeza teria tomado decisão diferente da que resulta do Direito⁸⁰.

Nessa senda, o exercício de interpretação/aplicação do direito precisa estar calcado dentro dos limites preestabelecidos pelo próprio texto e no contexto a ele inserido, e não deve utilizado sob o fundamento de que o texto possua lacuna, a fim de invocar um abstrato “firmamento de valores”. Deve, sim, ser realizado um “juízo de legalidade” com base na realidade jurídica, fazendo o exercício de interpretação “de maneira condizente com a ciência do Direito, e não de questioná-la e substituí-la por alguma (ou qualquer) visão política (ou jurídica) radical que não possa ser objeto de argumentos”⁸¹.

Para tanto, o intérprete deve sim proceder a uma interpretação dos textos normativos para obter a concretude da norma, considerando o quadro da realidade social, sem esquecer, contudo, que está vinculado a um sistema jurídico codificado, o que será determinante na produção das normas aplicáveis ao caso concreto⁸². Despiciendo comentar, mas mesmo superando aquele julgador “boca de lei”, deve ser praticado o exercício da interpretação/aplicação de forma prudente e comprometida, para não ocorrer o julgador “dono da lei”.

Hans-Georg Gadamer, citado por Eros Grau, afirma que a tarefa da hermenêutica jurídica não é compreender as proposições jurídicas vigentes, mas sim buscar o Direito, isto é, interpretar as leis fazendo com que a ordem jurídica envolva inteiramente a realidade social⁸³, ou seja, não importa o que pensa o julgador, mas sim o que preconiza o Direito.

Destarte, dentro do processo de interpretação/aplicação dos textos normativos, deve ser negada a existência de uma única resposta correta (no sentido radical) para todos os casos, em que pese a vinculação do intérprete no

⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 334-343.

⁸¹ MOTTA, Francisco José Borges. *op. cit.*

⁸² GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 31.

⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Apud* GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 31.

ordenamento jurídico⁸⁴. Porém, importantíssimo salientar, que apesar de que se defenda neste trabalho que não existam respostas únicas para todos os casos, apesar de diferentes em cada um dos casos, todas as respostas devem seguir o mesmo fio condutor, devendo suas essências estarem vinculadas à proposta do texto, podendo ser consideradas, sob esse prisma, respostas idênticas em todos os casos.

Nesse diapasão, Eros Grau faz uma pretinente analogia entre interpretação de textos normativos e a interpretação musical:

Dá-se na interpretação de musical de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) as *Sexta Sinfonia* de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlin. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são *autênticas* - e corretas⁸⁵.

Com efeito, o que se propõe é o fato do intérprete não estar autorizado a atribuir ao texto significado diverso de sua essência. Assim, caso seja reconhecida ao intérprete liberdade subjetiva para realizar o exercício hermenêutico com intuito de atribuir qualquer sentido ao texto (sentindo que melhor lhe aprouver) para buscar uma decisão mais “justa” (e o ativismo faz exatamente isso, porém é “justa” sob o ponto de vista individual do julgador), seria extrapolado os limites de atuação do julgador, transformando-se a atividade do intérprete em um poder ilimitado, convolvando em legislador, o que por sua vez atenta contra a estrutura democrática. Portanto, embora tenha sido exposto que é o intérprete quem produz a norma, esse postulado não pode ser considerado uma irrestrita e incondicional liberdade hermenêutica.

Nesse sentido, Inocência Mártires Coelho afirma:

[...] a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e racionalizar a interpretação deriva imediatamente do princípio da segurança jurídica, que estaria de todo comprometida se os aplicadores do direito (...) pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos⁸⁶.

Mais uma vez frisando, o que precisa ficar translúcido é o fato de que o intérprete deve produzir a norma, no âmbito do esteio hermenêutico, não no sentido de fabricá-la (= criar como se não tivesse vinculação alguma) a seu bel prazer, mas

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 64.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 63.

⁸⁶ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 143.

sim no sentido de reproduzi-la, pautado na prudência, externando um “juízo de legalidade” e não um “juízo de conveniência”, uma vez que se depara com limites impostos no invólucro dos enunciados⁸⁷.

Cabe aqui neste momento expor a metáfora da *Vênus de Milo*, referenciada por Eros Grau, que representa exatamente o que diz o parágrafo anterior:

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si encomendando-se a eles três *Vênus de Milo*. Ao final do trabalho desses três escultores teremos três *Vênus de Milo* perfeitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são, definitivamente, três *Vênus de Milo* – nenhuma Vitória de Samotrácia⁸⁸.

Em uma análise conclusiva da metáfora invocada, fazendo uma analogia com o processo de interpretação/aplicação dos textos normativos, importa dizer que os três escultores produziram três *Vênus de Milo*, onde não gozaram de liberdade para esculpir o que a inspiração de cada um aspirava (o princípio da existência das três *Vênus de Milo* não estava neles)⁸⁹. Assim, os escultores não criaram o que achavam que deveriam criar, baseados em suas aspirações individualistas, não criaram o que estava latente em suas subjetividades empíricas, mas sim produziram algo preestabelecido, cada qual da sua maneira, porém sem esquecer da essência do que foi proposto.

Então, face a uma interpretação (im)prudente, defendendo a ideia de que não cabe ao aplicador impor sua vontade individual, calcado em seus axiologismos experimentados, no momento da interpretação/aplicação dos textos normativos, seria um “equivoco pregar que o texto jurídico é apenas ‘a ponta do iceberg’ e que a tarefa do intérprete é revelar o que está ‘submerso’, porque pensar assim é dar azo à discricionariedade e ao decisionismo”⁹⁰.

Lenio Streck, referindo-se a Constituição, assevera:

A Constituição é uma obra inacabada o que tende se rebelar contra seus criadores. A tarefa do jurista é pôr em marcha essa tendência dispersiva do texto sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores⁹¹.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 44.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2006, p. 251.

⁹¹ *Ibid.*, p. 263.

Portanto, o que se chama atenção para reflexão deve ser a prática de um “juízo de legalidade”, fruto de uma atuação no campo da “prudência”, que o aplicador desenvolve extraindo o propósito do texto, considerando fato e a realidade social inserida. Ao contrário ocorre com o “juízo de oportunidade”, que importa em “indiferentes jurídicos” procedidos subjetivamente pelo sujeito⁹², abrindo espaços para decisionismos alienígenas, destituídos de fundamentações com DNA constitucional.

Nesse sentido, Francisco Motta aduz que a decisão judicial será, então, a resposta do “Direito”, hermeneuticamente compreendido (complexa engrenagem, voltada à concretização justa de direitos, que envolve juiz da causa, partes, doutrina, demais juízes, etc.), e não simplesmente do “juiz”⁹³, evitando assim o solipsismo e a discricionariedade que levam a arbitrariedade.

Por derradeiro, é preciso mitigar o perigo do axiologismo e a banalização da interpretação, por meio de um exercício de interpretação prudente, comprometido e honesto por parte do intérprete. Dessa forma, ao aplicador não cabe realizar “juízos de oportunidade”, fraudando o sentido da norma válida apenas por entender que se trata de norma injusta, ou não condizente com os valores morais que compartilha.

