

ATIVISMO JUDICIAL E CRISE ESTATAL: os perigos de uma postura estamental na interpretação jurídica

Leonardo Zehuri Tovar¹

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir os limites do poder judiciário na aplicação da lei. Serão analisados temas ligados ao ativismo judicial e os limites existentes para a concretização de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional, Ativismo judicial. Política.

JUDICIAL ACTIVISM AND STATE CRISIS : the dangers of a status position in the legal interpretation

Abstract: The purpose of this article is to discuss the limits of the judiciary in law enforcement. The issue of judicial activism and the existing limits for the realization of fundamental rights will be examined.

KEYWORDS: Constitutional Law, Judicial Activism. Policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 2. AFINAL, FORAM SUPERADAS AS POSTURAS ESTAMENTAIS? QUEM É O “PAI DO POVO”?; 3. AS CRISES DO ESTADO E A (RE) DEFINIÇÃO DE SEU PAPEL; 4. CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: A IMPORTÂNCIA DA CÚPULA JUDICIÁRIA; 5 ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: (RE) COLOCANDO O PROBLEMA DO AUMENTO DA LITIGIOSIDADE; 6 A RETIFICAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO CURA PARA A AFASIA SOCIAL BRASILEIRA; 7. A FUNDAMENTAÇÃO

¹ Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV (ES), Pós-Graduado em Direito Público também pela FDV, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória (ES), MBA em Gestão Tributária e Sucessória pela FUCAPE Business School, Professor de Cursos de Pós-Graduação, autor de artigos e livros jurídicos, membro do grupo de pesquisa "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional" (FDV), membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro, membro do Instituto Mineiro de Direito Processual, Procurador do Município de Vitória (ES), Advogado militante, com atuação preponderante no Contencioso Cível, Tributário e Consultoria. www.zehuritovar.com.br / leonardo@zehuritovar.com.br.

DAS DECISÕES JUDICIAIS NÃO SE CONFUNDE COM A MERA EXPLICAÇÃO DESTAS; 8 COCLUSÃO; 9 REFERENCIAS

INTRODUÇÃO

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

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

O artigo foi, então, dividido da seguinte maneira. No tópico ‘2’ será discutida questão atinente à eventual superação de posturas, ditas, dotadas de viés estamental, até para que se possa responder se o judiciário é uma espécie de “pai do povo”. Passa-se a delimitar a relevância de um constitucionalismo dirigente em países como o Brasil, dando-se enfoque à projeção que o Poder Judiciário assume na contemporaneidade. A partir disso, já no tópico ‘3’, são traçadas linhas acerca da judicialização da política, das diferenças para com o ativismo, bem como as razões pelas quais, nesta quadra da história, o aumento da litigiosidade é inerente ao arranjo institucional brasileiro. Após, no tópico ‘4’, prossegue-se com a análise da (i)legitimidade da pretensão de se depositar no judiciário um olhar reificador, como se este poder fosse dotado de um “remédio” para cura da afasia social brasileira. Ao fim, delinea-se porque razão a motivação das decisões assume tamanha relevância na contemporaneidade.

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

2. AFINAL, FORAM SUPERADAS AS POSTURAS ESTAMENTAIS? QUEM É O “PAI DO POVO”?

A Europa, no século XVIII, em meio às revoluções burguesas, presenciou a elaboração de diversos mecanismos de contenção do despotismo monárquico, o mesmo se diga quanto à importância das treze colônias norte-americanas e de sua grande influência para o constitucionalismo; fortaleceu-se a ideia de supremacia constitucional a partir de instrumentos de contenção das arbitrariedades do executivo e do legislativo. Ocorre que aqui, no Brasil, muitas destas questões foram trazidas de maneira incoerente, talvez por força da existência do chamado estamento burocrático, responsável pela importação de das experiências europeias e norte-americanas vivenciadas e experimentadas durante seus respectivos movimentos revolucionários. Pode-se adiantar que no Brasil o domínio estamental não só se sobrepôs ao direito, mas passou a utilizar determinados mecanismos em causa própria, algo que prejudica o fortalecimento da jurisdição constitucional e que impede a limitação do poder de “dizer o direito”.

Quando se fala em estamento logo vem à mente a ideias de Raymundo Faoro, e, de pronto pode se indagar: suas intelecções mantêm aplicação prática nos tempos atuais? Ou ainda, tal como advertia Nietzsche: os crentes e os convictos, os homens de ação são sempre os que querem sangue, são os donos da verdade e depois transformam-se nos donos do poder. Isto é correto? No que diz respeito à interpretação jurídica, há algum foro de procedência nisso?

Com efeito, a principal obra de Faoro é denominada os Donos do Poder e fora publicada em 1958, vindo a ser posteriormente reeditada nos anos 70. A obra tem como objeto a busca das origens do nosso sistema político em Portugal, em especial sua estrutura de dominação de caráter patrimonial. Por ela, o autor revela, sinteticamente e no que interessa ao presente, que abaixo do rei subsistiam apenas delegados de sua ordem e não uma nobreza autônoma; súditos e subordinados, incluindo-se aqui os serventuários militares eram pelos cofres da coroa. Daí se vê que uma característica marcante do pensamento de Faoro é a inexistência de separação entre público e privado, mesmo porque a administração dos territórios não era implementada feita como se fosse propriedade do senhor; ao contrário, estava ligada ao estamento, não no sentido aristocrático, mas burocrático, modernizando-se com o Estado.

Melhor delineando até para que fique claro: o estamento, sob as luzes de Faoro, seria uma espécie de relação pautada pela influência sobre as decisões, fontes e recursos do poder. São os homens que “mandam” e que se entendem como os executores e dirigentes das decisões do Estado. Pode-se, desta sorte, sentir sua presença mas não se pode vê-los, algo que denota um parasitismo social ou uma nítida distinção entre Estado e Nação, sendo o primeiro algo obsoleto e vexatório e que promove reformas fictícias. Ou seja, os sujeitos políticos são, por um lado, o estamento e por outro, o povo, que, súplice, inerte e ausente, aplaude ou fica bestializado, já que a centralização e primazia do Estado conduz à condição de espera por parte do povo, o qual fica à espera de pretensos “salvadores”. Em outra obra, chega o autor a dizer: “Nem o povo está presente, nem a nação ocupa seu espaço, senão que, acima deles, se congrega uma classe política, armada e estamentalmente cimentada²”.

