Submissão: 03/06/2022
Publicação: 20/09/2022
DOI:

ATIVISMO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO ENTRE DISCRICIONARISMO, DECISIONISMO E ATIVISMO: UMA POSSÍVEL CRÍTICA À PRODUÇÃO DE PRECEDENTES E DE NORMAS EM ABSTRATO

JUDICIAL ACTIVISM AND THE NEED FOR CRITERIA FOR THE DISTINCTION BETWEEN DISCRICIONARISM, DECISIONISM AND ACTIVISM: A POSSIBLE CRITICAL TO THE PRODUCTION OF PRECEDENTS AND STANDARDS IN ABSTRACT

Paulo Rossano Rossdeutscher[1]
Kátia Salomão[2]

RESUMO: Nas democracias contemporâneas, o direito assume um grau de autonomia, pois passou a ter outra composição, construída a partir de alguns fatores, a exemplo das questões do dia a dia e das questões morais, que passam a fazer parte da lei. Ademais, uma das facetas do direito vem tomar o seu lugar perante as discussões: o Ativismo Judicial, que não está diretamente relacionado com a produção de normas em abstrato pelo magistrado, e também não é exclusividade nacional, vindo a ocorrer em diferentes partes do mundo, em diferentes épocas e em diferentes cortes constitucionais, portanto. Em grande parte dos países ocidentais, ocorreu um gigantesco avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, feita no âmbito do Legislativo e do Executivo. Isso porque é subliminarmente reconhecido que a interpretação judiciária do direito legislativo está associada ao seu poder criativo. Ora, o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa sempre deixará lacunas a serem preenchidas pelo juiz, permitindo certo grau de dualismo, gerando dúvidas que, via de regra, devem ser resolvidas em meio ao âmbito judiciário. Nesse contexto o juiz não é um agente moral – que age guiado por suas convicções pessoais ou morais –, pois, diante da responsabilidade que possui, a resposta jurídica deve decorrer de uma decisão fundamentada no direito, e pelo direito teremos decisões e não escolhas, uma vez que a fundamentação deve ser embasada em preceitos jurídicos e não em outros, tais como morais ou éticos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Decisionismo. Discricionariedade. Ponderação. Função Jurisdicional.

ABSTRACT: In contemporary democracies, law assumes a degree of autonomy, since it began to have a different composition, such as day-to-day issues, and moral issues became part of the law. Being that one of the facets of the law comes to take its place to the discussions be it judicial activism, that is not directly related to the production of norms in abstract by the magistrate, and also is not national exclusivity, occurring in different parts of the world, at different times and in different

[1] Acadêmico do Curso de Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel.
[2] Doutora em Filosofia. Professora do Curso de Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel.

constitutional courts. In much of western countries, a gigantic advance of constitutional justice over the space of majority politics, made in the scope of the Legislative and the Executive. This is because it is subliminally acknowledged that the judicial interpretation of legislative law is associated with its creative power. However, the use of the simplest and most precise legislative language will always leave gaps to be filled by the judge allowing some degree of dualism, generating doubts that, as a rule, must be resolved before the judiciary. In the judicial sphere, the judge is not a moral agent who acts guided by his personal or moral convictions, because before the legal responsibility that he possesses the legal answer must derive from a decision based on the right, and by the right we will have decisions and not choices, because the grounds must be based on legal precepts and not on others, such as moral or ethical.

KEYWORDS: Judicial Activism. Decisionism. Discretion. Weighting. Jurisdictional Function.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de grande protagonismo do Poder Judiciário, o ativismo judicial vem se destacando decisão após decisão, não apenas pelo aspecto reflexivo que suas produções geram no ordenamento jurídico, mas também pelo efeito ricochete gerado na sociedade, no tocante à produção de normas em abstrato. Isso porque, afinal de contas, a função jurisdicional primária do Poder Judiciário é a de solucionar os conflitos e não a de produzir normas e nem a de estabelecer crises de paradigmas de dupla face, em que se tem, de um lado, o normativismo e o direito e, de outro, uma crise de modelo de compreensão judicial.

Nas democracias contemporâneas, o direito assume um grau de autonomia, pois a exemplo das questões do dia a dia e das questões morais que passaram a fazer parte da lei, uma de suas facetas tomou o seu lugar às discussões, seja ela o Ativismo judicial, que não está diretamente relacionado com a produção de normas em abstrato pelo magistrado, e também não é exclusividade nacional, vindo a ocorrer em diferentes partes do mundo, em diferentes épocas e em diferentes cortes constitucionais.

Em grande parte dos países ocidentais, um gigantesco avanço da justiça constitucional se deu sobre o espaço da política majoritária, feita no âmbito do Legislativo e do Executivo. Isso se justifica com base no fato de que é subliminarmente reconhecido que a interpretação judiciária do direito legislativo está associada ao seu poder criativo. Ora, o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa sempre deixará lacunas a serem preenchidas pelo juiz, permitindo certo grau de dualismo, gerando dúvidas que, via de regra, devem ser resolvidas perante o Judiciário. Dito isso, é nesta linha de raciocínio que começam a surgir alguns questionamentos, no sentido de que, se o juiz é mero operador do direito ou se participa, *latu sensu*, da atividade legislativa, participa concretamente da criação do direito.