Registre-se, portanto, que a Constituição não é o que o STF (intérpretes) diz(em) que ela é. Em um Estado que se pretende ser democrático é legítimo ao intérprete, face ao sistema jurídico imperante no Brasil (*civil law*), fazer uso de uma fundamentação que demonstre que a decisão proferida se deu por argumentos de princípios jurídicos, e não argumentos metajurídicos como de política, de moral ou de convicções pessoais, caso contrário a integridade do Direito não estará assegurada⁹⁴, e o fantasma da insegurança jurídica permanecerá assolando os cidadãos que são detentores do direito fundamental de obterem uma resposta adequada à Constituição.

Finda a abordagem da banalização da interpretação/aplicação dos textos normativos e da influência do axiologismo que se propagam no cenário do ativismo judicial, no próximo subitem, conexo a este, será analisado a problemática da invocação e criação discricionária/indiscriminada de princípios diversos, como fontes questionáveis de fundamentações dos discursos judiciais.

⁹² GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 89.

⁹³ MOTTA, Francisco José Borges. *op. cit.*

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Ativismo judicial não é bom para a democracia.**

1.2.2 A invocação deliberada de princípios “criados” pelo intérprete como meio de fundamentação dos discursos judiciais

Tal como a banalização da interpretação/aplicação dos textos normativos, a invocação descontrolada e discricionária de princípios, os quais muitas vezes são “criados” pelos próprios intérpretes no momento da aplicação do Direito, também está cerrada “ombro a ombro” com a postura ativista dominante no cenário jurídico contemporâneo, concorrendo para proliferação dos “juízos de oportunidade”.

Ao compulsar as decisões judiciais, sejam elas monocráticas, sejam elas colegiadas (inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal - serão expostos casos fáticos no próximo capítulo), observa-se o número assustador de discursos que são balizados com base nos mais variados princípios.

Sobre a invocação deliberada de princípios “criados” pelos julgadores, Lenio Streck aduz que “a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismo”⁹⁵.

Nesse sentido, registre-se atualmente é inquestionável a ocorrência de um surto de invocação de princípios, oriundos de diversas origens, com a finalidade de justificar as pretensões pessoais do julgador, de maneira discricionária (oportuna), ocorrendo o fenômeno denominado “pan-principiologismo”, que se resume à prática discricionária de “fabricação” de princípios, consoante denomina Lenio Streck⁹⁶, representando um notório problema, pois assim são promovidas práticas ativistas, discricionariedades, decisionismos, podendo culminar em arbitrariedades.

É sobre essa temática “criativa”, a qual fulmina com a segurança jurídica, que se pretende abordar neste subitem.

Segundo Eros Grau, “os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de ‘princípios’ e praticam – fazem-no cotidianamente!”⁹⁷.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto.** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 22 out. 2013.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 22.

Para Lenio Streck, por mais paradoxal que possa parecer, os princípios tem a finalidade de evitar “múltiplas respostas”, uma vez que servem para “fechar” a interpretação, e não “abrir”⁹⁸.

Entende ainda, o supracitado autor, que com o advento do constitucionalismo principiológico, os “princípios gerais do direito” não mais subsistem, pela razão de que foram introduzidos no Direito como “critério positivista de fechamento do sistema”, com a finalidade de preservar a “pureza e a integridade” do mundo de regras⁹⁹.

Sob esse entendimento, por intermédio do uso (prudente) dos princípios, há possibilidade do fechamento interpretativo para obtenção das respostas adequadas para cada caso concreto. Para tanto, o uso de princípios não pode ser considerando um *plus* “axiológico-interpretativo” que serve para transformar o julgador em “superjuiz”, que através dessa ferramenta descobre os inventados “valores ocultos” no texto¹⁰⁰, obtendo, provavelmente, respostas incoerentes com o Direito.

Coadunando o mesmo entendimento, Francisco Motta aduz:

O princípio orienta a interpretação da prática judiciária, e deve justificá-la de forma convincente. Nesta ordem de considerações, a regra (se quisermos manter a distinção regra *versus* princípio) não subsiste sozinha, não retira validade de si própria. Ela deve ter algum “sentido” coerente com a integridade do Direito. A esse “sentido”, que não é prévio, que não é fixo, que não pode ser aferido proceduralmente, chamo princípio¹⁰¹.

Contudo, como chama atenção Lenio Streck, já algum tempo observa-se, em sentido crescente, uma discricionária invocação de princípios “criados” pelo intérprete, não para orientar a interpretação “fechando” o sistema interpretativo, mas sim “abrindo”, atuando empiricamente para “justificar” a decisão, ocorrendo um fenômeno (pan-principiologismo) que tomou conta da operacionalidade do direito, importando uma verdadeira usina de produção de princípios destituídos de normatividade¹⁰², que por sua vez tornam-se um dos dispositivos utilizados na fundamentação de decisões de natureza ativista.

Assim, um dos sustentáculos do ativismo judicial “está baseado em um catálogo interminável de ‘princípios’, em que cada ativista (intérprete em geral)

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 2006, p. 142.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 109.

¹⁰⁰ *Id.*, *op. cit.* **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 145.

¹⁰¹ MOTTA, Francisco José Borges. *op. cit.*

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**.

inventa um princípio novo”. Em resumo, “se falta uma lei ou se a Constituição ‘não serve aos propósitos do intérprete’, cria-se um princípio”¹⁰³.

Para Lenio Streck, o uso/criação deliberado de princípios gera uma “bolha especulativa”, asseverando:

É o fenômeno que tomou conta da “era dos princípios”. Sem qualquer criteriologia, passamos a colocar princípios no “mercado jurídico”, fragilizando com isso até mesmo a Constituição. Do mesmo modo que a “bolha especulativa da economia”, essa “bolha no Direito” ainda vai causar muito estrago. Princípio não pode ser “qualquer enunciado” para além de uma “regra”. Princípio não é um simples “adereço” que se “pendura” na regra¹⁰⁴.

Acerca dessa temática, oportuno trazer à lume uma antiga lição de Clemente de Diego:

*Pensar en otros principios distintos de los que están embebidos en la obra general legislativa y de derecho de un pueblo para componer y gobernar y completar el edificio de un derecho positivo era tanto como abrir la puerta a la introducción de reglas exóticas que destruyesen las líneas de éste y entronizar la confusión y el desorden y la arbitrariedad allí donde deben reinar la claridad, la armonía y la precisión y seguridad*¹⁰⁵.

Somado ao surto de “criação” de princípios pelos julgadores em geral, outro fato, conexo a este, também conduz à insegurança jurídica. Tal fato refere-se à ponderação entre os princípios, operada atualmente pela jurisprudência e pela doutrina, de modo discricionário, à margem da interpretação/aplicação do Direito¹⁰⁶.

Dessa forma, a atribuição de peso maior ou menor a um ou outro princípio é uma opção entre “indiferentes jurídicos”¹⁰⁷, o que leva ao exercício da prática discricionária, já que se opera por meio de uma escolha subjetiva¹⁰⁸, o que, por sua vez, repristina ao positivismo arbitrário vivenciado no século XIX.

Seguindo o raciocínio, a técnica de ponderação entre princípios por meio de “valores individuais”, “experiências vivenciadas” etc., leva ao decisionismo, fomenta o ativismo, uma vez que é escolhido “melhor princípio” - subjetivamente - a partir de das pré-compreensões de cada intérprete (calcados no seu “eu empírico”), no quadro de diversas ideologias, portanto praticada à margem do sistema legal, subjetiva, discricionária e perigosamente¹⁰⁹.