Não é difícil perceber que em um ambiente estamental a luta de classes é elidida, porquanto todos estão submetidos de algum modo ao jugo do Estado. As concessões são mínimas e feitas tão-só para manter a ordem dominante; transações, sempre de cima para baixo, tudo com o objetivo de manter a férrea estrutura estatal, num ambiente pernicioso em que as classes não conseguem se expandir. O estamento tolhe isso ao se projetar de cima para baixo. O Estado está, assim, sempre “tutelando” o empresariado, de maneira que se fala em um liberalismo maculado e deturpado ou em um capitalismo politicamente orientado. É o Estado que, acima de tudo, empreende e aqui cabe a fala do próprio Faoro: “tire-se do capitalismo brasileiro o Estado e pouco sobrará: não sobrará sequer a empresa multinacional, tão protegida como a diretamente estatal e a indiretamente favorecida³”.

A partir desse quadro é que se observa que o estamento se coloca acima de setores da sociedade, posicionando-se sobranceiramente no melhor lugar à luz de um desígnio privado de promoção da defesa de interesses privados, porquanto, como

² FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: A legitimidade Recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 70.

³ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista USP. São Paulo, n° 17, 1993, p. 26.

se viu, para tal “nobre” setor, o público e o privado, longe de se separarem, confundem-se. O Estado pouco serve para concretizar promessas constitucionais democráticas; serve, ao revés, para sustentar privilégios particulares, de maneira que, infelizmente, mostra-se precisa a advertência de Sergio Buarque de Holanda para quem: “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido⁴”. Aliás, é de Faoro a atualíssima passagem adiante:

Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores⁵.

A modernidade se submete, pois, à tradição, de maneira que o novo convive com o velho, ou melhor, olha-se o novo “com os olhos do velho”, mantendo-se a inércia do passado, sem dúvida mais forte, a ponto de recobrir as tentativas do “novo”. O que parece evidente é que um olhar diverso se impõe! Ora, com vistas ao adequado atendimento das demandas sociais e econômicas de nossa história, não é complicado depreender que o Estado precisa ser mais eficiente em suas ações políticas e jurídicas. Por isso, imperiosa a presença de um Estado constitucionalmente forte e eficiente, não no simplório sentido de ente que se impõe coercitivamente, mas no complexo viés de fortalecimento e consolidação das instituições, democraticamente e constitucionalmente previstas, com vistas a que todas, em conjunto, sejam capazes de promover a chamada concretização das promessas constitucionais da modernidade.

O que se pretende deixar claro é: para fortalecer esse novo modelo de Estado, a Constituição democrática deve ser olhada a com os olhos “do novo”, deixando para traz o “velho” estamento. Compreender o Estado Democrático de Direito a partir de pré-juízos tidos como ranço de uma sociedade estamental obstaculizará em demasia possibilidades de construção desse modelo estatal que se postula e que é, acima de tudo: novo!

⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 160.

⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 824.

O fortalecimento das instituições (no plural) denota que não se pode crer na primazia absoluta do legislativo, tampouco do executivo, muito menos do judiciário, este último aqui amiúde no decorrer do texto. Acerta, por tal razão, Antoine Garapon ao tratar do contemporaneamente reservado a este último poder. Na conhecida obra “O Guardador de Promessas”, Garapon revela que hodiernamente há quem enxergue os juízes como os “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares”, de forma que o órgão judicante passa a ser uma espécie de árbitro das boas maneiras e dos bons costumes.

3. AS CRISES DO ESTADO E A (RE) DEFINIÇÃO DE SEU PAPEL.

Com efeito, seguindo os passos de José Luis Bolzan de Moraes o Estado passa por uma crise, de forma que suas atribuições são redefinidas nessa quadra da história. Na consagrada obra “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos”, o autor sugere que as crises estatais podem ser alocadas da seguinte maneira: conceitual, estrutural, institucional, funcional e política.

A crise conceitual é caracterizada pela dificuldade que se têm de conceituar a contento o Estado, porquanto seus elementos clássicos ou sofreram passam por ressignificações ou não mais caracterizam o Estado de modo satisfatória. Sabe-se que os elementos constitutivos do Estado (povo, soberania e território) já não se mostram suficientes para sua definição. Como exemplo, a própria soberania é conceito a ser revisto, dada a nova realidade mundial, razão porque, com acerto aduz o autor que falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem⁶.

O conceito de povo, de igual maneira, sofre alterações em sua essência, podendo-se aqui citar como breve exemplo, na América do Sul, a Constituição da Bolívia, na qual se observa o reconhecimento do Estado, mas a existência de mais de um povo,

⁶ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

com sistemas jurídicos estanques e peculiares, tudo a fornecer guarida às tradições locais.

Já a crise estrutural está umbilicalmente relacionada ao fim do Estado de bem-estar social⁷⁸, fundada, dentre outras em uma crise fiscal⁹. Fala-se também em uma crise ideológica, refletida em uma crise filosófica, que versa sobre os fundamentos de tal Estado. O que dizer de uma crise institucional, decorrente do processo de desconstitucionalização, cujo personagem principal é o neoliberalismo¹⁰. Aqui, enxerga-se um abismo entre as promessas constitucionais e o que de fato se vê na prática cotidiana. Ainda, é viável que se visualize uma crise política, por força da má-representação, algo que coloca em xeque a noção de democracia representativa Brasil.

Aliás, sobre este ponto convém lembrar o que diz Chevalier no que diz respeito à desestabilização, seja do liame político, quanto do vínculo cívico. Para o autor, tal desestabilização ocorre pela desconfiança do povo nos seus representantes, daí a presença de uma crise estrutural, fulcrada na dessacralização da eleição¹¹.

Rememore-se, de mais a mais, a crise funcional. Se originariamente poder-se-ia falar em tripartição de funções estatais, no momento atual, pelo fenômeno cada vez mais presente da judicialização da política e da constante busca pelo Legislativo de

⁷ Sobre o ponto vale conferir a seguinte observação doutrinária de Rosanvallon: “a evolução demográfica, a dissociação crescente entre a esfera dos contribuintes e a dos que têm direito a serviços de apoio, o maior conhecimento das diferenças individuais e entre os grupos se conjugam para destruir a visão securitária da solidariedade” (ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Brasília: UnB, 1997, p. 25).