Essa é uma das grandes divergências em nosso ordenamento jurídico acerca da discussão do fenômeno conhecido como Ativismo Judicial. Conceitualmente, é possível afirmar que esse instituto se caracteriza pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa.

Este fenômeno, por assim dizer, decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre porque, ante às inúmeras lacunas legislativas, especialmente sobre matérias novas e que abordam questões polêmicas, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a se pronunciar sobre determinados assuntos que caberiam ao Legislativo regulamentar, não se limitando a declarar a omissão legislativa, indo além da subsunção do fato à norma, decidindo, discricionariamente, sobre as mais diversas e polêmicas questões.

Parte dos doutrinadores considera que o Poder Judiciário estaria intervindo sobremaneira nos demais Poderes da República, ferindo, assim, os princípios da separação dos poderes, da democracia e do estado democrático de direito, (STRECK, 2013). Outra parte dos doutrinadores considera que, em qualquer forma de interpretação, seja ela judicial ou não, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e de criatividade se mostra inerente a toda e qualquer interpretação.

Os doutrinadores adeptos a este ponto de vista consideram que as questões duvidosas e as incertezas ocasionadas pelas lacunas legislativas devem ser resolvidas pelo intérprete, devendo ele, pois, preenchê-las, aclarando as nuances e as dúvidas por elas geradas. O que se pretende com este trabalho é balizar os pontos divergentes e que, de certa forma, ainda são polêmicos em nosso ordenamento jurídico, de modo que trazem insegurança jurídica para nossa sociedade.

O ativismo tem origem no *common law*, que é a aplicação de normas e regras que não estão escritas, mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência, e aqui no Brasil não se faz distinção entre ativismo e ato discricionário, sendo que o primeiro é defendido, enquanto o segundo é rechaçado. Nesse sentido, é amplamente possível perceber que o positivismo quer dar respostas antes das perguntas, enquanto que a hermenêutica faz as perguntas para obter as respostas (STRECK, 2013). No âmbito judicial, o juiz não é um agente moral que age guiado por suas convicções pessoais ou morais, pois, diante da responsabilidade que ele possui, a resposta jurídica deve decorrer de uma decisão fundamentada no direito, e pelo direito teremos decisões e não escolhas. Isso porque a fundamentação deve ser embasada em preceitos jurídicos e não em outros, tais como morais ou éticos.

2 DO NORMATIVISMO E DO DIREITO

2.1 DA CRISE ENTRE O NORMATIVISMO E O DIREITO

Na obra “Medida por Medida”, de Shakespeare, o Duque de Viena, cansado da corrupção e da quebra dos costumes em seu país, colocou em seu lugar Ângelo, seu primo, um poço de virtudes. Ângelo, tão logo assume o poder, coloca em vigência a lei da fornicação, a qual dispunha que fornicar antes do casamento era crime passível de pena de morte.

Cláudio, um jovem, tem um encontro amoroso com sua bela amada e namorada, Mariana. Após tomar conhecimento do fato – que iria contra a disposição por ele estipulada –, Ângelo manda prendê-lo. Depois de ser julgado pelo método inquisitivo, próprio à época, Cláudio é condenado à morte. Então, ele pede para ser

chamada sua belíssima irmã, Isabela. Solicita a ela que tivesse com Ângelo uma audiência, a fim de que o mesmo intercedesse por ele, preso nos calabouços imperiais. Isabela se apresentou a Ângelo, que, sem perder tempo, logo lhe explicara que não tinha sido ele a condenar o seu irmão, mas sim a lei, pois, segundo ele, somos todos escravos dela.

No entanto, enquanto Ângelo dirigia seu discurso à estonteante jovem e linda Isabela, passou por sua cabeça que uma oportunidade estava diante de si e disse à linda moçoila que, se ela fizesse amor com ele, seu irmão estaria perdoado do crime tão bárbaro cometido e, consequentemente, teria sua liberdade novamente.

Diante de tal cenário, as perguntas que ficam são:Qual Ângelo é o pior? O primeiro: escravo da lei? Ou o segundo: protagonista da lei?

Com relação aos atos discricionários dos juízes, estamos diante de uma crise de dupla face. Em uma dessas faces estão o normativismo e o direito; na outra, a crise de modelo de compreensão. Quando não se tem limites para dizer o que se quer sobre a lei, ocorre certa perda de sentido das palavras com o objeto.

Um juiz encontra-se sempre vinculado a uma cadeia de precedentes e, com o passar do tempo, este vínculo será ainda maior. Desse modo, ao se desenvolver o tema, a jurisdição deve imbricar a história jurídico-institucional do passado, vez que ela se constrói, também, coletivamente com as exigências do hoje. O juiz, ao decidir, deve interpretar as decisões anteriores e, como resultado, proceder de forma que encontre maior adequação e que torne determinada prática legal a melhor possível (STRECK, 2013).

Entender que a discricionariedade é inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia.