¹⁰³ *Id.*, *op. cit.* **Revista OAB in foco.**

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ DIEGO, Clemente de. *Apud* GRAU, Eros Roberto. *op.cit.*, p. 100-101.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁷ Termo utilizado por Eros Grau na obra “Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios”. Guarda relação com argumentos metajurídicos.

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁹ *Ibid.*

No mesmo entendimento, Lenio Streck argumenta:

[...] o calcanhar de Aquiles da ponderação - e, portanto, das diversas teorias argumentativas - reside no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), não escapa do paradigma representacional¹¹⁰.

Em resumo, no sistema de ponderação “cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável”¹¹¹, isto é, idem no positivismo, cabe ao julgador escolher quando se deparar com “incertezas” ou “insuficiências”¹¹², lembrando que para que se execute um “juízo de legalidade”, que deve ser pautado na prudência, ao intérprete não cabe escolhas, mas sim decisão, pois se assim fosse estaria cometendo “juízo de oportunidade” (= ativismo judicial).

Nessa esteira, Eros Grau, apoiado em Ricardo Guastini, conclui:

Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: (i) em um momento inicial, quando cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; (ii) em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver¹¹³.

Corroborando o que está sendo fomentado neste subitem, mister expor o magistério de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o caminho de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2013.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 116.

própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico¹¹⁴.

Destarte, findo este subitem buscou-se trazer à luz a problemática do pan-principiologismo, movido por um surto de criação/invocação de princípios destituídos de quaisquer precedentes normativos. Isso importa em enfraquecimento do Direito, fulminando com a segurança jurídica. Assim, nesse cenário onde se impera práticas discricionárias de fundamentação de decisões, ao livre arbítrio do julgador, produz-se sustentáculos para o ativismo judicial.

Os julgadores descomprometidos com os deveres do Direito, em busca do “justo concreto” (ou o que entendem ser mais justo) valem-se do pan-principiologismo em detrimento da própria estrutura do Direito, sobretudo da Constituição. Assim, esquecem que não estão investidos para escolher o melhor (mais justo), pois não foram eleitos pelo sufrágio universal, logo, devem decidir calcados na integridade e coerência do Direito.

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 144.

2 A EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO STF, E A NECESSIDADE DA RUPTURA DO “PODER DE VONTADE” SOLIPSISTA

Este capítulo ficará reservado para trazer à lume, por intermédio de alguns casos concretos dotados de repercussão nacional significativa, os indícios de extrapolação dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como abordar a necessidade de romper com o “poder de vontade” solipsista dos julgadores.

É possível observar que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal assumiu uma condição mais ativa na vida política brasileira, ao decidir casos de natureza política, econômica ou social que tiveram larga repercussão nacional, e quando se trata de decisões proferidas pelo Órgão responsável pela guarda da Constituição a repercussão é potencializada. Assim, neste capítulo serão analisados alguns casos concretos que expressam o cariz ativista das decisões do STF, onde se verificam que os Ministros em suas construções hermenêuticas substituem as possibilidades delineadas pelo Direito pelas suas convicções pessoais e balizados em seus arcabouços ideológicos “buscam o justo concreto”, no afã - ilegítimo - da tentativa da moral corrigir as vicissitudes do Direito.

Além disso, levando em consideração os assuntos que serão abordados na sequência, por fim será realizada uma abordagem acerca da necessidade de um controle dos discursos judiciais, com fins de romper com a tendência solipsista. Isto é, respeitar e tratar com seriedade os códigos, sobretudo a Constituição Federal, a fim de que seja invocado aquilo que o ordenamento jurídico disponibiliza para aplicação adequada do Direito, pautado na prudência. Assim, deve-se estabelecer um controle aos juízos calcados deliberadamente em ideologias pessoais, através de uma criteriologia para preservar a autonomia e integridade do Direito, sobretudo os ditames de Democracia, buscando-se respostas (constitucionalmente) adequadas, ou seja, nem o julgador “boca da lei”, muito menos o “dono da lei”¹¹⁵.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 5 set. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

2.1 Exacerbatamento por intermédio do controle de constitucionalidade

Antes de seguir adiante na exploração, cabe ressaltar que o foco deste subitem ficará restrito a casos concretos de controle concentrado de constitucionalidade. É preciso estar ciente, contudo, que o ativismo judicial praticado pelo STF não se limita somente ao controle concentrado, pois poderá haver práticas de ativismo em quaisquer outras circunstâncias que reclamem respostas judiciais, tais como “nas ações constitucionais, recursos extraordinários, agravos, agravinhos, embargos de declaração e infringentes”¹¹⁶, ou seja, onde houver o dever de decidir, poderá ocorrer ativismo judicial.

Outro aspecto que precisa ficar esclarecido é o fato de que não se pode - em hipótese alguma - mensurar ativismo judicial pelo número de decisões positivas que declaram inconstitucional, total ou parciais, as leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional. Tal modo de mensuramento, portanto, sofre de “carência epistêmica”.

Nessa esteira, o fato do STF declarar (ou não declarar) um ato normativo inconstitucional, não tem qualquer relação com o ativismo judicial, nem tampouco com a judicialização da política. Logo, o Supremo pode declarar a inconstitucionalidade de leis, em grande escala, e ainda assim tal fato não poderá ser “epitetado” como ativista ou judiciopolítico¹¹⁷.

Doutra sorte, se as leis ou outros dispositivos legais forem considerados inconstitucionais (aqueles que decorrem das omissões (in)constitucionais e dos problemas de (in)compatibilidade com o texto Constitucional, pautados em argumentos prudentes e jurídicos, e não em convicções “metajurídicas”), é bastante relevante para a democracia, ou pelo menos se assim fosse, haveria condição para fortalecer a democracia¹¹⁸, uma vez que as leis e atos normativos incompatíveis com a Constituição devem ser banidos do ordenamento jurídico. Portanto, a função exercida pelo Supremo de retirar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Constituição, além de necessária, é plenamente revestida de plena legalidade.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o ativismo judicial, em números?** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 26 out. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

O que se pretende com a exposição realizada até então é chamar atenção no sentido de que a problemática do ativismo judicial possui relação direta no *modus* de decidir, e portanto, não repousa no fato do número de demandas trazidas à apreciação do STF, versando sobre inconstitucionalidade de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso, nem tampouco nas decisões positivas (procedentes) que julgam inconstitucional tais dispositivos (porque também podem resultar decisões negativas = improcedentes). Uma vez que, é no momento da decisão que os Ministros lançam mão de argumentos “metajurídicos” para satisfazerem suas convicções pessoais, em busca de uma decisão que entendem ser mais “justa”, isso é o ativismo judicial.

Lenio Streck, sobre o assunto aduz que “nem tudo que parece, é”¹¹⁹, referindo-se que o ativismo judicial - para alguns autores - é vendido como sendo o número de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF por meio do controle de constitucionalidade¹²⁰. Contudo, esse entendimento não possui sentido, conforme foi exaustivamente demonstrado no início do primeiro capítulo.