⁸ Bolzan de Moraes afirma que tal forma estatal é aquela através da qual o cidadão tem direito a ser protegido, por meio de mecanismos/prestações públicas estatais, “contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração”, independentemente de sua situação social, justamente porque “a questão da igualdade aparece – ou deveria aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado**. In. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18).

⁹ O Estado-Social pode ser tido como um modelo estatal através do qual se permite um novo tratamento da questão social, de maneira que esta não é mais vista como um “caso de polícia”, mas sim como um “caso de políticas públicas”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade**. In. **Separata de Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 175-195).

¹⁰ Cabe referenciar neste ponto Rosanvallon para quem o roteiro liberal representa “uma volta atrás”, quiçá, “regressão social”, pois tal roteiro “só tem sentido se inserido na perspectiva cínica de uma coalizão social que se estabeleça em detrimento exclusivo da minoria mais desprotegida da população” (ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Brasília: UnB, 1997, p. 83-84).

¹¹ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

retomar seu papel primeiro, vê-se na sociedade algo diverso: a ampliação do Poder Judiciário e a expansão de seu funcionamento, o que pode, como vem ocorrendo, trazer perigos, porque não raras vezes a Corte Suprema age em ofensa à e em contrariedade com ao Legislativo

Ora, se no Brasil, com a Constituição de 1988, vivenciou-se, no plano teórico-normativo, o histórico marco do Estado Democrático de Direito, com vistas a uma transformação social, na prática todos esses benefícios sociais estão longe de serem implementados, de modo que há uma sobrecarga no Judiciário para que este poder confira a resposta política que, no fundo, pertencia ao Executivo. Este, portanto, o tema a ser enfrentado no próximo tópico.

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

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

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

Um marco histórico a partir do qual os Códigos abdicaram de seu protagonismo em favor das Constituições, que passaram a ser tidas como protagonistas do sistema jurídico. Uma revolução no do direito público, que não passou despercebida pelo

Brasil, tanto assim que a Carta Magna de 1988 detém preocupações que vão além da preservação da liberdade¹² ou da organização orgânico-funcional do Estado.

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

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

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

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

¹² Acerca deste específico tema, aponta-se a existência da chamada “Constituição Garantia”, a qual, na esteira de Gilberto Bercovici, “não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o status quo. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo, não com o procedimento das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável”. In: BERCOVICI, Gilberto, A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Brasília: **Revista do Senado Federal**, a. 36, n. 142, 1999.

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

Desenvolve-se nesse ambiente a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho. Afirma o autor a seriedade e a necessidade de que o Estado promova a implementação de medidas que ampliem a satisfação de demandas de cunho social, tudo a partir de um protagonismo constitucional, cujo papel transformador socioeconômico se afigura como realidade¹³. Melhor minudenciando, para o constitucionalista português, a Carta Constitucional, de cunho dirigente, não é, como já se destacou, um mecanismo jurídico-político-estruturante do Estado; o papel de mero sistema definidor de competências, atribuições funcionais e separação orgânica é diminuto, se considerada a proeminência da Constituição¹⁴, que passa, como também adiantado, a preencher o plano normativo-material holístico da sociedade e do próprio Estado¹⁵.

A busca da concretude dos anseios populares é a fala “em pauta” e a Constituição assume o anteparo da política, que não é mais livre e desvinculada do projeto

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 365.

¹⁴ Acerca desse papel de destaque da Constituição e do modo como ela deve ser visualizada e apreendida, a doutrina, em longa, porém judiciosa e relevante passagem: “O grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam, no sentido formal das palavras, nos contornos do Estado de Direito, quebrando, porém, o velho hibridismo da lógica liberal conjugada com uma práxis autoritária. Parece-me que o princípio legitimador, ainda que muito abstrato e genérico, dessa compatibilização deveria ser impedir que as chamadas funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação. Esse é o risco. Seria preciso portanto ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito uma espécie de repúdio à utilização desvirtuada das necessárias funções sociais como instrumento de poder, porque isso destruiria o Estado de Direito e com isso se perverteria a base do Estado Social que estaria então desnaturado. Em consequência, o Estado Democrático de Direito perderia o seu contorno constitucional.

Mas a recíproca também é verdadeira.

Também não se pode levar à interpretação da constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação da lei. A lei constitucional chama-se lei apenas por metáfora, ela não é lei igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. Então ela não deve se submeter àquele puro formalismo sob a pena de fazermos o inverso, isto é, tirarmos um grupo contra outro e impedirmos a realização do Estado Social. O difícil é fazer essa composição sem apelar para as rupturas que se pervertem no seu próprio curso. E esta dificuldade é, afinal, o grande desafio que vive, hoje, a experiência constitucional brasileira. (In: Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 17, p. 38, Out / 1996).

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18-19.

constitucional¹⁶. É preciso deixar claro, entretanto: a Constituição dirigente¹⁷ não tem em mira anular o debate político, mas apenas dar a ele limites, sujeito à força do programa estabelecido pelas normas constitucionais.

Esse projeto de ação constitucional aberto, planejado por José Joaquim Gomes Canotilho, voltado ao futuro e que carece, via de regra, de outras providências normativas complementares, foi pelo autor revisto, a ponto de em um primeiro momento ter ele decretado “a morte da Constituição Dirigente”¹⁸. Resumidamente, podem ser apontados alguns imbróglis que, ao ver de Canotilho, fizeram com que o constitucionalismo dirigente titubeasse e não absorvesse seu papel. Como bem delimita Bernardo Gonçalves Fernandes¹⁹:

- Problemas de inclusão: o desafio de materialização do direito, que faz com que a constituição dirigente se assumia como um estatuto jurídico do político, acaba por ocultar a “rebeldia” desse político em se subordinar a uma normatização que concretize diversas práticas sociais plurais. Com Luhmann, vemos que a cada sistema é dotado de uma autorreferenciabilidade e uma auto-organização, o que parece espaçar aos defensores da constituição dirigente.
- Problemas de referência: a constituição dirigente não consegue ultrapassar uma abordagem clássica quanto ao seu sujeito de referência – o indivíduo –, e com isso, olvida-se das novas configurações sociais, como as entidades organizadas de cunho multinacional ou atores sociais neocorporativos.
- Problemas de reflexibilidade: a constituição dirigente ainda opera sob uma compreensão da racionalidade clássica (teleológica), razão pela qual vai cada vez mais se mostrando incapaz de justificar coerentemente um conjunto unitário de respostas normativas ante o aumento de complexidade de demandas provindas do sistema social. A perspectiva clássica (atrelada ainda às bases de um direito positivista – ou mesmo realista) não suporta as exigências de fundamentação atuais, não encontrando legitimação em uma sociedade tão diferenciada em função dos múltiplos projetos e concepções de vida.
- Problemas de universalização: a pretensão de universalização das normas contidas na constituição dirigente se torna ameaçada por não conseguir adaptar ou mesmo traduzir para os diálogos particulares as novas realidades (mercado, sistemas de informações, alta tecnologia, conglomerados empresariais).