2.2 DO DIREITO E DA MORAL

Nas democracias contemporâneas, o direito assume um grau de importância e de autonomia, pois passa a ter outra composição e, mais do que essa outra composição, ele passa a ter, no interior da lei e da Constituição, discussões que antes ficavam de fora. Em outras palavras, as questões do dia a dia e as questões morais passam a fazer parte da lei (STRECK, 2013).

Como exemplo disso, tem-se que o direito pós Segunda Guerra – lembre-se, neste ponto, que o instituto, até então, só havia fracassado e, a partir de então, humanizou-se. Isso porque não se havia, ainda, conseguido controlar a efetividade dos direitos humanos em relação às barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra, por conta, principalmente, do genocídio ocorrido, dentre eles o extermínio sem limites dos judeus na Europa (STRECK, 2009).

O direito, então, renasce, assumindo um novo paradigma, assumindo novas características, a exemplo das cláusulas pétreas, em meio às quais a democracia deve ser ocorrer no direito pelo direito. Autores, como Ferrajoli (2011), tratam o direito como condição normativa e Canotilho (2007), como condição dirigente do direito.

A moral não pode ser corretiva, ou seja, não pode corrigir o direito, pois uma decisão jurídica não é uma decisão moral ou de filosofia moral. A partir disso, os juízes têm responsabilidade política, pois cumprem um papel social, não interessando se amam ou odeiam determinada questão. Nesse sentido, as decisões não podem depender das idiossincrasias dos magistrados, e é nesse ponto que a

hermenêutica jurídica tenta resolver essas questões, pois o direito acabou entrando em uma fase de deturpação das teorias das vontades, em que se perdeu o contato com as tradições, como Nietsche abordou em algumas de suas obras: deve-se compreender que não há fatos não há, mas apenas interpretações.

A partir daí, existe um problema. Explica-se: se é possível provar qualquer coisa, tendo em vista não existir ligações entre palavras e os seus sentidos, pode-se desembocar em certo pragmatismo ou pragmaticismo, em meio ao qual as visões de mundo estão condicionadas ao interesse de poder.

Kelsen (2003) entende que a interpretação é um ato de vontade, ao passo que Streck (2013) discorda dessa afirmação, pois, segundo este autor, é um problema da má compreensão do positivismo do Século XIX para a virada do Século XX. Nesse diapasão, Kelsen (2003) separa a ciência do direito da moral e não o direito da moral. O que alguns autores insistem em dizer é que, para Kelsen, o juiz, em sua sentença, faz política jurídica um ato de vontade. Essa parte decisionista é a brecha de entrada para algumas teorias neoconstitucionalistas no Brasil, que abordam que o direito estava separado da moral, e que, após o caos da Segunda Guerra Mundial, inseriu-se novamente a moral e o direito, a partir dos princípios, que são, em verdade, valores. Aí a confusão hermenêutica foi formada, à medida em que se passou a criar uma fábrica de princípios e, assim, chegou-se a uma espécie de fragmentação do direito nos dias de hoje.

3 DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Com o advento de uma nova Constituição, em 1988, os operadores do direito, principalmente, não sabiam o que fazer com relação a tantas demandas judiciais. Nesse sentido, o próprio Poder Executivo, com seu presidencialismo de coalisão, não conseguia implementar as políticas públicas e isso ocasionou uma corrida sem precedentes para o Judiciário. O resultado direto disso foi que as demandas judiciais nunca atingiram patamares tão altos desde então. Com isso, o Poder Judiciário começou a intervir no âmbito político, passando, por exemplo, a conceder medidas de saúde – o que, originariamente, seria de competência executiva – e, por conseguinte, tornou-se cada vez mais forte nas relações de poder (BARROSO, 2008).

Nesse ínterim, observemos que o direito brasileiro fez cinco importações indevidas do direito estrangeiro. A primeira delas foi a jurisprudência dos valores, que, de forma descontextualizada, foi trazida da Alemanha para cá, e diz respeito a uma teoria filosófica de valores, resposta ao velho positivismo que se fez na Alemanha no segundo pós-guerra para cá (ALEXY, 2003).

A segunda delas foi a teoria da argumentação jurídica, produzida por Robert Alexy (2003), para trazer uma certa racionalidade à irracionalidade da jurisprudência dos valores. No que se refere ao contexto brasileiro, aqui não se diferencia uma da outra, e sim se soma as duas, uma vez que há a junção da jurisprudência de valores e da argumentação jurídica. Disso resulta a ponderação, que, por vezes, é utilizada de forma totalmente sem critérios, ao tratar princípios isoladamente, balanceando-os entre si e decidindo-se, então, inconsequentemente, sobretudo quando se esquece que a ponderação é um procedimento do qual se extrai uma regra, sendo que esta regra é aplicada também por subsunção.

Há teses que demonstram isso, afirma Streck (2013). Por exemplo, a de Fausto de Morais (2012), orientado por Lênio Streck, por meio da qual ele

demonstra que, de quase duzentas decisões judiciais, nos últimos anos, nenhuma delas – nenhuma delas!!! – aplicou efetivamente a ponderação.