É importante destacar que nos últimos tempos as decisões exaradas pelo STF refletem a intenção de atender aos vários segmentos da sociedade, numa espécie de “presidencialismo de coalizão judicial”, por exemplo: os segmentos a favor da legitimidade das uniões estáveis homoafetivas não manifestaram sua vontade política, pelo contrário, foram direto ao Supremo reivindicar sua legitimidade; os segmentos dos que clamavam pela inconstitucionalidade das atividades de pesquisa com células-tronco embrionárias; os segmentos dos que pediam a descriminalização do parto antecipado de fetos anencefálicos, entre outros¹²¹.

Portanto, “parece não haver dúvidas de que o STF vem julgando por argumentos de políticas e não por princípios (o que, por si, já demonstra um elevado grau de ativismo da Suprema Corte)”¹²², na intenção de exarar uma decisão mais “justa”, sem premissas Constitucionais, como se a moral tivesse legitimidade para corrigir o Direito.

¹¹⁹ Frase corriqueiramente utilizada por Lenio Streck quando se refere a assuntos ou entendimentos distintos que são tratados de maneira idênticos ou confusos por outros autores, fazendo uma “coisa” parecer aquilo que não é.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O que é isto: o ativismo judicial, em números?**

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

Realizada essa análise geral, nos subitens seguintes serão abordados alguns dos casos em que o STF decidiu com aparências meramente axiológicas, refletindo a vontade individual dos julgadores, com propósito de “justiça” a fim de atenderem o que alguns segmentos da sociedade aspiravam, esquecendo-se, porém, que estão sob a égide de um ordenamento jurídico positivado, e em seu pedestal maior a Constituição.

2.1.1 O caso da ADIn 4.277-DF: reescreve o texto constitucional

Talvez nenhum outro caso tenha gerado, nos últimos anos, tanta repercussão quando causou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 178, convertida na Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADIn 4.277-DF.

Tratou-se de uma petição protocolada pela Procuradoria Geral da República (representada por Deborah Duprat), originariamente autuada como ADPF 178, visando à regulamentação da união estável entre pessoas de sexos idênticos, com os mesmos reflexos civis que possuem os companheiros heterossexuais, atacando o art. 1.723 do Código Civil¹²³, e o § 3º do art. 226 da Constituição¹²⁴.

Inicialmente o Supremo questionou a ferramenta utilizada pela Procuradoria Geral da República e determinou que a exordial fosse emendada, transformando-a em ADIn, com pedido de interpretação conforme. O que por sua vez foi cumprido, onde a PGR atacou a omissão do Estado em não reconhecer a união homoafetiva, bem como a interpretação restritiva do art. 1.723 do Código Civil, sob o fundamento que o conteúdo do dispositivo teria apenas caráter “exemplificativo”, devendo, portanto, estender-se às uniões homoafetivas, sustentando-se nos princípios da

¹²³ Art. 1.723 “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de Constituição de família”. BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹²⁴ § 3º, do art. 126 “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” BRASIL. **Constituição**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminação, da liberdade e da proteção da “segurança jurídica”¹²⁵.

No que tange à forma e ao mecanismo inicialmente invocado pela PGR, de fato a ADPF não seria o instrumento cabível para pretensão em tela (omissão do Estado no reconhecimento da união estável homoafetiva). Nesse sentido, se houvesse alguma omissão, o remédio aparentemente mais apropriado seria o mandado de injunção. No entanto, a tese do mandado de injunção também não prospera, pois não há omissão de fato nos termos alegados, até porque a não regulamentação da união homoafetiva poderia ser sido constituída através de uma opção legislativa/política, e não uma omissão propriamente dita¹²⁶.

Cabe lembrar que, questionar a legitimidade do instituto utilizado para satisfação da pretensão não é o foco deste subitem, mas sim o modo como decidiram os Ministros no caso a eles submetidos. Porém, tal inserção é colaborativa e necessária, pois assim observa-se que os métodos utilizados (pedido de socorro ao Poder Judiciário) não seriam os mais adequados, democraticamente, para solução do “silêncio normativo” em comento. Assim, a medida mais adequada e democrática poderia ser a realização de um plebiscito e uma Emenda à Constituição, enfim, algum remédio de natureza política/legislativa, e não o submetimento do caso à apreciação do Supremo.

No tocante à decisão proferida nos autos da ADIn 4.277, ao observar os dispositivos legais atacados pela PGR (§ 3º do art. 226 da CF e art. 1.723 do CC), logo infere-se que a redação dos dispositivos é clara ao tratarem da matéria. Isto é, são enfáticos no registro entre “homem e mulher”, não cabendo, portanto, neste caso maiores devaneios hermenêuticos para interpretar o texto.

Entretanto, mesmo diante da “aparente” impossibilidade, o STF reconheceu que o artigo 1.723 do Código Civil (trata da união estável), deve ser aplicado em observância (e conforme) o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal (também trata da união estável), estendendo, portanto, os efeitos desta união

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF**. Pedido de inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Acórdão julgado no Plenário em 05 mai. 2011. Publicado no DJ em 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398650&tipo=TP&descricao=ADPF%2F178>. Acesso em: 05 nov. 2013.

¹²⁶ TASSINARI, Clarissa. *op. cit.* **Ativismo Judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.

estável, também para os que se enquadrarem nesta categoria (como entidade familiar), ainda que composta por casais do mesmo sexo¹²⁷.

O mais curioso, contudo, é o fato do Supremo realizar uma “interpretação conforme” de um dispositivo de lei que registra exatamente o que diz a Constituição, uma vez que a “formula” da “interpretação conforme a Constituição” resume-se no sentido de que o dispositivo somente é considerado constitucional caso seja interpretado no sentido da Constituição¹²⁸.

Nesse raciocínio, a “formula” ficaria assim: “o dispositivo que fala ‘homem e mulher’ somente é constitucional se interpretado e lido no sentido da Constituição (que fala exatamente a mesma coisa)”¹²⁹.

Seguindo adiante, verifica-se que um dos argumentos majoritários utilizados pelo STF para “corroborar” a fundamentação, foi a arguição da máxima jurídica: “o que não está juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (referindo-se que não haveria proibição expressa constitucional no tocante à união estável entre pessoas do mesmo sexo). Sobre esta alegação, argumenta Lenio Streck:

Ainda, dizer que “o que não está proibido, está permitido” é um sofisma, pela simples razão de que é um argumento que vai ao infinito. Posso listar aqui um conjunto de coisas que não estão proibidas na Constituição e nem por isso passarão a ser permitidas. No fundo, trata-se de uma questão de imaginário¹³⁰.

O que se infere, portanto, é o fato da decisão do Supremo apegar-se apenas a uma justificativa, a saber: “a justeza da causa”¹³¹. O que neste ponto, se analisado sob o aspecto moral, acredita-se que decidiram adequadamente. Porém, entre a consciência individual de cada ministro (e aspiração de determinado segmento da sociedade) e os ditames Constitucionais, deveriam optar pela Constituição, decidindo como a estrutura que o arcabouço jurídico disponibiliza. Isso, moralmente correto ou não, é o “ônus” de um Estado democrático de direito.

Destarte, em que pese a decisão do Supremo ter sido aprovada pela maioria da sociedade jurídica brasileira (podendo, como já mencionado, ser considerada

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.* **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF**..

