

Márcio da Silva Santos Coutinho

Instituto Positive De Educação
Tecnológica, IP, Brasil

Dra. Dênia Rodrigues Chagas



Faculdade de Ciências do Tocantins,
FACIT, Brasil

dra.denia.enf@gmail.com

ATIVISMO JUDICIAL COMO PARÂMETRO NORMATIVO: ATIVISMO JUDICIAL A LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

RESUMO

Este trabalho disserta sobre a temática "Ativismo Judicial à luz da teoria tridimensional, de Miguel Reale", refletindo como esse fato tem estado presente no mundo, especialmente no âmbito das Cortes Constitucionais, quanto no cenário do judiciário Brasileiro, desencadeando o apreço da Dogmática Jurídica no pós-positivismo. O leitor encontrará uma abordagem teórica doutrinária que passará deste a compreensão do Direito, aos marcos teóricos filosóficos e históricos que o orientam, até às fontes de sua produção dentro dos sistemas jurídicos em que se consubstanciam e se organizam os ordenamentos. A abordagem utilizada foram os referenciais teóricos do Direito no que se refere ao positivismo, pós-positivismo, neoconstitucionalismo e como o enfoque da dogmática jurídica se deu ao longo da experiência jurídica humana, a fim de que ao final, pudesse se comparar a produção do Ativismo judicial com a tríade fato (origem), valor (eficácia/eficiência) e norma (validade) do Direito. Utilizou para esta produção acadêmica doutrinária o método predominantemente lógico dedutivo, através de revisão bibliográfica, dentre as tais; livros, doutrinas, artigos, teses e dissertações de mestrado e doutorado que com um enfoque ou outro discorreram em maior ou menor amplitude sobre o tema em diferentes perspectivas, somando-se a isso, a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico até casos em que se verificou a incidência do Ativismo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direito. Cortes constitucionais.

JUDICIAL ACTIVISM AS A NORMATIVE PARAMETER: JUDICIAL ACTIVISM IN THE LIGHT OF THE THREE-DIMENSIONAL THEORY OF LAW

ABSTRACT

This paper discusses the topic of "Judicial Activism in the light of Miguel Reale's three-dimensional theory", reflecting on how this fact has been present in the world, especially in the context of the Constitutional Courts, as well as in the scenario of the Brazilian judiciary, triggering the appreciation of Legal Dogmatics in post-positivism. The reader will find a theoretical doctrinal approach that goes from the understanding of Law, to the philosophical and historical theoretical frameworks that guide it, to the sources of its production within the legal systems in which the orders are consolidated and organized. The approach used was the theoretical references of Law with regard to positivism, post-positivism, neoconstitucionalism and how the focus of legal dogma has occurred throughout the human legal experience, so that in the end, the production of Judicial Activism could be compared with the triad of fact (origin), value (effectiveness/efficiency) and norm (validity) of Law. For this doctrinal academic production, the predominantly logical deductive method was used, through a bibliographical review, including books, doctrines, articles, theses and master's and doctoral dissertations that, with one focus or another, have discussed the subject to a greater or lesser extent from different perspectives, adding to this the systemic perspective of the legal system and even cases in which the incidence of activism has been verified.

Keywords: Judicial activism. Law. Constitutional courts.

Submetido em: 21/08/2023

Aceito em: 12/09/2023

Publicado em: 20/09/2023

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio aborda a temática, Ativismo Judicial à luz da teoria tridimensional de Miguel Reale, considerando que esse fenômeno tem se mostrado presente tanto no mundo, especialmente no âmbito das Cortes Constitucionais, quanto no cenário do judiciário Brasileiro, mostrando-se mais latente em um ou outro lugar, desencadeando o apreço da Dogmática Jurídica no pós-positivismo.

Partindo da premissa de que esse comportamento de protagonismo de um dos poderes da República, especialmente no âmbito da Corte Constitucional, tem suscitado o debate jurídico, mostrando-se para tanto a insuficiência das pesquisas em seu entorno, não por carecerem de validade, mas por serem insuficientemente exaustivas, dada a dimensão teórica em questão; tais têm o abordado ora para conceitua-lo, ora para identifica-lo, quando não, para aponta-lo como garantia de direitos ou criticá-lo pela ultrapassagem dos limites democráticos preceituados na Constituição.

Procurou-se no presente, e considerando que o Ativismo Judicial é um comprovado comportamento do Judiciário, tendo como resultado de sua manifestação, uma produção racional humana (bem), vislumbrou-se com modesto acerto, a necessidade de analisa-lo quanto a compatibilidade de criar direito ou inovar o ordenamento jurídico compará-lo com a principal teoria que explica o surgimento e manifestação do Direito na sociedade sob os enfoques sociológicos, filosóficos e axiológicos da formação e criação do Direito.

2 METODOLOGIA

Ao prosseguir neste estudo o leitor encontrará uma abordagem teórica doutrinária que passará deste a compreensão do Direito, aos marcos teóricos filosóficos e históricos que o orientam, até às fontes de sua produção dentro dos sistemas jurídicos em que se consubstanciam e se organizam os ordenamentos.

Trata-se de um estudo que abordou os referenciais teóricos do Direito no que se refere ao positivismo, pós-positivismo, neoconstitucionalismo e como o enfoque da dogmática jurídica se deu ao longo da experiência jurígena humana, a fim de que ao final, pudesse se comparar a produção do Ativismo judicial com a tríade fato (origem), valor (eficácia/eficiência) e norma (validade) do Direito.