A terceira importação diz respeito ao Ativismo Judicial norte-americano, que não é um sentimento constitucional, pois, no direito americano, existem várias facetas às quais o ativismo se adapta. Embora se possa pensar que o ativismo judicial sempre seja um ponto positivo, essa é uma questão facilmente demonstrada. Isso porque a entrada desse instituto no Brasil ocorreu também de forma descontextualizada, alimentando, dessa forma, a sanha de certo decisionismo brasileiro no Judiciário, que foi a quarta importação do direito brasileiro (STRECK, 2013).

A metodologia de Savigny (2001) foi a quinta importação considerada indevida do direito estrangeiro. Nos dias de hoje, acreditar que se possa usar os métodos de Savigny, que, aliás, nem da lei gostava, sem antes ao menos avaliá-los dentro de seu contexto na escola histórica é absolutamente prejudicial.

O estudioso em questão era contra a codificação. Logo, seus métodos de aplicação do direito não podem ser usados de forma descontextualizada, por exemplo, não há como afirmar que o método histórico ou o sistemático tratam-se do mesmo.

Então, verifica-se que nessas importações feitas pelo direito brasileiro há um traço comum: a aposta no protagonismo judicial, ou melhor, no solipsismo, que traz, em seu significado, o sujeito que se basta por si mesmo.

Em outras palavras, esse sujeito é alguém que vai decidir, sem levar em conta a estrutura histórica do direito, a jurisprudência, os códigos normativos, enfim, não considerará o ordenamento jurídico e decidirá inclusive parcialmente, a partir de suas vivências pessoais, de seus valores e de sua consciência moral pensante, sendo, então, um sujeito de caráter solipsista (STRECK, 2013).

Tem-se, como exemplo disso, o novo Código de Processo Civil brasileiro, que admitia, em sua versão apresentada no Senado, o livre convencimento judicial, que nada mais é do que uma repristinação do problema do solipsismo. Ou seja, há que se dar conta de que é impossível fazer direito sem paradigmas filosóficos. Essas más compreensões vêm da crise de paradigmas do positivismo clássico, que se acaba colocando no lugar de uma decisão coerente, embasada e fundamentada, filosoficamente falando (STRECK, 2013).

4 DO SOLIPSISMO JUDICIAL

No Brasil, o paradigma racionalista subjetivista é facilmente percebido, pela escola instrumentalista do processo, em que há a existência de escopos metajurídicos e em que o aperfeiçoamento do sistema jurídico vai depender do sábio protagonismo judicial. Como forma de resultado disso tem-se as minirreformas de um tempo atrás do processo, cujo fracasso foi tão grande que, mesmo depois da aprovação das súmulas vinculantes e da repercussão geral, elaborou-se uma Proposta de Emenda Constitucional, a “PEC dos recursos”, que, de certo modo, foi a confissão do fracasso de tais minirreformas até aqui. Ponto para a velha dogmática obviamente, segundo Streck (2013).

Segundo o autor, na luta constante contra o solipsismo judicial que tem sido enfrentado no Brasil, deve-se exigir, conforme preconizado pelo novo Código de Processo Civil, estabilidade, coerência e integridade na construção jurisprudencial. Essa construção deve, portanto, conter aquilo que Dworkin (2001) trabalha com

coerência e integridade (e também o que Streck (2013), em parceria com Fredie Didier (2015), defende): na garantia, em seu grau de recurso, as partes não podem ser surpreendidas, isto é, quando o "andar de cima" quiser mudar de ideia, precisa consultar as partes, e, dessa maneira, ouvi-las sem surpreendê-las, para que se tenha, assim, um direito de elevada autonomia.

A fim de que se alcance essa autonomia, em que a condição, de um lado, é norma e, de outro, um modo de compreender que é ultrapassado, devemos superar, conservando a legalidade constitucional, e não apostando no protagonismo judicial. Diante disso, deve-se apostar, sim, mas na legalidade constitucional, de modo que não se represente o problema trazido pelo ativismo judicial (STRECK, 2009).

Nesse contexto, há uma clara diferença entre ativismo e judicialização. O ativismo é a vulgata da judicialização, é behaviorista, comportamentalista, e se dá quando o juiz se substitui aos juízos éticos, morais, econômicos, etc, que são do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. A judicialização, por sua vez, é contingente, e acaba acontecendo naturalmente, em qualquer localidade e em meio às mais variadas situações. O problema é saber qual é a fronteira entre os dois. Portanto, para Streck (2013), o ativismo não é bom nem mal, ele sempre é ruim, não pode ser bom, pois a judicialização acontece porque não se pode transformar a condição em uma folha de papel simplesmente, ao invés disso, para que isso ocorra é necessário ter critérios.

5 DO ATIVISMO JUDICIAL, DO DECISIONISMO E DO DISCRICIONARISMO

Em sua cruzada nacional, enfrentando o ativismo judicial, o decisionismo e o poder discricionário, de acordo com Streck (2013), defendem que o juiz não pode ter discricionariedade, pelo fato de isso ser antidemocrático, porque o magistrado não escolhe, ele simplesmente decide. Embora muitas vezes não seja fácil se aperceber disso, há uma enorme diferença entre decisão e escolha. No cotidiano, escolhe-se, por exemplo, a roupa a ser vestida naquele dia, se irá tomar uma Coca-cola ou uma Pepsi ou a carreira a ser seguida – juiz, promotor ou defensor público.