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 12.

¹⁷ Fábio Konder Comparato sublinha que “as Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos obviamente coordenados àqueles. Na Constituição brasileira 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3.º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. (...)” (In: **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. RT 737/19).

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas Constitucionais**. p. XXIX.

¹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 83-84.

- Problemas de materialização do direito: o constitucionalismo dirigente acabou assumindo um papel de supradiscurso social, esvaziando os diferentes diálogos constitucionais (sobre o meio ambiente, o direito dos consumidores, o biodireito etc.), trazendo uma perda de contextualização. Com isso, decorreu uma dificuldade de contextualização capaz de imprimir mudanças e inovação na ordem jurídica.
- Problemas de reinvenção do território estatal: a constituição dirigente operava, exclusivamente, sob a lógica da incidência de suas normas sob um determinado território, de modo que não respondia às questões de supranacionalização e internacionalização do direito constitucional.

Diante de tais problemas o constitucionalista português passa a advogar um *constitucionalismo moralmente reflexivo*. Deveria este ser entendido como a substituição de um direito impositivo-dirigente, e que, contudo, se mostra ineficaz. A constituição dirigente desiste deste espaço privilegiado para dar lugar à transnacionalização e globalização. Em outros dizeres: o direito constitucional trocaria a função de dirigismo para assumir o papel de dirigido, exatamente porque, no primeiro caso, o constitucionalismo dirigente não levou em conta a complexidade do mundo e as consequências causadas pelas integrações entre as nações, de maneira que uma teoria da constituição se fazia necessária²⁰.

A advertência de Nelson Camatta, entretanto, é precisa: “...após as discussões entre juristas brasileiros e o próprio autor português no seminário intitulado ‘Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho’, perceberam que a morte apresentada pelo autor era relativa, pois tal teoria não teria falecido, e sim amadurecido, emancipado e alcançado novos horizontes significativos²¹”.

O que “morre” é um paradigma de Estado e de sociedade presente em décadas anteriores; o dirigismo – que não está “enterrado” passa da imposição para a reflexão, algo que, no entanto, não eliminou a chamada judicialização da política que decorre exatamente da constituição dirigente e das necessárias transformações

²⁰ Nas palavras de Canotilho: “A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’. Referimo-nos ao contrato para as ‘necessidades globais’ – remover as desigualdades, – o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas –, contrato democrático – democracia como governo global, e contrato do planeta terra – desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção.” (In: “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 127-128).

²¹ MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 88-89.

sociais, no que ganha relevo a cúpula judiciária. Na precisa pontuação de José Luiz Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck:

É evidente que tais afirmações devem ser contextualizadas. Com efeito, a afirmação de Canotilho vem acompanhada e uma explicação, no sentido de que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Entendo, assim, que a afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária²².

O problema é quando esse papel de relevo faz com que importância seja confundida com ausência irrestrita de controle, como se a única *receita* de concretização da constituição estivesse em mãos do poder judiciário, algo pueril e inoportuno²³, ou mesmo na produção de normas constitucionais, e aqui a inocência se repetiria, mas em prol do poder legislativo. Isto, todavia, será melhor delineado adiante.

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

Com efeito, do que se expôs no tópico supra, vê-se que a constituição dirigente e a falta de implementação de seus planos e diretrizes²⁴ leva à ascensão, notadamente, do judiciário, porquanto se presencia uma crescente judicialização da vida, e, em muitos momentos, a uma postura ativista, como será visualizado amiúde no decorrer do texto.

²² MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. 2ª Tir. 2012. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 107.

²³ Acertada a reflexão de João Maurício Adeodato: “no início dos anos 90, os juristas mais progressistas buscavam um discurso mais alternativo, em alguns casos até antiestatal. Os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas. Mas não se deve idealizar que a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, seja panacéia para resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta, tais como educação, previdência, fome e violência. Do mesmo modo que a constitucionalização de opções generalizadas, ou seja, construir novos e novos textos constitucionais, por intermédio de emendas e outros meios legiferantes, tampouco o é. É ingênua essa visão messiânica da jurisdição constitucional e das competências do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas”. (In: ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203).

²⁴ Veja o que diz Nelson Camatta Moreira a esse respeito: “Por um lado, verifica-se que a desigualdade na distribuição de recursos materiais mínimos, que assola a triste realidade social brasileira, associada ao inexistente/inoperante Estado Social do século XX, no Brasil, deixou marcas negativas indelévels na tentativa de concretização de um projeto de nação e, por isso, há, cada vez mais viva, a premente necessidade da existência de uma Constituição Dirigente”. (In: MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 101).

Muitas questões importantes, tanto sob um viés político, social ou moral, passam pelo crivo do poder judiciário. Daí, fala-se em judicialização da política²⁵, quando o papel do poder judiciário é potencializado após a passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito, arrastando-se o polo de tensão do Executivo e Legislativo exatamente para aquele primeiro poder (o judiciário).

São muitas, como se percebe, as causas para tal fenômeno, mas, cotidianamente, podem ser detectadas ao menos três: *a um*, o judiciário, é, ao fim e ao cabo, o maior protetor dos direitos fundamentais; *a dois*, política majoritária²⁶ nem sempre é palco de satisfação dos interesses de *desprivilegiados*; *a três*, por diversas ocasiões o executivo e o legislativo se mantém inertes em questões de grande interesse e não sobra alternativa ao judiciário senão atuar, lembrando-se que isso é hoje ainda mais facilitado pela inserção do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, CF), bem como em função de a Constituição regular inúmeras matérias, proporcionando a atuação da jurisdição constitucional com um alcance e profundidade ainda maior²⁷.