Utilizou para esta produção acadêmica doutrinária o método predominantemente lógico dedutivo, através de revisão bibliográfica, dentre as tais; livros, doutrinas, artigos, teses e dissertações de mestrado e doutorado que com um enfoque ou outro discorreram em maior ou menor amplitude sobre o tema em diferentes perspectivas, somando-se a isso, a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico até casos em que se verificou a incidência do Ativismo.

3 DA COMPREENSÃO DO DIREITO

A trama da convivência humana revela através do processo histórico-cultural o poder criativo da mente humana, cuja expressão resulta na produção de conteúdo do qual a variação se dará nas dimensões de tempo e espaço. A este conteúdo, podemos denominar genericamente de cultura. Dentro desta perspectiva, experiência da espécie humana através do tempo, visando facilitar o convívio social é que emerge o Direito.

Neste sentido, as linhas traçadas pelo memorável jurista brasileiro Reale (2009, p. 220): “[...] o Direito não é um presente, uma dádiva, algo de grandioso que o homem tenha recebido em determinado momento da história, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multilinear”.

Não há como se falar em direito sem relacioná-lo ao conceito de sociedade, tendo em vista que nela ele nasce e para ela é necessário, daí a expressão latina *ubi societas, ibi jus* - onde está a sociedade aí está o direito. Desta forma as implicações afetas ao direito permanecem atuais e necessárias, motivando juristas e profissionais da área, objetivando sua melhor compreensão, permanecerem em pesquisas constantes dado que a dinâmica social traz consigo diferentes implicações. Neste mesmo sentido reforça Nader (2015, p. 28) que, “[...] existindo em função da sociedade, o Direito deve ser estabelecido à sua imagem, conforme as suas peculiaridades, refletindo os fatos sociais [...]”.

Para continuarmos nossas ponderações acerca da definição do Direito, trazemos à baila a célebre frase do poeta Dante Alighieri transcrita por Reale (2009, p. 60) “O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”. Em sua obra intitulada Lições Preliminares de Direito, Miguel Reale (2009) explica que ao Direito estão intrínsecos três aspectos da vida social dos homens: fato, valor e norma, e explica; da interação entre fato e valor tem-se o surgimento da norma, esta tida como síntese que agrega um dos outros elementos ao outro, fato ao valor.

Considerando que ao Direito está inegavelmente relacionado o valor de justiça, Reale (2009, p. 67) complementa que: “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”.

4 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: ORIENTAÇÕES PARA O DIREITO CONTEMPORÂNEO

Em toda a história da ciência jurídica é possível perceber a concorrência de duas correntes que procuram explicar a origem e o fundamento do Direito, são elas: jus naturalismo e o jus positivismo. Essas duas correntes no longo curso histórico do Direito ascenderão uma em detrimento da outra compondo a tradição do pensamento jurídico.

4.1 Do direito natural

Quanto à doutrina jus naturalista, acentua Venosa (2010), fundamenta a origem do Direito ao plano superior a toda lei positiva, ou seja, as normas positivadas se inspiram e encontram sua validade em uma lei maior, natural, afeta a um valor de justiça inerente a própria natureza humana.

Concluiu Yagüez, conforme Venosa (2010, p. 42) “[...] o direito natural cumpre três funções: (a) ser fundamento do direito positivo; (b) inspirar o conteúdo do direito humano [...]; e (c) ser levado em conta quando da aplicação do direito positivo, da lei humana”. Sendo deste modo a justiça operada em cada caso concreto, cabendo ao aplicador da lei margem de liberdade em sua deliberação.

Assegura Venosa (2010) que o pensamento do direito natural culminou em um grande mérito, o de elevar o conceito de justiça ao centro de incidência do Direito. Este não se impõe unicamente pela imposição estatal, mas porque coaduna-se com valores de justiça encontrando assim sua validade e eficácia.

Compartilha no mesmo sentido Nader (2015), ao postular que embora distintos, o direito natural com o direito positivo possui um cetro de convergência, uma vez que aquele fornece ao legislador a noção de princípios fundamentais de proteção do homem, que devem ser obrigatoriamente copilados em lei pelo legislador, consagrando um ordenamento jurídico justo.

4.2 Do direito positivo ao pós-positivismo jurídico

Seguindo em linhas contrários ao jus naturalismo, tem-se o movimento positivista que atribui a origem do Direito a razão ou criação humana. Como descreve Venosa (2010), para a doutrina positivista o Direito é pura e simplesmente o que está nas leis escrita pelos homens e impostas pelo estado, conforme conceitua Nader (2015, p. 79): “Positivo é o Direito institucionalizado pelo Estado. É a ordem jurídica obrigatória em determinado lugar e tempo”.

Essa corrente filosófica, nas palavras de Bernardes e Ferreira (2018), preconizou a cisão entre Direito e Moral e encontra sua expressão nos positivistas clássicos Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio, para os quais a validade das normas jurídicas independem da validade de normas morais. Ainda segundo os autores essa corrente predominou em detrimento do jusnaturalismo até metade do século passado, e só veio fragmentar pós segunda guerra mundial, em razão de suas teses terem servido de base para regimes totalitários como nazismo e fascismo.