Nesse ínterim, destaque-se que, no momento em que se opta pela carreira da magistratura, e isso se estende ao próprio Ministério Público, não é possível determinar quem vai denunciar, por exemplo. Isso porque o cargo tem responsabilidade política, o que significa que o juiz deve decidir e, ao fazê-lo, necessariamente vai ter de justificar, fundamentar e não a partir de suas premissas pessoais e morais.

Quando se discute autores como Michael Sandel (2013), que aborda o tema, especificamente sobre o que é fazer a coisa certa, desdobra-se a metáfora do "Dilema do Vagão". Para ela, o indivíduo está no primeiro trem e cinco pessoas estão ao lado de uma bifurcação, no trilho onde este trem está por passar. Enquanto isso, no outro lado deste trilho está uma pessoa acima do peso. A pergunta que se faz é: para salvar os cinco, você desvia do trilho e mata aquele único indivíduo? O que logicamente vem à mente é que, para salvar os cinco, o mais adequado é, de fato, acabar com a vida apenas de um.

No segundo trem, o simpático homem com sobrepeso está na plataforma da estação e, na direção do trem, estão os outros cinco espécimes humanos. Você, para salvar os cinco, o empurra para frente do trem. Imediatamente, pode-se afirmar: "não vou empurrar esse homem!". Oras, mas, se você já o matou na questão do outro trem, como poderia apenas não empurrá-lo?

O problema da metáfora do dilema do vagão, enfrentado anteriormente, é que, no direito, não há esses dois dilemas: se fosse um jurista a ter que decidir o dilema do vagão, ele teria critérios para a tomada de decisão e não faria essas escolhas trágicas. Logo, a tese de Sandel (2013) não se aplica ao direito, pois direito não é moral, nem filosofia, pois tem autonomia, por exemplo, entre igualdade e liberdade. Nesse sentido, Streck (2013) opta pela igualdade, seguindo o pensamento Dworkiniano; e, por isso, para os autores, o direito não pode ser corrigido por subjetivismo; seja pela roupagem ética, seja pela moral.

Para que se exemplifique o exposto acima, tem-se a autorização de julgamento por equidade, abordada no Código de Processo Civil. Esse instituto jamais poderá significar um álibi para que o juiz se afaste do sistema de direito e julgue conforme critérios morais, econômicos, políticos, etc.

O positivismo quer dar resposta antes mesmo das perguntas, enquanto a hermenêutica faz as perguntas com o objetivo de encontrar as respostas.

Não se deve misturar moral com direito, religião com direito, tampouco religião com medicina (STRECK, 2009). Isso se dá em razão do fato de os pais terem sido acusados de homicídio doloso pela morte de seu filho, ao se recusarem, em virtude de sua crença religiosa, a realizar procedimento cirúrgico de emergência no menor. Isso porque, no procedimento, seria utilizada transfusão de sangue. O Superior Tribunal de Justiça acertou pela absolvição do casal, até porque os genitores, por nenhum momento, desejaram que isso acontecesse.

A esse respeito, destaca-se que o direito de crença não atinge o ponto de sacrificar o direito à vida, aborda Streck (2009). Isso porque, ao se dar possibilidade de veto a procedimento imprescindível prescrito pelos médicos, que são entendidos no assunto, aos responsáveis legais pelo menor, também se deverá aceitar que, daqui a algum tempo, um órgão público, por exemplo, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, ingresse com ação de danos morais contra o hospital ou o profissional médico que salvou o filho de um casal. Sobretudo ao se supor que este casal professe certa religião, com base no argumento de que, ao salvar o menor por meio da introdução, em seu corpo, de sangue de outrem, o hospital ou o profissional médico causou sério dano moral àquela família, que é adepta a certa crença.

Então, o Superior Tribunal de Justiça acertou em não configurar o dolo eventual no caso concreto, mas errou ao não desenvolver a saciedade para casos futuros, através de fixação de doutrina, fazendo com que o direito supere a moral e as crenças pessoais dentro de uma coletividade.

A pergunta a ser feita é: a família tem o direito fundamental de decidir sobre o direito à vida do filho?

Mesmo que a Constituição garanta liberdade de credo, isso não quer dizer que tal direito se converta em direito subjetivo para a obtenção daquilo que se acredita para todas as hipóteses (STRECK, 2013).

No contexto judicial, o juiz não é um agente moral que age guiado por suas convicções pessoais ou morais, pois, diante da responsabilidade jurídica que ele possui, a resposta jurídica deve decorrer de uma decisão fundamentada no direito. Por isso, segundo Streck (2009), no direito há decisões e não escolhas. O autor insiste que decidir não é escolher, até porque, no âmbito do direito, a fundamentação deve ser embasada em preceitos jurídicos e não em outros, tais como morais ou éticos.

De todo modo, o indivíduo não vai até o Judiciário para simplesmente perguntar ao juiz, ou ao tribunal, o que pensa sobre aborto, drogas, casamento,

concubinato, questão do recebimento de herança por amante, período da licença maternidade de uma mãe de quadrigêmeos ser o mesmo do que o de uma mãe que teve gestação de um filho apenas.