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Sobre a decisão do STF: união homoafetiva**. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

moralmente adequada), ocorreu uma espécie de “atravessamento hermenêutico”¹³², culminando com um típico ativismo judicial, onde o STF pegou-se “substituindo o legislador nos juízos políticos-morais”¹³³, decidindo calcado em valorações subjetivas, extrapolado os seus limites de atuação.

Portanto, o Supremo, sobrepondo a moral na tentativa de correção do Direito, praticou uma espécie de “juízo de oportunidade”, calcado em argumentos questionáveis de cunho moral e político. Com efeito, reescreveu o texto Constitucional, usurpou a competência do Congresso Nacional e legislou (mesmo sem o batismo do sufrágio popular), com a notória intenção de “buscar o justo concreto” para atender a aspiração de um segmento da sociedade. Tal fato, por sua vez, concretiza ainda mais a tendência discricionária dos julgados destituídos de roupagem normativa, elevando ao topo o ativismo judicial, enfraquecendo os ideais de democracia.

2.1.2 O caso da ADPF 54: “cria” mais uma excludente de punibilidade no Código Penal

Outro caso que se mostrou oportuno aqui analisar, em virtude da celeuma causada ao longo do movimento processual e o resultado da decisão, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54.

A referida demanda tratou-se de uma petição proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS (na ocasião representada por Luis Roberto Barroso), pretendendo que o Supremo realizasse “interpretação conforme a Constituição” referente à disciplina legal dada à punibilidade da prática do aborto pela legislação penal infraconstitucional, explicitando (pelos fundamentos expostos mais adiante) que ela não se aplicaria aos casos de antecipação terapêutica do parto, na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado¹³⁴.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Arguição de descriminalização da prática de aborto de anencéfalo. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Acórdão julgado no Plenário em 12 mar. 2012. Publicado no DJ em 30 abr. 2013. Disponível em:<

Pretendia-se, portanto, que fosse permitido (= descriminalizado) o aborto dos fetos anencéfalos, devidamente comprovados, a fim de que os responsáveis pela prática não sofressem a incidência da legislação penal vigente à época, que considerava a prática como injusto penal, conforme dispunham (e a literalidade do texto dispõem até hoje) os art. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, nestes termos:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Ao observar os dispositivos supracitados, conclui-se que, de fato, existiam duas formas de prática de aborto em que os responsáveis (médicos e gestantes) estavam isentos da reprimenda penal, ou seja, no caso de “necessidade” (para salvar a vida da gestante, se outro meio inexistente), e no caso de “gravidez resultante de estupro”.

Seguindo na construção do raciocínio, ao compulsar o inteiro teor da demanda, afirma-se que os fundamentos para que os pedidos fossem julgados procedentes residiram no fato de que os dispositivos do Código atentavam contra os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da autonomia da vontade e do direito à saúde¹³⁵.

Cabe neste momento, pausando a sequência lógica desta exposição, fazer uma reflexão no sentido de que mais uma questão política/legislativa de repercussão nacional desaguou na seara de competência do Poder Judiciário (especificamente no STF), logo, observa-se aqui a judicialização da política experimentada.

Seguindo adiante, no que tange à decisão do Supremo ante caso a ele submetido (lembrando que judicialização independe da vontade do Judiciário), os

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>.

Acesso em: 05 nov. 2013.

¹³⁵ *Ibid.*

pedidos veiculados na Arguição foram julgados procedentes, por maioria de votos (8 x 2)¹³⁶.

Refletindo agora naquilo que se busca esclarecer neste trabalho (prática de ativismo judicial), importante destacar a fundamentação do voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski, o qual no exercício de sua função jurisdicional realizou, pautado no comprometimento e coerência do Direito, um típico “juízo de legalidade”, não deixando se influenciar por possíveis convicções pessoais/ideológicas que pudessem contaminar sua decisão. Assim fundamentou:

Permito-me insistir nesse aspecto: **caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo**, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, **poderia ter alterado a legislação criminal vigente** para incluir o aborto eugênico¹³⁷, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. [...] Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, **em verdade pretende que a Corte** elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que **usurpe a competência privativa do Congresso Nacional** para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido¹³⁸. (Grifei)

Pode-se observar que o ministro Lewandowski foi contundente ao salientar os limites de atuação do Supremo, o qual somente tem atribuição para exercer o papel de “legislador negativo”, retirando de órbita os dispositivos que contrariam o texto Constitucional. Ou seja, o Supremo não é competente para “substituir o legislador nos juízos políticos-morais”¹³⁹, dessa forma, ao “criar” novas hipóteses legais, usurpou função típica do Poder Legislativo praticando nítido ativismo judicial.

No entanto, em que pese o devido respeito aos demais ilustres Ministros da Suprema Corte, todas as outras fundamentações pautaram-se - exclusivamente - em valores morais e políticos (= ativismo judicial), onde nitidamente imperou a vontade individual de cada um dos Ministros, balizada pelos seus arcabouços ideológicos, em “busca do justo concreto”, contudo, destituídos de quaisquer precedentes constitucionais¹⁴⁰.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Interrupção proposital da gravidez realizada sempre que fortes razões científicas autorizarem a suposição de que existe toda a probabilidade de nascer um deficiente físico ou mental.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.* **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.**

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Sobre a decisão do STF:** união homoafetiva.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.* **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.**

Nesse quadro, oportuno se fazer menção ao voto do ministro relator, Marco Aurélio de Mello, que se refere à omissão legislativa no sentido de não haver menção no Código Penal aos casos de anencefalia como quesito autorizador de interrupção de gravidez, e mesmo assim, calcado em suas convicções pessoais, apoiado em “lógica”, é favorável à “criação” de uma nova hipótese legal, discursando assim: “Mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida”¹⁴¹.

Nesse sentido, Lenio Streck assevera:

Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões e ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF)¹⁴².

Com efeito, ao exarar acórdão de caráter “aditivo”, “criando” mais uma causa de exclusão de punibilidade, julgando por critérios de conveniência em detrimento dos critérios de princípios, o Supremo praticou ativismo judicial, o que culminou com questionável usurpação da competência típica do Congresso Nacional (intérprete último da vontade soberana do povo, parafraseando o Min. Lewandoswki). Logo, práticas como estas podem enfraquecer a autonomia e integridade do Direito, corrobora com a proliferação de decisionismos, inclusive estimula as instâncias inferiores a fazerem o mesmo, enfraquecendo com os ideais de democracia.

2.2 Exteriorização da vontade dos julgadores (= ativismo judicial): necessária ruptura dessa tendência para preservação dos ideais de um Estado que se diz democrático

Nesta quadra do presente trabalho, será fomentada a necessidade de ruptura da tendência solipsista, que incentiva as práticas de ativismo judicial e enfraquece os princípios de democracia.

Conforme já repisado em linhas passadas, o ativismo judicial está ligado a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.* **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.**

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O Supremo não é o guardião da moral da nação.**

político-sociais, podendo tanto ser conservador, tanto ser progressista, pois no final o resultado é exatamente o mesmo, ou seja, o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não face da moralidade instituidora da comunidade política¹⁴³, gerando respostas múltiplas, grosseiramente diferentes umas das outras, em casos muito semelhantes.