Para Ramos (2015), uma das características do positivismo é que o direito é um fato social e deve ser estudado como tal, não se subordinando a considerações de cunho axiológico ao seu respeito, deste modo as normas postas por um Estado em um determinado momento, são a matéria de que se ocupará o estudo da dogmática jurídica, independentemente do valor de justiça de quem as vai estudar. Deste fenômeno jurídico decorre a teoria do formalismo jurídico, a qual defende que a validade do direito se sustenta em critérios ligados à sua estrutura formal abstraindo-se de seu conteúdo.

Outra característica do positivismo diz respeito à imperatividade do Direito, ou seja, a concepção de que o Direito decorre do Estado como fruto de sua vontade dirigida aos seus governados, entretanto, essa corrente foi desnaturada dentro da própria dogmática positivista através do trabalho de Kelsen, pela inserção do elemento coercivo na estrutura das normas. De maneira que para Kelsen o ordenamento jurídico é constituído por um agregado de proposições enunciativas (dever ser), que sob hipóteses determinadas pelo mesmo ordenamento, devem incidir dado elemento de coerção (RAMOS, 2015).

Com efeito, toda a discursão versada em torno do positivismo não contesta a necessidade de um ordenamento jurídico fundado em normas escritas, tanto que a busca por sua superação se materializou nos movimentos neoconstitucionais, onde se procurou garantir por meio de uma constituição na sua grande maioria escrita, assegurar princípios, regras e direitos fundamentais como defende Barroso (2017).

Na sua totalidade, os estudiosos contemporâneos embora tentem a todo tempo apontar os fracassos do positivismo, não conseguem negligenciar a positividade do Direito e sua mutação baseada em decisões de quem tem o poder, não reconhecendo também a existência de qualquer direito que seja paralelo ao que é posto pelo legislador, evidenciando o êxito teórico do positivismo, termos em que provoca Dimitri Demoulis, citado por Ramos (2015).

Como se afirmou anteriormente, reitera-se que o Direito está até os dias atuais consubstanciado em normas escritas e postas pela figura do Estado. De modo que seguiremos percorrendo esse processo de materialização do Direito através da criação de normas, dado que estas são elementos constitutivos daquele.

Não obstante, ao Direito, se não foi útil quaisquer das contribuições do positivismo, restou-lhe o legado do conceito de ordenamento jurídico-complexo de normas inter-relacionadas dentro de um todo logicamente organizado; contribuição de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Neste mesmo sentido postula Ramos (2015) descrevendo o teórico de Kelsen; consistente em uma unidade sistêmica fundada em uma norma fundamental, estando superior ao Direito e dela decorrendo a existência e validade de todo o ordenamento formado por leis e demais atos normativos, a saber; uma Constituição aceita pelo povo.

Ao versar sobre as normas, Reale (2009) apresenta as ponderações de Kelsen, para quem toda norma jurídica é uma proposição hipotética, isto é, a norma antever um fato ao mesmo tempo que a ele consubstancia uma consequência, uma punição. O autor discorda explicando que esta proposição diz respeito a alguns tipos de normas e não a todas, como as que disciplinam matérias de organização.

As normas jurídicas são assim caracterizadas “[...] uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória” (REALE, 2009, p. 95). E explica que as normas possuem estrutura proposicional porque podem correlacionar mais de uma proposição, que correspondem a um dever ser porque nenhuma norma prevê algo que é de plano, e por fim que as normas possuem caráter obrigatório porque podem estar ou não de acordo com a vontade dos obrigados, devendo ser seguida por todos. Não obstante, a norma jurídica possui caráter tridimensional, dado que objetivam ora a realização de algo que lhe é raro, ora busca a vedação de valores negativos, coadunando-se desta forma com a teoria realiana.

Para que possam cumprir seu efeito as normas jurídicas necessitam de validade que se dá em três aspectos; vigência, eficácia/efetividade e fundamento, tal como descreve Reale (2009). No plano da vigência a lei deve emanar de órgão competente que goze de legitimidade quanto a matéria e obedeça a procedimentos formais estabelecidos, no caso do Brasil, tais elementos estão dispostos na Constituição Federal.

De outro modo, de nada adiantaria existir uma lei formalmente perfeita, incorporada ao ordenamento e estar em plena vigência, e não produzir efeitos no mundo real. Conforme Venosa (2010), só será eficaz a norma que produzir efeito atuando sobre a sociedade. Já para Nader (2015), o atributo de efetividade da norma está relacionado a sua observância pelos aplicadores do direito e pelos destinatários.

Na ótica do fundamento, aponta Reale (2009), há que no corpo normativo estar presente valores de justiça consagrados pela coletividade e visados como fim. Tal que toda regra de Direito tem como fundamento um valor fim.

Para encerrar essa seção, vejamos a visão de Carvalieri Filho (2004), que aponta os efeitos positivos da lei, destacando pelo menos quatro deles, os quais são: controle social – o Direito controla a conduta social e previne conflitos; educativo – determinados assuntos são melhores difundidos por estarem no texto da lei; conservador – o Direito protege bens da vida, tais como as instituições e assim mantém a ordem social; e por fim o efeito transformador – ao disciplinar novas condutas ou reprimi-las o Direito transforma a sociedade.

4.3 Das fontes do Direito no pós-positivismo jurídico

Como produto cultural que é, um estudo sobre o Direito não seria suficiente sem passarmos pela sua gênese, sua origem ou no seu melhor sentido, sua fonte. De modo que neste capítulo nos debruçaremos sobre como o Direito tem se manifestado no ordenamento jurídico ao longo da história e nos sistemas jurídicos existentes nas sociedades.