A pergunta adequada seria: “de que maneira o juiz aplicará a estrutura formada pelo direito àquele caso concreto?”. Por isso, Streck (2009) insiste que direito não é moral, não é filosofia, não é religião, porém ele se apropria disso tudo. Uma vez posto, contudo, ele não pode ser corrigido por visões religiosas ou morais, por exemplo, pois há uma cooriginariedade entre direito e moral, e há sempre uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição, que advém de uma filtragem hermenêutica.

6 DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização é a transferência de poder das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Ela identifica o fato de que muitas questões relevantes do ponto de vista político, econômico, moral, passaram a ter, como instância final de decisão, o Poder Judiciário, e não mais o Legislativo ou o Executivo.

Esse fenômeno é, em significativa medida, um fenômeno mundial, do segundo pós-guerra, principalmente na Europa, pois, nos Estados Unidos, já era de certa forma assim, pois os estadunidenses passaram a perceber que um Poder Judiciário forte constitui um elemento importante para a construção do constitucionalismo democrático, não só para a proteção do Estado Democrático de Direito, mas principalmente para a proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2008).

Em toda parte do mundo, o Poder Judiciário deixa de ser aquele departamento técnico-jurídico para se tornar definitivamente um poder político.

A primeira causa da judicialização é a ascensão do Poder Judiciário, enquanto a segunda é, de forma geral no mundo, um relativo descrédito da política majoritária. Nesse sentido, a democracia representativa vive um conjunto de dificuldades, de desconfiança, passando por um momento difícil de relacionamento com a sociedade civil. No Brasil, em particular, certo desencanto com a política ordinária contribui para a ascensão do Judiciário, desta racionalidade própria da área jurídica, contrapondo o espaço das paixões tão comuns na política, em que muitas vezes os interesses nem sempre estão do mesmo lado da justiça (BARROSO, 2008).

Em terceiro lugar, ainda em relação ao mundo, a judicialização decorre do fato de que há decisões politicamente custosas que muitas vezes o Legislativo ou as instâncias políticas não querem tomar e não tomam. Muito emblematicamente, essas decisões são relativas a questões homossexuais, ao casamento de pessoas do mesmo sexo e à interrupção de gestação. Desse modo, há alguns temas sobre os quais o Legislativo não decide e, como os problemas surgem, o Judiciário acaba tendo de se posicionar e intervir.

Postas as três causas da judicialização no aspecto mundial, no Brasil, o instituto se verifica a partir de dois fenômenos típicos: a constitucionalização abrangente que há nos dias de hoje – já que a Constituição trata de muitos temas, os quais, na maior parte do mundo, são relegados à política ordinária, ou seja, ao processo político majoritário.

Trazendo a matéria para a Constituição, é de certa maneira retirá-la da política e colocá-la no direito, pois, quando a Carta Magna trata do meio ambiente,

da previdência, do idoso, entre tantos outros temas não menos relevantes, é quase inevitável a potencialização da judicialização dessas questões (BARROSO, 2008)

O segundo fenômeno é o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, pois qualquer parte, perante qualquer juízo, pode suscitar uma questão constitucional, de modo que a Lei Maior, que já é abrangente, pode ser interpretada por qualquer instância do Judiciário diante de um caso concreto. Além desses mecanismos de controle incidental, há por ação direta, com o maior conjunto de legitimados que existe em qualquer parte do mundo.

Paralelamente à judicialização, no Brasil, há o “primo” desse instituto, deveras volátil e com alto grau de subjetividade, o Ativismo Judicial, que não é um fato, e sim uma atitude. Em outras palavras, o Ativismo é uma certa disposição do Poder Judiciário em expandir o seu papel para levar à Constituição as situações que não foram expressamente previstas. Um exemplo dessas situações ocorre quando o STF equipara as relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais, as quais podem ser consideradas atitude ativista, pois não havia norma prevista e o Supremo passou a prever tratamento jurídico para tais relações (BARROSO, 2008).

Fazendo isso também em relação à interrupção de gestação, pois, da mesma forma, não havia norma que disciplinasse acerca do tema, expandindo, dessa maneira, o princípio constitucional para uma regra no sistema de direito. Portanto, o ativismo judicial envolve uma atitude expansiva do Poder Judiciário, que, no caso brasileiro, coincide com a omissão ou com certo descrédito da política majoritária.

7 DA HERMENÊUTICA, DA DECISÃO JUDICIAL E DA CONTEMPORANEIDADE

No Brasil, decidir por precedentes ao invés de decidir pela lei, pelo menos da forma que vem se tratando do tema do Ativismo Judicial é absolutamente perigoso dentro de uma democracia (STRECK, 2009).

A legislação, em um determinado contexto, é a grande conquista democrática de direito, pois o juiz não pode decidir conforme ele pensa, e sim conforme o direito.

O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições necessárias a evitar que a justiça constitucional, ou o poder dos juízes, consiga se sobrepor ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é, e não pode ser, aquilo que os tribunais dizem que é. Também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia (BARROSO, 2008).

Em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, observa-se um panorama exegético-normativista, e de outro, um fortemente decisionista e arbitrário.