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

²⁵ De acordo com Lenio Streck: “Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário”. (In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 190).

²⁶ Com efeito, discussão envolvendo a legitimidade de os tribunais interferirem nas decisões adotadas por representantes majoritários, fundada no fato de que seus membros não são eleitos democraticamente, é alcunhada de dificuldade contramajoritária. Acerca das origens do termo: cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. London: Yale University Press, 1986.

²⁷ É viável elencar como fatores que proporcionam a judicialização da política ainda, (i) a criação de juizados de pequenas causas; (ii) a institucionalização da *class action* e o grande número de legitimados; (iii) a invasão do direito em aspectos da vida social, como se dá, por exemplo, com regramentos voltados a setores vulneráveis (consumidores, idosos, crianças e adolescentes, etc), que demandam maior atuação do juiz, inversões de ônus probatório, dentre outros; (iv) o controle de constitucionalidade das leis. (In: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; Salles, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**, vol. 19, n. 2, p. 41)

reflexões democráticas, o papel do judiciário²⁸. Delimitando o ativismo a doutrina de Lenio Luiz Streck:

(...) um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)²⁹.

Há, pois, como se percebe uma diferença entre judicialização da política³⁰ e ativismo judicial. O ativismo judicial, no restrito sentido aqui delineado, é, acima de tudo, a postura proativa do poder judiciário, cuja prática promove interferência significativa nas atividades e opções políticas dos demais poderes. Ou seja: no ativismo o fenômeno deriva da vontade do intérprete proativo, ao passo que na judicialização a postura judiciária está mais ligada à concretização das promessas constituintes³¹. Talvez por isso, seja acertada a ilação de Garapon quando afirma que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar³²”

²⁸ Uma oportuna explicitação doutrinária: “No campo processual e de aplicação dos direitos, sabe-se que transitamos da perspectiva do liberalismo processual, característica do século XVIII e XIX, para a perspectiva da socialização do processo, no século XX, e que esta objetivava, segundo uma prestigiosa doutrina, a aceleração do processo com um rápido restabelecimento da paz jurídica, mas sem impor a onipotência estatal no campo do processo com o auxílio do juiz.

Os aportes teóricos desse novo papel do Judiciário que deveria compensar os déficits de igualdade material na sociedade, com um papel consequencialista (de antevisão dos impactos decisórios no campo político, econômico e social) foram inaugurados, entre outros (apesar de terem ganhado maior projeção no segundo pós-guerra), na doutrina austríaca de Klein e Menger.

Essas ponderações doutrinárias típicas das últimas décadas do século XIX e primeiras décadas do século XX retratavam uma tentativa de combate aos processos extremamente formais onde o papel do julgador era reduzido a uma figura meramente espectadora; típicas do Estado Liberal.

Ocorre que a partir do segundo pós-guerra e da estruturação de Tribunais Constitucionais, como já dito, vai se atribuindo um novo fôlego ao ativismo judicial, concebendo-se a função do juiz como a função de garantidor das promessas e de engenheiro social”. (In: THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. vol. 189. São Paulo: Ed. RT, nov. 2010).

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

³⁰ Acerca da judicialização da política no Brasil, Gisele Cittadino: “Nos casos em que a história constitucional é marcada por rupturas e não por continuidades, quando não é possível apelar para uma “comunidade de destino” ou para a “confiança antropológica nas tradições”, o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, através do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito.” (CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. ALCEU, 2004, p. 110).

³¹ Paganelli, Celso Jefferson Messias; Ignacio Junior, José Antonio Gomes; Simões, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 133.

³² GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 54.

De mais a mais, retomando-se a discussão, como bem obtemperou Lenio Luiz Streck³³, o novo texto constitucional superou o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Para o autor, neste momento, o direito não é mais ordenador e nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e, ao mesmo tempo, da democracia em nosso Estado Democrático de Direito. Ou ainda, na terminologia de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Os direitos sociais, produto típico do Estado do Bem-Estar Social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados³⁴.

O último autor vai longe e chega a dizer que a posição do juiz fora alterada, porquanto é ele um corresponsável pelo implemento das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social³⁵, o que, todavia, nos parece tão correto, pelo que adiante se dirá.

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

A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República (LGL\1988\3). Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo STF, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário,

³³ Streck, Lenio Luiz. **Verdade e consenso** - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 1-16.

³⁴ In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista USP** 21/18.

³⁵ *Idem*, p. 18.

de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República (LGL\1988\3), muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o STF, ao suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República³⁶.

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

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

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

... será justificada a atuação da jurisdição constitucional, ainda que extrapole, razoavelmente, as funções tradicionalmente exercidas por outros poderes, observando-se, impreterivelmente, as demais conquistas do Estado de Direito como respeito aos direitos fundamentais e ao princípio republicano, fortalecedores da cidadania. Trata-se, portanto, conforme Garapon, de um processo *natural* desenvolvido no interior de um Estado Democrático, até porque a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos próprios políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isso tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico³⁷.

Acertada a ponderação. Isto porque, se é fato que o ativismo implica um problema para a separação de poderes, também o é que a inércia de um dos demais poderes

³⁶ STF, ADIn 4.277/DF, Pleno, j. 05.05.2011, rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.10.2011.

³⁷ MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 112-113.

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

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

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

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

Sustenta-se aqui uma relação de cooriginalidade entre Direito e moral, nos moldes habermasianos, autor que afirma essa imbricação e o caráter de complementariedade entre o direito positivo e a moral³⁸.