A doutrina tradicionalmente aponta como fontes formais e as divide em primárias e secundárias respectivamente: leis e costumes (são as primárias imediatas) e doutrina e jurisprudência (sendo as secundárias ou mediatas), tal como coloca Venosa (2010). As fontes do Direito irão aparecer com maior ou menor destaque a depender do tipo de ordenamento jurídico adotado por determinado país, Common Law e Civil Law. A ascensão de uma ou outra fonte está diretamente relacionada a fatores históricos e sociais, acrescenta Reale (2009).

O sistema jurídico adotado no Brasil seguramente é o civil law, esse sistema Reale (2009) descreve que advém da tradição romana, e caracteriza-se pela primazia da atividade legislativa, ficando para um plano secundário as demais fontes do Direito. Quanto ao common law destaca o autor que decorre das tradições anglo-saxônicas, onde o Direito se manifesta com a prevalência dos costumes e da jurisprudência em detrimento do trabalho legislativo. Afiança o autor que não há como assegurar em qual dos dois sistemas é mais fidedigno a criação do Direito, uma vez que segundo o autor não existe direito ideal, senão o que emerge da experiência histórica de cada sociedade.

Ao analisarmos a lei de introdução as normas do Direito Brasileiro, Decreto lei nº 4.657/1942, em seu artigo quarto assim dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Contudo o autor supracitado ressalta que tais institutos por não gozarem da mesma capacidade criativa que as leis e os costumes. São usados apenas como auxílio pelos aplicadores do Direito.

Reale (2009) vai nos esclarecer que por fontes de direito deve ser considerado apenas os processos de produção do Direito e que tais processos são meios pelos quais as normas se positivam e cumprem sua função dentro do plano da vigência e da eficácia. O Direito surge dentro de um campo de tensão entre diversos fatores e vai se manifestar através de determinadas formas tais como "[...] processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional, e o ato negocial" (REALE, p. 140).

É exatamente neste centro gravitacional; do sistema jurídico e legitimidade para criar o Direito com ênfase na apreciação das suas fontes, que a Dogmática Jurídica vai encontrar um de seus maiores campos minados. Posto ainda dentro desta temática, que da interpretação e aplicação do Direito, componentes da hermenêutica jurídica e atividade do Judiciário vai se dá o objeto desta pesquisa; a saber, o Ativismo Judicial. Dedutível é que dentro da concepção positivista, há uma primazia da lei ou dos atos normativos em detrimento das demais fontes do Direito como costume e jurisprudência, dado que neste sistema, Direito é o que está na legislação.

Memorável destacar a distinção proposta por Ramos (2015), ao explicar que o legalismo positivista não tem sido entendido de forma precisa, pois segundo o autor a criação do Estado moderno, trouxe consigo a racionalização do poder e isso domesticou as fontes de criação do Direito, isto porque esse novo Estado apropria-se do procedimento de criação de normas, outrora difuso no seio social, e ao fazê-lo, escalonou as fontes de maneira

hierárquica, dispondo os atos normativos em primeiro plano a serem elaborados por órgão legislativo dotado de liberdade quanto ao conteúdo.

Após o fim da segunda guerra mundial, a Europa consolidou o sistema de controle de constitucionalidade e desde então a Constituição tornou-se a primordial fonte do Direito estatal e não mais a lei, entretanto esse fato não mudou substancialmente os marcos teóricos do positivismo, conclui Ramos (2015).

A diferença entre costume e lei dar-se em diferentes parâmetros conforme escalona Reale (2009) a seguir delineados quanto a origem a lei possui delimitação temporal e local exaurida por um órgão pré-estabelecido e preserva em si atributos de segurança e certeza, enquanto o costume não goza de tais atributos, já que não se sabe onde nasce os hábitos sociais.

Quanto à forma a lei sempre será escrita e os costumes não o são, embora não haja óbice que o sejam. Destaca-se nesse ponto a relação com outro critério que é o da vigência e eficácia, visto que a lei vigora até que seja substituída por outra ou entre em desuso e presume-se ser eficaz de per si, enquanto o costume não possui tempo de duração nem existe forma para extingui-lo, perdendo sua eficácia pelo mero desuso.

A capacidade racional do homem empreendida de sua própria conduta, de caráter obrigatório e erga omnes, consubstanciando de per si o seu efeito, que não pode ser contestado pelas partes nem pelo juiz, ao passo que o costume, só produz efeito quando reconhecido pela crença de juridicidade da conduta, agregando valores positivos como fim desejado, ou negativos com fim não desejado. De outro modo o costume admite ser contestado com prova em contrário.

A lei pode ser tida dentro da semântica como norma de caráter legal, que escrita possui caráter constitutivo de Direito apta a disciplinar a conduta humana ou atividade pública. É neste sentido que ela é tomada como fonte do Direito, aludindo-se para tanto que no atual sistema constitucional mais preciso seria tomar como fonte o processo legislativo compreendendo todos os atos normativos previstos no artigo 59 da Magna Carta, tal qual precisamente elucida Reale (2009).

A doutrina embora inadmitida pela maioria como fonte do Direito, não se revela inexpressiva na experiência jurídica, mostrando-se essencial no fornecimento de esquemas teóricos cujo finalidade nos revela, ora a validade das estruturas normativas produzidas pelas fontes, ora o que estas estruturas normativas significam ou ainda como tais estruturas se correlacionam compondo novas estruturas e sistemas ampliando seus sentidos e alcances, tal como coleciona Reale (2009).