Dworkin (2003) é colocado ao lado de Alexy (2003), como um dos nomes de maior expressão nesse novo *modus* de pensar e de fazer o direito. Entretanto, esta aproximação é minimamente questionável, sobretudo sob o prisma do problema da discricionariedade. Dworkin (2003) se propôs a construir uma teoria jurídica antidiscricionária. Em sentido diverso, Alexy (2001) parece reconhecer que a discricionariedade é inexorável. Desse modo, desenvolve-se um procedimento que, em tese, traria maior controle e certeza às decisões judiciais. Todavia, durante as etapas da ponderação é perceptível não somente a ocorrência do juízo discricional, mas também a sua necessidade (STRECK, 2013).

Trata-se, portanto, de um choque de paradigmas, de impossibilidade de se misturar posturas no esquema sujeito-objeto e posturas antiepistemológicas.

Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso. Não é possível fazer sincretismos metodológicos.

Em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto e de dar conta do mundo prático não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos.

A herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Além disso, não se percebe, nas decisões judiciais, uma coerência na sua utilização. Na verdade, não há uma decisão judicial que tenha aplicado a esquematização constante na tese alexyana (STRECK, 2013).

Parece não restar dúvidas de que Alexy (2003), nos casos difíceis, aposta em soluções que perpassam o âmbito jurídico. O problema aparece na questão do fundamento, pois a discricionariedade fica clara. Também fica aberta na problemática da ponderação, tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica. Em suma, questiona-se: quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? Quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica que prescreve a máxima: “todo princípio deve ser cumprido em suas máximas possibilidades, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas emergentes da aplicação”? (STRECK, 2013).

A resposta a estas duas questões é clara para Alexy: o juiz, o *sujeito* da interpretação jurídica. Como consequência, a teoria da argumentação jurídica tenta “racionalizar” o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, alargando ainda mais o coeficiente de incerteza e de incontrolabilidade do resultado da decisão judicial (STRECK, 2013).

A ponderação é um procedimento e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto. Só que a única possibilidade de “controle” se dá no âmbito do próprio procedimento, e não no conteúdo vinculado por ele. Assim, quem decide, quem valora, ao fim, é o sujeito, porque este não está na pauta da teoria da argumentação jurídica, exatamente pela cisão feita entre subsunção e ponderação e entre casos fáceis e casos difíceis.

O sujeito é que não consegue se livrar das amarras solipsistas, na medida em que toda reflexão está assentada em um modelo matemático de pensamento. Na resolução dos assim chamados “casos difíceis”, pois, conforme o próprio Alexy, os “casos fáceis” são solucionados pela aplicação da subsunção.

Ainda de acordo com Alexy (2003), não há uma co-originariedade entre direito e moral, mas apenas um vínculo necessário, constituído posteriormente, a partir daquilo que ele chama de pretensão de correção. Segundo o autor, a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele denomina de discurso prático geral. O espaço da “textura aberta” é o *locus* onde necessariamente habitam os argumentos morais no direito. Isto é assim porque Alexy identifica problemas centrais concernentes à natureza do direito, dois dos quais dizem respeito às dimensões do direito, que o jurista alemão as subdivide em dimensão real ou fática e dimensão ideal ou crítica do direito, (STRECK, 2013).

Alexy (2003) afirma que, mesmo nestes casos em que se evidenciam a textura aberta do direito, ou seja, casos duvidosos, existe, por parte do aplicador,

uma pretensão de correção. Isto é, o juiz decide de determinada maneira o caso porque entende ser aquela a maneira correta de decidir.

Ocorre que, ainda assim, subsiste a possibilidade de uma decisão vir a ser tomada de forma incorreta, sendo, portanto, injusta. Alexy (2003) admite que, em muitos casos, esse tipo de decisão permanece no sistema jurídico como uma espécie de remanescente de imperfeição, própria da estrutura que envolve os processos reais de argumentação e discurso jurídico. Isso porque, em determinados casos, haveria a possibilidade de se controlar as decisões pelo fundamento de justiça que elas veiculam (STRECK, 2009).

Há uma diferença fundamental e fundante entre a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica. Explica-se: enquanto esta compreende os princípios como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, aquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático ao direito, diminuindo o espaço da discricionariedade do intérprete. Além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica se colocam como blindagem contra relativismos.

Apostando na discricionariedade ou em discursos adjudicadores com pretensão de correção do direito, estar-se-á tão somente reforçando aquilo que pretendemos criticar. Tal circunstância pode ser detectada em setores importantes da dogmática jurídica praticada no Brasil, que vêm apostando fortemente na teoria da argumentação jurídica e, portanto, utilizando largamente a ponderação de princípios. Malgrado esse, a expansão da teoria alexyana, não escapa a um olhar mais crítico à circunstância de que poucos intérpretes de Alexy efetuaram os procedimentos descritos na chamada lei de colisão (STRECK, 2013).

A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo “ponderação”, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento desse instituto. Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases da ponderação, estabelecidas por Alexy (2003), tenham sido ao menos sugeridas pelos Ministros. Ou seja, o resultado da ponderação não fornece a solução *stricto sensu* do caso concreto, mas cria outra norma de direito fundamental, norma atribuída, que possibilitará a realização da aplicação subsuntiva de uma regra ao caso (STRECK, 2013).