Relembrando que apesar do ativismo judicial não ser prática exclusiva do Supremo Tribunal Federal (já que ocorre em todas as instâncias do Poder Judiciário), neste estudo o foco são as práticas do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que é justamente o guardião das regras democráticas insculpidas na Constituição. Portanto, deveria ser o exemplo para as demais instâncias, porém, mesmo assim negligencia as regras e faz política quando diz que não faz e faz ativismo quando diz que não faz¹⁴⁴, incentivando as demais instâncias a fazerem o mesmo.

Nessa senda, em um Estado que busque ser democrático, urge a necessidade de ruptura dessa prática subjetiva em busca de “justiça”, agressiva à própria justeza e integridade da Constituição, que se torna corriqueira no âmbito jurídico nacional, e defendida, inclusive, por muitos. Nesse viés de entendimento, Lenio Streck assevera:

Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião¹⁴⁵.

Dessa maneira, não se mostra legítimo a destacada postura solipsista assumida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja atuação redefine os limites de sua própria competência jurisdicional, na medida em que se pronuncia acerca de temas que muitas vezes não encontram parâmetros constitucionais, aumentando a tensão que marca a relação entre os poderes, ou entre constitucionalismo e democracia¹⁴⁶.

¹⁴³ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.* **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.**

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O que é isto, o ativismo judicial, em números?**

¹⁴⁵ *Id.*, *op. cit.* **O Supremo não é o guardião da moral da nação.**

¹⁴⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 6, pp. 413-430, 2008.

Portanto, no momento da decisão o julgador deve se perguntar o que a legalidade diz sobre a questão a ele submetida, pois um “problema jurídico” deve ser respondido com “argumentos jurídicos”¹⁴⁷.

Seguindo na mesma linha de raciocínio, Direito não é moral, nem tampouco é legítimo utilizar a moral para tentar corrigir o Direito. Ademais, nada importa sobre a personalidade do juiz, pois ao Direito não importam as inclinações do julgador, porque existe uma Constituição e os demais códigos para responderem as questões jurídicas. É exatamente isto o que se pode chamar de Direito democraticamente construído, ou seja, “um Direito que dispensa opiniões e convicções pessoais”¹⁴⁸.

Nesse sentido, Lenio Streck argumenta:

Se a democracia depender de opiniões pessoais, teremos que rezar para que teremos “homens bons” conduzindo o Direito. E, como diz o psicanalista Agostinho Ramalho Marques Neto, “Deus me livre da bondade dos bons”¹⁴⁹.

Ainda nessa mesma ideologia, registre-se que decisões ativistas levam o enfraquecimento do Direito e o afasta da tradição, ao contrário do que muitos pensam (e defendem), logo, gera um “déficit democrático”. Portanto, “se o direito como transformador das relações sociais foi a grande conquista do século XX, decidir por meio de argumentos metajurídicos é um retrocesso”¹⁵⁰.

Assim, um judiciário que em vez de aplicar o Direito, escolhe através de “juízos de oportunidade” no lugar dos “juízos de legalidade”, pautando-se em convicções pessoais de cada julgador corre o sério risco de conduzir à ruína um Estado que busca ser democrático. Pois, práticas que não respeitam a Lei Maior de um Estado, confundem-se com movimentos arbitrários, que levam à insegurança generalizada de um nação inteira.

Logo, é preciso romper com essa tendência antidemocrática, partindo de quem garante a guarda da Constituição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, para que a sociedade tenha uma única garantia, que por si só já absorve todas as outras, a saber, “o respeito à Constituição”¹⁵¹.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Como se mede a “régua” para aplicar a lei: quem a fixa?** Revista Consultor Jurídico, 24 out. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-out-24/senso-incomum-mede-regua-aplicar-lei-quem-fixa>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **O Supremo não é o guardião da moral da nação.**

¹⁵¹ *Ibid.*

Mais uma vez Lenio Streck, traduzindo em poucas palavras o que se abordou neste subitem, referindo-se à Constituição:

Ninguém está acima dela. Ela é o norte do regime democrático porque condiciona todos a um regramento único. Assim, sem o respeito a argumentos jurídicos na decisão judicial, **o aplauso de hoje pode se tornar o seu grito de horror do amanhã**¹⁵². (Grifei)

Destarte, em face do que foi abordado, evidencia-se como estritamente necessário a criação de um controle da tendência solipsista subjetiva, que ora se torna perniciosa à democracia e parece estar longe do fim. Temática que será explorada no próximo e último subitem.

2.2.1 Teoria da decisão: ferramenta controladora da atuação do Judiciário, visando à supressão do discurso judicial solipsista e a preservação da democracia

Finalizando a presente pesquisa, ainda com intuito de abordar a necessidade da ruptura da tendência ativista que pode levar ao “caos jurídico” um Estado de feição democrática, neste derradeiro subitem será analisada, sob a perspectiva inovadora/diferenciada, principalmente de Lenio Streck, seguido por outros autores da mesma corrente, a necessidade da criação um mecanismo de controle dos discursos judiciais para enfrentar o ativismo judicial que se exterioriza pela “vontade” dos julgadores. Com efeito, há possibilidade da obtenção de respostas constitucionalmente adequadas a cada caso, enfraquecendo assim as consequências do cenário do ativismo judicial que mostra-se presente nos julgados da Suprema Corte, vendido - inusitadamente - como se fosse algo legítimo ante um Estado democrático de direito.

Nessa esteira, conforme já repisado, o problema não repousa no “quanto de judicialização”, mas sim “como as questões judicializadas” devem ser decididas¹⁵³. É exatamente nesse processo de “decisão”, onde o intérprete realiza o exercício de interpretação dos textos, que não pode ocorrer, a “escolha” do sentido que melhor convier (como se houvesse uma separação integral entre texto e norma e como se

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais**. São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 31 mai. 2012. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

estes tivessem existências autônomas)¹⁵⁴. Se assim fosse, não haveria decisões judiciais alicerçadas sob pressupostos democráticos, mas sim “escolhas” judiciais pautadas em convicções pessoais valorativas, com traços de discricionariedade, que por sua vez conduziriam à arbitrariedade.

Sob esse prisma, conforme salienta Cristiano Becker Isaia, é chegada a hora de superar a figura do julgador que ignora a democracia e os direitos fundamentais e sociais, pois sob o paradigma instituído pelo Estado democrático de direito, tem ele o dever de proteção desses direitos, importando em uma responsabilidade ética, constitucional¹⁵⁵.

Colaborando com o deslinde da temática, no mesmo entendimento do autor supracitado, André Karam Trindade comenta o seguinte:

[...] tudo indica que é chegada a hora de se pensar na possibilidade de uma teoria da decisão adequada ao sistema da *civil Law* - tal qual vem propondo Lenio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e outros -, a fim de que se possa controlar, de algum modo, os processos de interpretação e aplicação do Direito, estabelecendo critérios e limites para que o protagonismo dos juízes não afete a democracia constitucional¹⁵⁶.

Na mesma vertente dos autores acima citados aparece Rafael Tomaz de Oliveira, asseverando:

O ativismo [...] está situado dentro do Direito - no âmbito interpretativo, da decisão judicial - mas, paradoxalmente, também está fora, na medida em que a estrita dependência em torno daquilo que o juiz pensa, entende ou deseja no julgamento de uma determinada questão judicializável, pode levar à suspensão do direito vigente, criando fissuras na institucionalidade, desenvolvendo figuras típicas de um Estado de Exceção. Por isso, o modo de controlá-lo deve ser aferido no âmbito da própria interpretação do Direito, sendo, por isso, um problema a ser enfrentado pela hermenêutica jurídica¹⁵⁷.