Em relação à Jurisprudência, pontua Reale (2009) que é exauriente do exercício da jurisdição, caracterizando-se pela revelação do Direito, em decorrência de decisões harmônicas no âmbito dos tribunais através de um processo de interpretação de normas jurídicas. Dentro do sistema civil law a jurisprudência embora não seja considerada como fonte primária do Direito, é considerada fundamental na sua produção através da interpretação das lacunas da lei como assegura Venosa (2010).

Segundo Nader (2015), não obstante as divergências doutrinárias, em nosso sistema predomina o entendimento segundo o qual a jurisprudência restringe-se a declarar o Direito preexistente. E continua a defender que no estado onde a função dos três poderes é bem delimitada, aos juízes não cabe o papel de criar o Direito sob pena de causar insegurança jurídica.

Em outro sentido defende Reale (2009), para quem a jurisprudência pode inovar o Direito, sobretudo nos casos em que há lacunas na lei, embora admita que esse fenômeno se dê pela interpretação de normas já existentes, considera que ao juiz cabe compor uma nova norma que venha preencher o complexo objetivo do Direito, o que segundo o autor coaduna-se com sua teoria de que a norma sintetiza a relação de fatos e valores. Dentro desse contexto de interpretação e integração das leis para manifestar o Direito, merece pontuarmos as modificações ou implicações que certamente interferem nesse processo, advindas com o pós-positivismo.

O pós-Positivismo é o um marco filosófico que mais tarde viria a fundamentar o Neoconstitucionalismo, conforme coloca Bernardes e Ferreira (2018). Conceituado de 'a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais' (BARROSO 2001, apud RAMOS 2014). Podendo-se apontar como resultado deste movimento o surgimento de uma constituição expansiva em matérias de Direito.

O ministro Barroso (2017) pontua ao discorrer sobre a ascensão institucional do Judiciário, que com o fim da segunda guerra mundial, emergiu, inicialmente na Europa, o Estado fundado em uma Constituição de Direito, tendo como característica a atribuição do caráter normativo da Constituição e instituindo no topo do sistema as Cortes Constitucionais com a prerrogativa de interpretar as normas constitucionais e vincular os demais entes aos seus precedentes. Esse novo modelo de atuação constitucional, reconhece Barroso (2017) que tem possibilitado os juízes atuarem com verossimilhança a atividade dos legisladores, ou seja, dissuadindo de sua função própria e aproximando-se da função de criar o Direito.

5 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA ANÁLISE A LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DE MIGUEL REALE

O tema é relativamente recente no cenário político-constitucional brasileiro, os debates mais acirrados em seu entorno iniciaram pós Constituição de 1988, mormente, o ativismo judicial já ser amplamente discutido em cortes constitucionais há algum tempo. Nesse sentido merece destaque o embate norte-americano, que segundo Campos (2015) é mais antigo que o próprio termo, tendo sido desenvolvido em contextos extremamente conflitantes, envolvendo aspectos políticos, econômicos e sociais, ou seja, temas em torno dos quais se costuma justificar o Ativismo no cenário do Judiciário brasileiro, sobretudo por Barroso (2012).

Percebe-se, então, que a Suprema Corte Americana já atua de forma ativista desde o século IX, tendo proferido decisões, para legitimar a própria atuação do Poder Judiciário, bem como decisões que influenciam e são influenciadas pelo contexto social e político, interferindo no cotidiano de toda a sociedade, conforme descreve Campos (2014).

O surgimento do ativismo judicial na doutrina norte-americana está intrinsecamente relacionado a rotulação que alguns dos Juízes da Suprema Corte receberam ao assumirem protagonismo na defesa dos direitos das minorias e direitos de liberdade, conforme descreve o juiz Viaro (2017) em sua tese de doutorado sobre o tema em apreço. Ainda segundo Viaro (2017), o debate acerca do tema avançou em contraposição ao passivismo do Poder Judiciário, campo em que se discute se o juiz deve interpretar a constituição

aplicando o sentido literal do seu texto, o chamado “textualismo”, ou se deve buscar o significado que o constituinte quis dar ao texto, aqui considerado o “originalismo”.

O ministro Barroso (2017) corrobora no sentido de que a atuação dos juízes progressistas nos EUA se dava no campo dos direitos fundamentais, e que a crítica conservadora agregou ao Ativismo uma conotação depreciativa, levando ao entendimento de que havia uma atuação imprópria do Judiciário. Podendo-se concluir que as conotações à expressão Ativismo Judicial estão relacionadas a carga valorativa que se agrega ao mesmo, e tenderão a ser positivas ou negativas dentro do enfoque teórico do exegeta.

Os estudos a respeito do tema têm tomado como principal enfoque uma acentuada crítica com relação à separação dos poderes e a interferência de um no âmbito do outro, ou de outro modo, a sustentação de que o Ativismo se manifesta como uma forma de validar os direitos fundamentais dispostos na Constituição. No entanto, há uma carência no sentido de verificar se essa forma de comportamento do Judiciário possui alguma consonância com as principais teorias que buscam explicar o surgimento e a manifestação do Direito.