É importante, ademais, frisar, com respaldo doutrinário, lembrar que esta cooriginariedade de modo algum justifica a perenização do direito, afinal, se por um lado não se pode cogitar de verdadeira democracia sem Constituição, daí sobrevindo a necessária limitação da vontade de maiorias contingenciais, isto não significa que o direito se volte apenas ao passado. Sendo mais preciso: a tensão

³⁸ Uma passagem do autor demonstra essa imbricação. Segundo Habermas: “a legitimidade pode ser obtida através da legalidade na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à própria racionalidade procedimental” (In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade.** [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 203).

entre constitucionalismo e democracia³⁹ conduz à afirmação de que o poder constituinte originário não pode ser permanente, sob pena de ser inviabilizado o próprio exercício democrático, mesmo porque as promessas constitucionais da modernidade não estão finalizadas. Acerta, nesse passo, a doutrina que explicita que o poder constituinte originário deve passar por aperfeiçoamentos:

Imaginá-lo [o poder constituinte originário] sempre incondicional e absoluto é reforçar o seu lado mítico inescapável, mas não sobressalente. Absoluto talvez seja o momento da violência enquanto violência, o saldo de sangue e carnificina, esse espetáculo da sordidez humana, mas até nesse instante de desvario há sempre uma ideia de direito e de justiça subjacente à luta⁴⁰.

Consequentemente, no ato de decidir é importante que o judiciário tenha em mira sua precípua função: aplicar de forma imparcial as normas jurídicas, e aqui, evolui-se, tendo em mira os direitos fundamentais, que são permanentemente abertos, mutáveis⁴¹ e cujo escopo maior é a afirmação da cidadania⁴². É preciso deixar algo claro, todavia: apesar de se falar em função precípua do poder judiciário, não se está aqui afirmando a *velha* separação de poderes nos moldes de Montesquieu. Esse modelo clássico de separação, de feição liberal, não é capaz, hoje, de dar conta da complexidade dos sistemas sociais e da ordem jurídica, em especial a função estatal (de tantos órgãos e até da sociedade) de implementação de direitos fundamentais tão amplos e de espectro tão diverso⁴³.

³⁹ Veja-se, pois, que, subsiste forte tensão entre democracia e constitucionalismo; é este último fenômeno que limita a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, os quais, como é curial, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais.

das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.

⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria e Prática do Poder Constituinte**. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 24.

⁴¹ Cabe a referência aqui ao pensamento de Alexander Bickel, autor que destaca que o conteúdo decisório dos julgamentos da Suprema Corte perduram por uma ou duas gerações, algo que se faz suficiente para preocupações ante a mutabilidade referida. (BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 244-245).

⁴² CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 36.

⁴³ Conferir, por exemplo: ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria Camppos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O que não se admite, fechando-se esse raciocínio, é que o judiciário, mesmo que sob o argumento da proteção dos direitos fundamentais, exerce na fundamentação de suas decisões discurso típico do legislativo⁴⁴, porquanto isso abalaria a democracia e o Estado Democrático de Direito⁴⁵. O judiciário é um poder de Estado e pode, claro, contribuir para o debate⁴⁶, mas não é o senhor dele⁴⁷.

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

Se é inegável que o Estado Democrático de Direito canaliza para o judiciário um foco de atenção, o fato é que isto não pode ser confundido com uma outorga de poderes, sem qualquer controle. Claro, afinal se judicialização é um fenômeno que decorre de fatores, como inércia de poderes no cumprimento das promessas constitucionais, o ativismo⁴⁸ é o desvirtuamento da atuação deste proeminente poder, que o poder judiciário.

⁴⁴ Oportuna aqui a alusão à proposta de Jeremy Waldron a respeito da dignidade da legislação. In: WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Nas palavras do autor mencionado: “As pessoas convenceram-se que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões deste caráter” (idem, p.5).

⁴⁵ Talvez isso tenha ocorrido quando a 1.ª Turma do STF, negou provimento ao RE 368.564, interposto pela União contra autorização do TRF-1.ª Região para realização de tratamento em Havana, Cuba. Tratava-se de um certo número de portadores de uma doença chamada retinose pigmentar, cuja evolução é a perda progressiva da visão. Muito embora apresentado laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) no qual fora destacado não existir tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil, mesmo à mingua de cura atestada e dos custos inerentes, somado à impossibilidade de generalização, o STF decidiu autorizar o tratamento, negando com isso o recurso, e o fez sob o argumento de não cabe ao magistrado frustrar a esperança de pessoas.

⁴⁶ Waldron, por exemplo, discorda da posição que vê no judiciário o ambiente adequado para decidir questões políticas: “O pensamento parece ser que os tribunais com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter. [...] Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam? Por que é esse o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto quanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos de conceito?” (WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-13).

⁴⁷ Arvorar-se na condição de “senhor do debate” é postura que merece rechaço, como bem observou a doutrina: “Ativismo judicial e soberania judicial – exemplo mais extremado, irremediavelmente antidemocrático e aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial. A corte se coloca como titular da palavra final ou mesmo da única palavra sobre o que significa a Constituição”. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 349).

⁴⁸ Uma conceituação que merece lembrança é a de Elival da Silva Ramos: “O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza

Viu-se que diante da inércia dos demais poderes, abriu-se espaço para que o judiciário suprisse tais lacunas⁴⁹, exercendo um papel de protagonismo⁵⁰, o que não quer dizer que, v.g, inexistindo tais omissões de poder, causadoras de lesão efetiva ou potencial de direitos fundamentais, o Judiciário se imiscua a proferir decisões de cunho tipicamente político⁵¹. Afinal, como bem lembra João Maurício Adeodato: “... nem toda concretização do direito se dá a partir de lides levadas ao judiciário⁵²”. E é a partir de tal reflexão que João Maurício Adeodato, acertadamente, detectou problemas inerentes à aplicação do direito, como se denota, *verbis*:

O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como um ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuismo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica⁵³.

objetiva (conflitos normativos).” (In: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial - Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

⁴⁹ Registra-se nesse ponto a doutrina de Bickel, um voraz crítico do ativismo judicial. O autor observa que a política é uma projeção da maioria e que o governo deve pautar seu planejamento decisório a partir desse majoritarismo, que é refletido no âmbito do Poder Executivo e do Legislativo. Logo, o Judiciário que adentra nessa governança, aos olhos do autor, desequilibra o jogo democrático. (Bickel, Alexander, **The Last Dangerous Branch, New Haven and London: Yale University Press, 1986**).

⁵⁰ A respeito do ativismo do STF e de seu protagonismo na república, a doutrina: “Foi-se o tempo, portanto, quando apenas a política julgava o Supremo. A Corte de hoje julga a política, determina alguns de seus resultados e ainda, eventualmente, a condena. (...). Aliás, chegamos ao nível *tocquevilliano* de que dificilmente algum tema, mesmo de baixo impacto político e social, escapa à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. E, no exercício desse *protagonismo institucional*, o Supremo tem respondido às questões cruciais, fundado, principalmente, no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial. (In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 257).