Coadunando o mesmo entendimento dos demais, reside Francisco Motta que, ao lado dos ideais de Ronald Dworkin, convoca toda comunidade jurídica nacional, a “levar o direito a sério”, fundamentando que o protagonista¹⁵⁸ não pode ser meramente o julgador, mas sim o Direito. Além disso, o autor enfatiza que o julgador

¹⁵⁴ *Id.*, op. cit. **O Supremo não é o guardião da moral da nação.**

¹⁵⁵ ISAIA, Cristiano Becker. *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁶ KARAM TRINDADE, André. **A ecografia da decisão e o fim das surpresas no Direito.** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 26 out. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/diario-classe-ecografia-decisao-fim-surpresas-direito>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

¹⁵⁷ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.* **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.**

¹⁵⁸ Na obra de Francisco Motta, “Levando o Direito a sério: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro”, o termo “protagonismo” guarda relação com ativismo judicial.

deve “procurar construir decisões qualitativamente melhores, e que tenham nexos argumentativos adequados à materialidade da Constituição”¹⁵⁹.

“Definitivamente, a interpretação não é um ato de vontade”, pondera Lenio Streck, asseverando que o “controle” das decisões é algo que se opera por intermédio da hermenêutica¹⁶⁰. A hermenêutica, portanto, deve-se operar com comprometimento e prudência ante a proposta da Constituição, de maneira a dar respostas constitucionalmente adequadas aos casos concretos. Nesse caso não há espaços para que o considerado “justo”(por valoração solipsista) sobreponha à lei.

Ademais, outro fato que corrobora deliberada discricionariedade que gera o ativismo judicial, é a postura da doutrina dominante. Dessa maneira, a doutrina, diante das decisões dos mais diversos tribunais, assume um papel de “imparcialidade”, tão somente descrevendo as posições que estão na “última moda”, sem ao menos questionar, na sua essência, os argumentos apresentados pelo Poder Judiciário. Lenio Streck chama a referida postura de “constrangimento epistemológico”, enfatizando de forma crítica no sentido de que “a doutrina deve doutrinar!”¹⁶¹, ou seja, não deve somente reproduzir o que os tribunais dizem.

Quanto ao controle dos discursos judiciais, é preciso que fique bastante esclarecido o entendimento de que controlar, não significa em hipótese alguma vetar a interpretação do texto normativo, como aduz Lenio Streck, encarecendo um crédito de confiança:

E, assim, entender que a pretensão de controlar as decisões a partir de uma teoria da decisão, não é, nem de longe, proibir a interpretação... Autores que dedicaram a vida a estudar esse fenômeno e a criticar o solipsismo (graças ao qual se espalha o mantra de que “sentença vem de *sentire*” e que a decisão é um ato de vontade), como Dworkin, Habermas, Gadamer, Luhmann, para falar apenas destes, não podem ser tidos como ingênuos, imbecis, mal-intencionados, autoritários ou, quiçá, “conspiradores contra a independência do poder judicial”... Em alguma coisa essa gente está(va) certa, pois não? E não consta que o direito esteja blindado às teorias sofisticadas como a desses autores (na verdade, o que há de melhor em termos de teoria do direito passa, indubitavelmente, por esses autores). Peço, pois, que lhes sejam dadas ao menos algumas migalhas de vossa confiança. Sim, peço um crédito de confiança. Não a mim, mas a eles¹⁶².

¹⁵⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *op. cit.*

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais.**

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

Destarte, mesmo que de forma genérica, sem adentrar-se de forma intensa no complexo assunto, neste último subitem mostrou-se oportuno salientar a necessidade do controle dos discursos judiciais, fomentado pelos autores citados e por outros, ainda que não mencionados.

Assim, enquanto não se concretizem estudos teóricos com a profundidade necessária para enfrentar de frente o problema do ativismo judicial, talvez seja necessário que, em vez de estudar Direito, tenha que ser estudado estratégias específicas para saber o que juiz, desembargador ou ministro “comeu no café da manhã, o que cada um gosta de fazer nas horas vagas, para que time torce, quais os livros que lê etc, etc e etc. [...] E ‘fazer Direito’ vai virar (na verdade, já virou há muito tempo) um mero jogo de poder”¹⁶³.

Portanto, “em pleno paradigma instituído pelo Estado democrático de direito não é mais possível apostar no “poder de vontade” dos juízes”¹⁶⁴.

Caso as decisões judiciais continuem gerando as imprevisibilidades inerentes à prática discricionária, que está inserida dentro de um fenômeno maior que é o ativismo judicial, conduzindo, provavelmente, à arbitrariedade, que por sua vez leva à ruína a segurança jurídica, sobretudo os princípios de democracia, um Estado que se diz democrático poderá estar fadado ao “autoritarismo judicial”.

Com efeito, o Estado poderá ser remetido às épocas de um passado recente, onde o autoritarismo e a arbitrariedade imperavam silenciando a sociedade. No entanto, agora se mostra mais perigosa a situação, pois em épocas passadas o que dominava era um autoritarismo explícito, e atualmente semeia-se um autoritarismo disfarçado, o que por sua vez é muito mais assolador.

É preciso, portanto, controlar a atividade jurisdicional, é preciso romper com o ativismo judicial, “é preciso levar o Direito a sério”¹⁶⁵.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Como se mede a “régua” para aplicar a lei: quem a fixa?**

¹⁶⁴ ISAIA, Cristiano Becker. *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *op. cit.*

CONCLUSÃO

A abordagem delineada neste trabalho angariou suportes para revelar que “nem tudo que parece é”. Trouxe à tona dilemas relevantes que imperam no cenário jurídico brasileiro, face ao crescimento e reestruturação da atividade jurisdicional, o que levou o Poder Judiciário ao papel de protagonista.

Ante esse protagonismo, lançam-se desafios no sentido de repensar posturas e práticas exercidas pelo judiciário vendidas à sociedade como legítimas, com intuito de manter a integridade do Direito e não permitir o descaso para com a estrutura de democracia de um Estado que se diz democrático.

Nesse quadro, torna-se elementar que se retome as indagações lançadas ainda nas primeiras linhas deste trabalho, lembrando: seria legítima a prática do ativismo judicial praticado pelo STF sob a égide legal de um Estado que se diz democrático? É compatível esta prática com o sentido democrático delineado na Constituição? Os Ministros, guardas da Constituição, assumem através do ativismo judicial a condição de porta-voz da democracia e dos direitos fundamentais?