O Ativismo Judicial é incontestavelmente um fenômeno que acompanha a dogmática jurídica do pós-positivismo, tornando-se mais latente com o advento do neoconstitucionalismo, e manifesta-se com a atuação inorgânica do poder Judiciário para além da sua função nuclear estabelecida no texto constitucional, produzindo como resultado a ampliação e por vezes a criação de Direito material.

Para Barroso (2017) essa proatividade ampla e intensa do Judiciário visa concretizar valores e fins constitucionais e que segundo ele, não há embate entre os poderes, mas sim uma ocupação de lócus vazios (espaços inocupados pela inércia do legislador).

Viaro (2017, p. 242) sugere um conceito mais estrito, nos termos de que é:

[...] exercício da função jurisdicional fora da previsão trazida pelo próprio ordenamento, naquilo que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar” e continua acrescentando que “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.

Para Abbou citado por Penna (2016, p. 61): “[...] Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente –legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo”.

Com efeito, a atuação do Judiciário neste diapasão, está acima do próprio legislativo, pois este tem sua função típica limitada pelas normas materiais e formais da Constituição, enquanto aquele no contexto do Ativismo Judicial independentemente da norma que incidirá no caso concreto, não poderá se esquivar de dar-lhe resposta, o que o fará empregando valores em suas decisões. Nas ponderações de Tassinari (2012), o Ativismo é concebido na esfera da sistemática jurídica, relacionado a atuação dos juízes e tribunais no exercício de suas funções. De forma que o Ativismo é um tema relacionado a teoria do Direito, nas palavras da autora, “mais precisamente da teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação do Direito”.

Tomadas essas considerações, aclara-se que a temática acerca do Ativismo Judicial envolve a atuação do poder Judiciário, considerando duas premissas básicas concernentes

a finalidade da Lei: entender o seu propósito e aplicá-la para alcançá-lo, ou ter um propósito para alcançá-lo por intermédio de sua aplicação.

Reale (2009) descreve que a ciência jurídica arroga a premissa de que o magistrado, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, não pode abster-se de sentenciar, mas contrapõe ao afirmar que não se pode exigir do mesmo que descubra “graças a artifícios lógicos, preceitos que deveriam figurar um sistema legal do Estado, concebido como pleno ou sem lacunas”. Leciona ainda, que a norma jurídica em virtude de novos fatores, pode vir a sofrer variação semântica, contudo, essa significação derivada, encontra limitação na própria estrutura formal da norma positivada, não justificando neste sentido, esforço do exegeta que visivelmente desnatura o preceito ali posto, justificando que isso acontece por não haver alteração na “tábua dos valores”.

Dado o exposto é legítimo inferir, que da atuação Ativista do poder Judiciário, que o faz por intermédio da interpretação e aplicação da lei ou do contrário (não aplicação de determinada norma), tem-se como epílogo um Bem (produto da razão humana) que exige ser analisado como sendo ou não Direito, dentro da perspectiva que se tem deste termo (direito) no sistema positivado (civil law), e isto o faremos a luz da teoria tridimensional.

Quanto a teoria tridimensional Reale (2009) a compõe afirmando ser o Direito uma “situação normada”, ou seja, da tensão entre fatos e valores se põe a norma – está como centro, entre fatos e valores que a original e os mesmos que lhe são supervenientes potencializando seu alcance (variação semântica), consubstanciando deste modo o ápice da experiência do Direito.

Conforme se decifra de Reale (2009 tratando sobre a normatividade e historicidade do Direito, não há norma jurídica que detenha inteligência suficiente para exaurir o progresso jurígeno, pelo simples fato de ela mesma (norma) desencadear ao mesmo tempo, nos seios, social e no ordenamento, um compósito de apreciações de novas pretensões fáticas e axiológicas.

Isto posto, dar-nos a concepção de que o ordenamento jurídico de per si, embora congregue o códex do Direito, não o comporta como um todo, dada a sua dinâmica tal como a é a sociedade, de onde ele se origina e a quem lhe deve afeição.

Contudo, historicamente a engrenagem social dá-se em apreciar determinados valores em detrimento de outros. Segundo Reale (2009, p. 228), é absolutamente factível que os valores possam se estabelecer e coexistir de forma escalonada/hierarquizada, “os valores não estão isolados uns dos outros, mas se ordenam de forma gradativa”. De onde pode-se afirmar que existem um conjunto de valores que são consagrados pela cultura social e deles decorre a validade e eficácia das normas.

Desta forma, a atualização dos valores deve seguir no curso da convivência social, onde a intensidade de uma série de fatores possa incidir sobre esse processo e ao legislador cabe o poder de escolha de uma ou outra posição. Caso esse fenômeno se concebesse ao crivo dos aplicadores da lei, tal processo poderia não seguir o mesmo curso, visto que os valores que aqui incidem, podem ser pessoais de cada juiz ou de uma turma ou ainda de uma corte em casos concretos e específicos, isto considerando que a atuação ativista é comportamental.

Considerando as lições de Reale (2009) percebe-se que, conforme o autor, o homem orienta sua existência por valores e é isto que dá sentido à sua concepção de vida. No contexto da criação da norma, somente a engenharia social da convivência de todos pode

fazer surgir-la com a legitimidade necessária para regular a coexistência com um senso de justiça comum.

Tais fatores podem ser de ordem econômicos, religiosos, físicos, estéticos, morais ou jurídicos e da interação desses fatores em decorrência da dialética da complementariedade entre fato e valor faz-se surgir a norma. Nas palavras de Reale (2009) “daí a impossibilidade, repetimos, de compreendermos a norma como algo *per-se state*, fora do processo em que se instaura e que lhe dá conteúdo, de seus pressupostos fáticos e axiológicos”.