⁵¹ Descrevendo o fenômeno a partir de uma perspectiva Retórica, João Maurício Adeodato: “O crescimento de importância da retórica forense, contudo, em detrimento da retórica deliberativa classicamente característica do Poder Legislativo, pode ser observado no Brasil, no caso da autorização para aborto (antecipação terapêutica do parto) de nascituros meroencefálicos, ou no caso do mandado de injunção sobre a greve de funcionários públicos, importantes questões de direito material decididas por juízes diante de um caso concreto no decorrer de um processo, afastando-se da tipologia de que a retórica deliberativa caracterizaria somente o discurso legislativo. Magistrados, cuja retórica forense dirigir-se-ia ao passado, passam a deter também a retórica deliberativa, orientada para o futuro (...). (In: ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 252).

⁵² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

⁵³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211;

Nesse diapasão, é equivocado autorizar o Poder Judiciário a fazer política, quanto mais se isso é levado a cabo sem maiores reflexões por pessoas que não se apresentam como legítimos representantes da democracia⁵⁴, valendo até mesmo destacar que o constitucionalismo democrático que possibilita a judicialização da política (v.g para estancar a inércia dos demais poderes, é o mesmo que confere a noção de controle, limitando o exercício do poder⁵⁵).

7. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NÃO SE CONFUNDE COM A MERA EXPLICAÇÃO DESTAS.

Em tempos de judicialização da vida (e até de ativismos, como se viu) é preciso que se confira a devida importância à fundamentação dos atos e decisões judiciais. A decisão, insiste-se, tem de ser fundamentada em seu sentido mais profícuo, porquanto só assim será possível um efetivo controle da atividade judiciária, algo inerente à ideia de Estado de Direito Democrático. Por isso é viável dizer que a fundamentação das decisões judiciais é uma das mais relevantes finalidades de um processo que pretende ser qualificado como democrático.

Ora, acima de tudo, tem-se uma responsabilidade política dos juízes (Dworkin), de forma que estes, no ato de julgar, estão atrelados a um todo coerente e integrado: o Direito. Daí a noção de integridade, a qual perpassa pelo resgate principiológico da história institucional do direito, que está a condicionar o intérprete.

⁵⁴ Vide, por exemplo, a passagem de Mark Tushnet, *In: Taking the constitution away from the courts*, 1999, p. 177: “Os liberais (progressistas) de hoje parecem ter um profundo medo do processo eleitoral. Cultivam um entusiasmo no controle judicial que não se justifica, diante das experiências recentes. Tudo porque têm medo do que o povo pode fazer”.

⁵⁵ Existem até posições radicais que sugerem a impossibilidade do *judicial review* por parte do judiciário, como defendeu Tushnet ao sustentar a edição de emenda à Constituição norte-americana para extirpar tal prática. Eis o teor sugerido: “Exceto quando autorizado pelo Congresso, nenhum tribunal dos Estados Unidos ou dos Estados possuirá o poder para revisar a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso nacional ou pelos legislativos estaduais” (TUSHNET, Mark. **Democracy Versus Judicial Review**. Dissent, vol. 41, 2005. Disponível em «<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>», acesso em 18 de dezembro de 2014). Ainda sobre o ponto Alexander Bickel, em uma pertinente passagem: “Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, (...) ela frustra a vontade dos representantes do povo real (...); ela exerce controle não em nome da maioria prevalecente mas contra essa maioria. Portanto, mesmo assumindo que o processo político de representação é freqüentemente imperfeito e que os juízes não são, como tradicionalmente se alega, politicamente insensíveis, nada pode alterar a realidade essencial de que o *judicial review* é uma instituição anômala na democracia americana”. (BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. New Haven: Yale University, 1986, p. 17-19).

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

Em outra terminologia: ao decidir cada singular caso o juiz deve se visualizar como participante de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história. Seu trabalho é continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Deve o magistrado interpretar o que aconteceu antes, exatamente porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁵⁶.

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

começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza⁵⁷.

Diante de tal quadro, o magistrado, conquanto diante, por exemplo, de um caso complexo, tem por dever descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos, mesmo porque, para o autor sob enfoque, a tarefa da jurisdição não é criar direitos, mas promover sim uma tarefa hermenêutico-

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

investigativa. É preciso que se reconstrua, como dito anteriormente, a história institucional de determinada sociedade, respeitando-se o passado, à luz, claro, das particularidades do caso presente, que é sempre aberto a horizonte futuro. Logo, deparando-se com um de um caso concreto o magistrado deve reconstruir “o” direito e não “um” direito, não sendo outra a inteligência de Cattoni de Oliveira:

o julgador, procurando colocar-se na perspectiva de sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o direito (community of principle), deve compreender o Direito positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos básicos (nos termos da tese Law as integrity); e deve participar, criticamente, dessa (re)construção (The chain of Law)⁵⁸.

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

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

A questão não é das mais simples, mas apenas para ficar claro o que se pretende com isso, é preciso destacar que o processo compreensivo (o compreender) é filosófico, ao passo que a compreensão é lógica-argumentativa; a soma de ambos estes processos deságua na interpretação; ou ainda, o processo compreensivo é dá em um nível (o principal) e o de expor a compreensão em outro (secundário), como

⁵⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 152.

bem lembra Lenio Luiz Streck ao tratar daquilo que chama de “bases para a iluminação do compreendido”:

Pode-se dizer, depois de tudo que foi exposto, que a resposta correta à luz da hermenêutica será a ‘resposta hermeneuticamente correta *para aquele caso*, que exsurge na síntese hermenêutica da applicatio. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstrar que, a hermenêutica não pode ser confundida com a teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico). Afinal, se interpretar é explicitar o compreendido (Gadamer), a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservada às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica⁵⁹.

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

E não basta, obviamente, explicitar o fundamento legal (em sentido amplo) da decisão; a justificação deve ser imunizada de subjetivismos, a partir da invocação de argumentos técnico-jurídicos; a sentença tem sim que se referir a todos os argumentos das partes, afinal, “é inadmissível supor que o juiz possa escolher para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhe submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas, algo que, infelizmente é tido como minoritário em nossos tribunais⁶⁰. Se não o fizer, a sentença estará incompleta⁶¹”.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 403.