Depois de percorrido o itinerário traçado para obtenção dos questionamentos lançados, pode-se considerar o que segue:

I - em que pese a aparência de legítimo, justificado por uma “ânsia de promover justiça”, onde os ganhos para sociedade são pouco explicados, o ativismo judicial praticado pelo Supremo, que se manifesta pela consciência individual de cada julgador, deve sim ser tratado como um problema, como uma postura ilegítima sob a ótica de um Estado democrático de direito, que através de juízos valorativos solipsistas geram decisionismos e conduzem invariavelmente à arbitrariedade;

II - a judicialização da política não se confunde com ativismo judicial. Uma vez que se mostra como um fenômeno contingencial e inexorável, típico dos Estados democráticos em que o judiciário é provocado para agir de forma subsidiária para garantir os direitos constitucionais, marcado, portanto por fatores desvinculados da ordem jurídica, tendo suas fontes decorrentes de um contexto de transformações sociais. Toma destaque principalmente refletido pelo catálogo significativo de direitos fundamentais elencados na Constituição Federal; pelo descrédito da representatividade política; e pelo redimensionamento do acesso à justiça, que facilitou a intervenção jurisdicional para concretização de direitos;

III - o ativismo judicial, por seu turno, evidencia-se como uma exteriorização da vontade do julgador, sendo uma postura criada exclusivamente no âmbito jurídico, onde as questões submetidas à deliberação jurisdicional são decididas “conforme a consciência” dos julgadores. Esta postura, mesmo que muitas vezes resultem respostas - aparentemente - justas e adequadas ao sentimento do ordenamento jurídico e das partes envolvidas, não se amolda no sentido democrático proposto pela Constituição, onde o que deve prevalecer é a primazia da lei (Constituição e legislação infraconstitucional), não havendo previsão legal para subjetividade ou ato de vontade, que podem sinalizar em arbitrariedades, o que se mostra, à luz da do contexto histórico do Brasil, algo possível, perigoso e nefasto;

IV - o STF, como guardião da Constituição, portanto, pode também ser considerado o porta-voz da democracia, ao valer-se das práticas ativistas, sob pretexto de garantir a integridade da Constituição e os direitos fundamentais, busca com que a moral corrija o Direito, realiza discursos fundamentados com base em critérios metajurídicos que extrapolam os limites de sua própria atuação, com isso, indiretamente incentiva as outras instâncias a fazerem o mesmo. Portanto, ativismo praticado pelo STF vai de encontro com os ditames de democracia insculpidos na Constituição, exigindo a superação da figura do julgador solipsista, que decide empiricamente, ou seja, de acordo com sua “vontade”, “experiência particular”, etc. Com efeito, poderá ocorrer multiplicidade de respostas em casos muito similares, acarretando insegurança jurídica, sem olvidar das outras mazelas exaustivamente repisadas;

V - no campo do exercício de interpretação, os julgadores ao “fraudarem” o processo de interpretação/aplicação, atribuem sentidos com sentimentos particulares aos textos normativos, ao invés de atribuírem os sentidos delineados pelo ordenamento jurídico positivado. Assim, praticam incoerente tarefa interpretativa ante as diretivas de um Estado primado pela democracia. Com isso, exteriorizam subjetivismos, discursando no caminho que consideram mais “justo”, mesmo que o arcabouço legislativo disponível fique prejudicado. Porém, é um “justo” relativo, pois se baseia nos sentidos de justiça de cada julgador, onde cada um tem uma visão diferente sobre determinados assuntos;

VI - ainda sob o espectro da interpretação dos textos normativos, na ausência de suporte jurídico que se amolde a sua aspiração de resposta a determinado caso, o julgador “cria” um princípio, sem qualquer vínculo de

normatividade, para, a partir daí, fundamentar seu discurso, incentivando o desenfreado pran-principiologismo; e

VII - nesse sentido, é hora de repensar a atuação do Poder Judiciário. Tudo que foi abordado aponta para o perigo do ativismo judicial e a necessidade de um sólido controle dos discursos judiciais, sem, no entanto, esvaziar o processo interpretativo, inexorável à prestação jurisdicional. Tal controle já se encontra em fase de criação, através de um “teoria da decisão”, que atualmente esta sendo fomentada por Lenio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e outros juristas. Apenas com criteriologias é que se pode manter/aumentar a integridade do Direito, atualmente, posta em risco ante a tendência ativista.

Destarte, é preciso “levar o Direito a sério”¹⁶⁶ para preservar os viés de democracia elencados no texto constitucional. Ditames democráticos que devem ser recepcionados como uma conquista universalizada, sobretudo em relação a um povo que historicamente se desenvolveu sob tendências autoritárias. Caso contrário, haverá um problemático retrocesso, e o mais perigoso, um retrocesso gradual e oculto, até ignorado, causado por posturas disfarçadas e vendidas como legítimas.

Não basta o julgador ter senso de honestidade, ser probo e ter sentimento do justo. Em um Estado que é regido pela tradição jurídica codificada, constituído com feições democráticas, ele não tem liberdade legitimada para decidir conforme a sua consciência. Portanto, os julgadores precisam respeitar a Constituição e agir com comprometimento, jamais devem extrapolar sua função a ponto de se denominarem os “donos da lei”.

Por derradeiro, registre-se a reflexão no sentido de que ativismo judicial exsurge de um ato de vontade, e atos de vontade são destituídos de controle, logo, “onde não há controle, não há democracia”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *op. cit.*

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* **Jornal Carta Forense.**

REFERÊNCIAS

BARREIROS SOARES, José de Ribamar. **Ativismo Judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2101. 191 p. Tese (Doutorado) - Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) - UERJ, Rio de Janeiro, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Crise do estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. **Constituição**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF**. Pedido de inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Acórdão julgado no Plenário em 05 mai. 2011. Publicado no DJ em 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398650&tipo=TP&descricao=ADPF%2F178>>. Acesso em: 5 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Arguição de descriminalização da prática de aborto de anencéfalo. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Acórdão julgado no Plenário em 12 mar. 2012. Publicado no DJ em 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 05 nov. 2013

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAVALCANTI, José Paulo. **Interpretação e clareza da lei**. Recife: Fasa, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 6, pp. 413-430, 2008.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Apud* GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; VIEGAS, Viviane Nery. **A jurisdição constitucional e a implementação de políticas públicas no cenário brasileiro**: o papel do juiz no processo democrático. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 2-35, jul./dez. 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Apud* GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

KARAM TRINDADE, André. **A ecografia da decisão e o fim das surpresas no Direito**. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/diario-classe-ecografia-decisao-fim-surpresas-direito>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. 184 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. **O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil**: preferência ou a inevitabilidade do julgamento? Revista NEJ, Itajaí, v. 14, n. 13, p. 208-254, 3º quadrimestre, 2009.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Entrevista. **Revista OAB in Foco**. Uberlândia, n. 20, ago./set. 2009.

_____. Entrevista. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, 3 out. 2013. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/decisao-juridica/12151>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 15 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. **Como se mede a “régua” para aplicar a lei: quem a fixa?** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 24 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-24/senso-incomum-mede-regua-aplicar-lei-quem-fixa>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto.** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos.** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o caminho de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. **O que é isto: o ativismo judicial, em números?** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 4 nov. 2013.

_____. **O Supremo não é o guardião da moral da nação.** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 5 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

_____. **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais.** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. **Sobre a decisão do STF:** união homoafetiva. Disponível em:<
<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>.
Acesso em: 5 nov. 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial:** uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. 141 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

_____. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.** São Paulo, Revista Consultor Jurídico, 1º dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em 22 out. 2013.

VIANNA, Luiz Werneck. *Apud* TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia.* São Paulo: **Revista Direito GV**, 4. ed. p. 461-464, jul./dez. 2008.