Ao tratar de valores cujos arranjos são consagrados pela sociedade em sua vivência e ao consideramos um indivíduo isoladamente, temos que ele pode eleger para si como sendo superior um valor que não o é da mesma sorte para outro indivíduo. Partindo deste pressuposto, se cada indivíduo passa a querer validar seus valores por meio do Judiciário, e se este por intermédio de seus agentes passa a imprimir em suas decisões valores conforme seu senso de justiça, a atuação jurisdicional torna-se um instrumento de regulação da vida e não mais o Direito; este tido como complexo de valores dominantes.

Com efeito, a ideia de termos uma atuação jurisdicional baseada em sentidos de justiça para além dos formatos legais, pode nos levar a ter as instituições jurídicas sendo utilizadas como instrumento de preservação de uma ordem jurídica que ao mesmo tempo, é injusta e ilegítima, sustentada com manobras e artifícios lógicos de quem dispõe de poder.

Ressalte-se que ao Direito é necessário a atribuição de justiça, alude Reale (2009) que a Justiça é o valor fundante do Direito. A justiça considerada no sentido objetivo é um bem comum concebido pela convivência social balizado entre dois valores; liberdade e igualdade. Já a justiça no sentido subjetivo está relacionada a dá a cada um o que lhe é devido, conforme o jurista acima referido.

Se admitirmos que a atuação dos Juízes possa se dar nestes termos, teremos além da insegurança jurídica, ausência de justiça considerada na sua concepção objetiva, já que é esta – a concepção objetiva – que serve ao Direito fornecendo-lhe o senso comum de justo a todos os que estão inseridos em um contexto social. Isso porque a Justiça subjetiva só satisfaz aquele que lhe invoca como devida e, neste contexto, o justo para uma das partes e para o juiz nem sempre se coadunará com o que a parte sucumbente elegerá como justo para si, e deste modo o Direito perderia todo seu sentido, visto que estaríamos no campo das satisfações pessoais.

Quanto à segurança jurídica, explicamos que ela não é uma amarra a criação do Direito, ou seja, não é sua função impedir a mutabilidade do Direito. A segurança jurídica implica a legalidade, dela decorre a segurança que se tem quando o Direito está positivado e de outra vertente que no processo de positivação haja observância da democracia no sentido colocado por Reale (2009), que ao Direito está afeto a dialética, sendo o âmbito legislativo mais aberto que o Judiciário, sendo este mais restrito.

Discorrer que a judicialização da vida social é um dos fatores que permitem o Judiciário transcorrer em extrapolação de suas funções, pois evidentemente nenhum sistema jurídico é capaz de acompanhar espontaneamente as implicações advindas da convivência social, o que favorece a ideia do Ativismo (sem, contudo, com ele se confundir), uma vez que como coloca Reale ao tratar da interpretação da lei, ao admitir ser possível ao juiz inovar o sentido da norma.

Pontuamos que ao fazer a interpretação da lei, a inovação a que se faz referência se dá nos termos de adequação da norma incidente sobre o caso concreto, portando, não há criação do Direito, aliás, esse dilema esbarraria nos limites da hermenêutica, que dá ao juiz

a possibilidade de interpretar a lei, e quando não for possível aplica-la, buscar dentro do sistema através dos métodos de integração uma solução que se adeque ao caso concreto, contudo, ela (hermenêutica) não deve ser usada como justificativa para renovar o ordenamento jurídico, como o querem fazer por meio do Ativismo, decidindo para depois fundamentar.

A dificuldade surge, quando da composição dos valores individuais com os coletivos, definir qual deles deve se sobrepor ao outro. Há correntes que tendem tanto para uma vertente quando para outra. Ao ajuizar uma demanda judicial o autor confere ali um valor que lhe é muita das vezes individual, estando, portanto, em descompasso com o arranjo social. Neste sentido, ao decidir de forma ativista, o juiz estaria então criando direito em descompasso com a conjuntura social dos valores elegidos pela sociedade.

É interessante reforçar que quando o juiz prolata uma sentença, ele deve analisar se o caso se adequa a normatividade, se não há norma, sua interpretação do Direito enquanto sistema deve ser cautelosa, pois ao decidir deverá fazer uma compreensão sistemática para não suprimir valores importantes para a sociedade, como o que se deu no aborto do anecéfalo, pois não há certeza científica de que a vida não seria viável. Tais como esta, decisões ativistas expugnam as certezas humanas causando desestabilidade na estrutura social validada por axiomas históricos.

Na sua obra sobre a Filosofia do Direito, Reale (2009) dá-nos uma explicação que chega o mais próximo possível desse dilema; a de que o Direito deve servir à dignidade humana. No entanto, há que se chamar atenção que dentro da teoria do filósofo, jamais a pessoa na sua individualidade foi parâmetro para a produção do Direito. É que quando se refere a dignidade humana está a colocá-la como parâmetro para a produção do Direito como bem coletivo, ou seja, o Direito como produto social deve sua validade a consideração da condição de homem.