Streck (2013) defende que os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham, limitam. Os princípios inserem a faticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Desse modo, proporciona-se que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e a integridade do direito.

O direito, enquanto um sistema de regras e de princípios, não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada. Observa-se que, em Dworkin (2001), o direito é um conceito interpretativo. Entende-se, pois, que a prática jurídica é, primordialmente, interpretativa, uma vez que, em juízo, as partes conflitantes apresentam interpretações alternativas que pretendem dizer o direito para o caso.

8 CONCLUSÃO

A prática descontextualizada e equivocada do Ativismo Judicial no Brasil levanta três questões. A primeira diz respeito à precariedade com que a ponderação é aplicada em *terrae brasilis*, circunstância que pode ser observada não somente nas decisões judiciais, mas também na literatura que trata da matéria. A segunda pode ser verificada na fragilidade da teoria da argumentação quando confrontada com a concretude do mundo prático. A terceira versa sobre o problema da discricionariedade, que afasta Dworkin de Alexy, pois enquanto este o compreende como inexorável, aquele manifestamente demonstra sua aversão, construindo toda uma perspectiva teórica nesse sentido. Cabe, nesse contexto, a pergunta: quantos Tribunais e Juízes no Brasil esclarecem a validade de suas "normas de direito fundamental atribuídas"?

Nenhum juiz ou tribunal, pelo menos até o presente momento, chegou a declinar em suas decisões: "A presente decisão é correta porque o falante não produziu nenhuma contradição", ou, então, "o falante somente afirmou aquilo em que ele mesmo acredita".

Que tipo de solução a teoria da argumentação apresenta para o problema da discricionariedade, em face da inevitabilidade da discricionariedade, como evitar a arbitrariedade interpretativa?

A ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito. A ponderação está ligada à discricionariedade e esta não escapa do positivismo, que tem nela o seu ponto de estofo. Tudo isso não permite que eles saiam dos braços da filosofia da consciência, que depende do *subjectum*.

Em sentido oposto, encontra-se Dworkin (2001). Para o jusfilósofo norte-americano, a discricionariedade é um problema. Enquanto Alexy (2003) compreende os princípios como mandados de otimização que pressupõem, em sua *aplicatio*, a manutenção do juízo discricional; Dworkin (2001) os concebe como normas socialmente reconhecidas e que denotam a comunidade de uma tradição jurídica. Assim, o ordenamento é formado por regras e princípios, de forma que o direito teria a resposta correta, sendo injustificável a necessidade de um juiz decidir discricionariamente.

A ponderação, seja a alexyana ou aquela praticada no Brasil, como qualquer método, tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e, depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação. Esta abordagem em muito se aproxima de um pragmatismo que Dworkin intentou suplantar. O direito como uma interpretação colaborativa, como um romance em cadeia, impõe uma vinculação histórica, um dever de coerência e integridade que transcende o eu a caminho do nós. Dito de outro modo: Alexy perpetua um paradigma da subjetividade, enquanto Dworkin desenvolve sua perspectiva teórica assentado num paradigma de intersubjetividade.

Em tempos pós-positivistas, a discricionariedade é um problema, pois se manteve em todas as versões do jus positivismo. Se o que se propõe é meramente uma racionalização do juízo discricional, assumindo sua inevitabilidade. Desse modo, notadamente Dworkin (2001) afasta-se de Alexy (2003) por entender esta problemática e procurar transcendê-la.

Em outras palavras: talvez o ponto fulcral da discussão seja a relação direito-moral. E, nesse sentido, Dworkin e Alexy divergem acerca do sentido da relação "regra-princípio". A partir de Dworkin, é possível dizer que Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a 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.

O direito presta, portanto, legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política lhe garante coercitividade. Concebendo a política como comunidade, o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política, há uma complicação entre eles na constituição do político.

Na mesma linha, ainda com relação ao que postula Dworkin, a necessidade de uma justificação moral mais abrangente para a teoria jurídica não pode significar que o direito seja tomado por moralismos pessoalistas.

O direito não ignora a moral, pois o conteúdo de seus princípios depende dessa informação. Todavia, quando o direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios, tampouco aceitar que eles sejam qualquer moral. O direito limita os moralismos aos limites dos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris: Vol. 16, n. 2, p. 131-40, 2003.

BARCELLOS A. P. de. A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In: LEITE: G. S. **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12350666701742181819O1.pdf.> Acesso em: 20 mar 2017.

_____. (Org.). **A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FROEHLICH, C. A. **Bioética e direitos além de humanos: um enfoque filosófico-jurídico contemporâneo**. Revista Brasileira de Bioética. v. 2, nº 1, 2006, p. 57.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Luiz Lenio. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, pp. 343-367, 2013.

_____. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "O Problema da Discricionaridade dos Juizes.** Unisinos: Anima – Revista Eletrônica, 2009.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**. Vol. 3. Unisinos. janeiro-junho de 2011.

Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. **CANOTILHO**. **J.J**. **Gomes**.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Direito constitucional / *Alexandre de Moraes*. – 28ª ed. São Paulo, Atlas, *2012*

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil** - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.