⁶⁰ *Mutatis mutandis*, o acerto, por outro lado, está com a doutrina adiante: “...fundamentar é exata e precisamente contra-argumentar! Todo ponto de vista da estrutura racional, a fundamentação de uma peça recursal em nada difere da fundamentação da decisão de um recurso: a diferença que existe não está na essência, mas na autoridade que se reveste o pronunciamento, dos argumentos (no sentido lato) das partes, na medida em que sejam acolhidos pela decisão. (...) o Tribunal deve manifestar-se também sobre questões que, a seu ver, são impertinentes, não devendo, pois, figurar na fundamentação propriamente dita, mas no relatório” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005, p. 397).

⁶¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada** – exegese do CPC, arts. 444 a 475. São Paulo: Aide, 1992, p. 103.

De longa data, pois, percebe-se que a exigência de fundamentação decisória é uma proeminente garantia face ao arbítrio e à discricionariedade. O que causa espanto é a recorrente consideração de que o juiz não é obrigado a enfrentar um a um todos os argumentos⁶², a aplicação desmedida de ementas que pouco tem a ver com o caso, a utilização de conceitos indeterminados de maneira abstrata, sem a devida correlação com o caso, etc. Ora, fundamentar é algo tão relevante que possui destaque constitucional (art. 93, IX, CF). E, além disso, como bem aduz a doutrina:

(...) é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Diz Streck que “jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro com base na lei x ou não súmula y’”. Essa escolha “livre” de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitar a interpretação dada pela parte sucumbente⁶³.

Este foi o sentido dado pela própria legislação, porquanto, hoje, com a aprovação do Novo Código de Processo Civil (ainda em período de *vacatio legis*, na data em que escrito o presente texto), passa-se a exigir do magistrado, de modo ainda mais explícito, já que esta necessidade já advinha do texto constitucional, um esforço argumentativo mais íntegro e coerente. Eis, com efeito, o que diz o artigo 489 do Novo CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

⁶² Como mero exemplo, dentre tantos: (...) O julgador não tem que enfrentar todos os argumentos aventados pelas partes, desde que um deles tenha sido suficiente para o julgamento do recurso, nem declinar, a cada passo, a norma de lei em que se funda a decisão, não podendo deixar, isso sim, de apreciar as questões postas, como ocorreu no caso em tela. NEGA-SE PROVIMENTO AOS EMBARGOS. (TJ-RJ - APL: 00258161720128190209 RJ 0025816-17.2012.8.19.0209, Relator: DES. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT, Data de Julgamento: 25/02/2015, VIGÉSIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 27/02/2015 00:00)

⁶³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41-42.

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Pelo dispositivo, percebe-se de maneira bastante nítida a preocupação do legislador em acolher críticas doutrinárias feitas há bastante tempo, tornando, à vista disso, a fundamentação uma necessidade explícita. E não qualquer fundamentação! Uma fundamentação que explicita as razões pelas quais são aceitas ou não uma dada interpretação jurídica estabelecida por qualquer das partes, afinal não se ingressa em juízo apenas para saber a opinião do julgador a respeito de uma das “teses” direcionadas pelas partes; acima de tudo se quer a solução do caso concreto, mas uma solução dada a partir do enfrentamento de todos os argumentos levantados pelas partes e que os considere, de modo sério e detido.

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

6. CONCLUSÕES.

Em suma, viu-se o quão relevante é a necessidade de fortalecimento de um novo modelo de Estado, exatamente porque a Constituição democrática deve ser olhada a com os olhos “do novo”, deixando para traz o um olhar “velho”, típico dos antigos estamentos. Ou seja, para que se compreenda o Estado Democrático de Direito é preciso ultrapassar certos pré-juízos tidos como ranço de uma sociedade estamental, quanto mais se observado a existência de diversas “crises do Estado”, impositivas de uma redefinição de suas balizas conceituais. Por isso se afirmou que ainda presentes nos tempos atuais e que, como visto, obstaculizam as possibilidades de construção de um modelo estatal democrático e que se mostre, acima de tudo, novo, como visto anteriormente.

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

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

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

Sobrevém, por tais fatos, de grande relevância a motivação das decisões judiciais, de maneira a garantir a plena eficácia do art. 93, IX, CF, estabilizando e uniformizando a postura judiciária, seguindo-se no caminho da integridade e coerência, nos moldes dworkinianos e legislativos, já que, hoje, ganha-se muito com a aprovação de dispositivo que deixa explícito o que já se encontrava implícito: fundamentação não é adereço, tampouco se confunde com mera explicação, porquanto se trata de um importante pilar do constitucionalismo democrático.

BIBLIOGRAFIA

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

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

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

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

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

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

BERCOVICI, Gilberto, A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Brasília: **Revista do Senado Federal**, a. 36, n. 142, 1999.

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

BICKEL, Alexander, **The Last Dangerous Branch**, New Haven and London: Yale University Press, 1986.

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

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 17, p. 38, Out / 1996)

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

CARBONEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003;

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

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

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. ALCEU, v. 5, n. 9, p. 105-113 2004.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. RT 737/19.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista USP. São Paulo, nº 17, 1993.

FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: A legitimidade Recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista USP** 21/18.

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

HABERMAS Jürgen. **A Inclusão do Outro - Estudos de Teoria Política**. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**.

Tese de Doutorado. Unisinos, 2013, capítulo 2. Disponível em:
<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**, 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As crises do Estado. In. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. 2ª Tir. 2012. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade. In. **Separata de Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial - Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Tradução de Joel Pimentel de Uihôa. Brasília: UnB, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria e Prática do Poder Constituinte**. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea – Do Positivismo Clássico ao Pós-positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia, GO: Ed. UFG/Brasília, DF: Ed. UNB, 1997.

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

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. vol. 189. São Paulo: Ed. RT, nov. 2010.

TUSHNET, Mark. **Democracy Versus Judicial Review**. Dissent, vol. 41, 2005. Disponível em «<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>», acesso em 18 de dezembro de 2014.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). **Derecho y Filosofía**. Alfa, Barcelona-Caracas: Alfa, 1985.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**, vol. 19, n. 2, p. 41.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case against Judicial Review**. Yale Law Journal, Vol. 115, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.