Aqui podemos ressaltar a lição do autor italiano Alessandro Groppali, conforme Venosa (2010), onde defendendo o positivismo discorre que mesmo nos casos em que a lei expressamente prevê a possibilidade do Juiz sentenciar com base no senso de equidade, ele deve se atentar para princípios de direito vigentes e nunca a valores superiores de justiça, sob pena de desigualdade no tratamento de vários indivíduos. Ademais o Direito possui característica erga omnes, portanto não é produzido objetivando regular a vida das pessoas consideradas em sua individualidade, mas sim, a regular toda a convivência social, neste mesmo sentido discorre Carvaliere Filho (2008).

O Direito só possui o condão de regular a vida social porque é fruto da sociedade, produzido como um bem justo, não estando, portanto, embasado na satisfação egoística pessoal do indivíduo, mas no bem do coletivo. Desta forma jamais poderia ser criado por uma instituição jurídica quando da apreciação de um caso concreto, visto que muito embora ali possam estar representados um grupo de pessoas, são ainda assim em comparação com a sociedade uma partícula individual do todo coletivo.

A intensa turbulência que o Direito tem sofrido nos últimos tempos nos parece emanar exatamente do contrário senso do que se expôs acima, a frisar: a inversão da finalidade do Direito, passando da função de regular a vida social tendo como valor primordial o bem comum, para satisfazer os anseios pessoais e individuais do homem através de sentenças judiciais declaratórias, sob o pretexto de estarem fundamentadas em princípios e valores constitucionais, mas que cujo alcance é determinado por uma corte jurídica através da interpretação, trazendo ao texto sentidos externos, e neste sentido, se

tudo requer interpretação, nada tem sentido em si mesmo, então a norma não teria um valor consagrado em sua estrutura, ou seja, ela não teria sentido em si mesma e a criação do Direito dependeria da cabeça do juiz.

Concebendo que da dinâmica social surge o Direito, não há que se sustentar que a intensidade dessa dinâmica justifique o Ativismo como solução para a máxima de que o Direito precisa acompanhá-la, sob pena de redundância ilógica tal como o é, a cresça de que dentro do sistema democrático onde há divisão acentuada dos poderes, o Judiciário possui mais aptidão legítima para perceber valores, ao legislador que recebeu outorga popular pelo voto direto. De onde entendemos que as inércias do legislador em determinados assuntos, nem sempre esbarra em não representatividade, mas traduzem a síntese das inspirações humanas e suas próprias, em relação a alguns valores. Some-se a isso, a conjuntura, das leis consideradas produtos de um abusivo poder de legislar (por vedação material) não poderem ser consideradas legítimas, tanto mais a usurpação desta competência pelo Judiciário.

É facilmente perceptível que um ordenamento jurídico expresse por meio de suas leis uma ideologia dominante em determinado período histórico, sendo as leis sua principal fonte renovadora e criadora de Direito. No contexto do Ativismo do Judiciário, o direito produzido passa também a renovar o ordenamento jurídico, porém não se podendo afirmar com tanta clareza se esta inovação estaria alinhada com a ideologia predominante sendo eficaz dentro da integração fato, valor e norma e se seria legítima do ponto de vista democrático.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cónito que dentro do sistema positivado, magistralmente cunhado por figuras célebres como Kelsen, prevalecem pressupostos teóricos que mesmo apesar das múltiplas disfunções que lhe sobrevieram no curso histórico-social provocadas por temerários, transvertidos, ora com capa de justiça, outrora com manto de legalidade. Dentro desta sistemática (sistema positivado), a teoria tridimensional do Direito esculpida pelo não menos afamado Brasileiro, Miguel Reale é reputada por representar o epicentro da experiência jurídica ao consubstanciar dentro de uma proposição onde sintetiza origem (fato), validade (valor) e eficácia/efetividade (norma) do Direito.

Não obstante, as incrementações trazidas pelo pós-positivismo e materializadas no neoconstitucionalismo são usadas para penetrar no mesmo sistema (positivado) com as mesmas roupagens do passado, cabendo a Dogmática Jurídica se insurgir contra tais questões, como o que se dá no fenômeno do Ativismo Judicial, cujo produto na conclusão deste estudo, não pode ser concebido como sendo Direito à luz da teoria de Miguel Reale, por carecer de pressupostos de validade, eficácia/eficiência e legitimidade democrática.

Cabendo aos juízes manterem-se judiciosos ao interpretar as normas como proposições de dever ser que são (fato hipotético), uma vez que dentro da perspectiva Ativista, o fato é validado com "justiça" de per si, não passando por uma proposição hipotética. Isso desentoa a atuação dos juízes, quando deveriam atuar, subordinando-se à vontade do legislador, mantendo-se amistosos a discricionariedade do executivo e respeitando os valores eleitos pela sociedade, sobe pena de impor-lhes; os seus próprios axiomas políticos.

Justificando que deste modo, há respeito aos valores ordinariamente consagrados pela sociedade, há respeito à legitimidade democrática e evita-se o infortúnio de efeitos sistêmicos arrazoados em decisões de casos individuais baseado em sendo de justiça individual. De outro modo, não contrariar os valores gerais elegidos pela sociedade corrobora no neste sentido que, todo poder emana do povo (sociedade), sendo este um valor maior elegido pelo constituinte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 49, jul./set. 2013.

BERNARDES, J. T.; FERREIRA, O. A. V. A. **Direito constitucional**: teoria da constituição. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2018.

CAMPOS, C. A. de A. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de sociologia jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAMOS, E. da S. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre; Rio Grande do Sul: Ed. Livraria do Advogado, 2014.

VENOSA, S. de S. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.