

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA CORTE CONSTITUCIONAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Adler Luis da Nóbrega Carneiro e Silva¹

RESUMO

A mais primitiva das sociedades já demonstrava que Estado e dominação tornam-se conceitos correlacionados, vez que em face dos conflitos entre indivíduos, sua criação vem da necessidade de regulamentar por meio coercitivo, a manutenção das classes dominantes através de estruturas criadas ou dispostas a manter tal domínio. Sob essa ótica, a abordagem sobre a construção do constitucionalismo e o desenvolvimento da jurisdição constitucional nos leva a compreender o atual Poder Judiciário como responsável por efetivar direitos fundamentais, para que posteriormente, seja possível perceber o modo pela qual as interpretações e aplicações diretas da Constituição vêm se tornando questionáveis. É nesse contexto que se insere o presente artigo, cuja finalidade se destina a apontar e analisar relevantes contribuições do ativismo judicial para a construção, reconstrução e modificação do direito, transmitindo uma visão generalizada sob a perspectiva da teoria crítica do direito em nosso ordenamento jurídico. Por sua vez, merece destaque os parâmetros filosóficos que envolvem o solipsismo judicial, uma vez que indagações podem ser realizadas quanto à forma pela qual vem sendo decididas as questões e até quando podem funcionar sob os atuais critérios de hermenêutica, o que implica a necessidade do estudo acerca da imposição de limites ao seu exercício.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Teoria Crítica do Direito. Constitucionalismo. Poder Judiciário. Solipsismo.

ABSTRACT

The most primitive of societies have demonstrated that State and domination become correlated concepts, since in the face of conflicts between individuals, their creation comes from the need to regulate by coercive means, the maintenance of the ruling classes through structures created or willing to maintain this domain. Under this view, the approach to the construction of the development of constitutionalism and constitutional jurisdiction leads us to understand the current Judiciary as responsible for effecting fundamental rights, which subsequently is possible to understand the way in which the direct applications and interpretations of the Constitution have become questionable. It is in this context that the present article, whose purpose it is intended to point out and analyze relevant contributions of judicial activism for the construction, reconstruction and modification of law, conveying a

¹ Graduando em Direito na Faculdade Projeção – Sobradinho / FAPRO. Endereço eletrônico para correspondência: adlernobrega@hotmail.com

general view from the perspective of critical theory of law in our legal system. In turn, deserves the philosophical parameters involving judicial solipsism, since inquiries can be made as to how the issues are being decided and even when they can operate under the current criteria of hermeneutics, which implies the need of study of imposing limits to its exercise.

Keywords: Judicial Activism. Critical Theory of Law. Constitutionalism. Judiciary. Solipsism.

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, dia após dia, a sociedade vem evoluindo em uma dinâmica da qual se permitem construções, reconstruções ou modificações de conceitos paradigmáticos, tudo a fim de se alcançar uma melhor estrutura de convivência social. Da mesma forma, a fim de regular tal convivência e na tentativa de acompanhar novas realidades, o direito dada sua complexidade como ciência também se encontra em constante mutação, tornando-se imprescindível a realização do estudo crítico acerca de todas as suas alterações, vez que Estado e domínio observados em conceitos intimamente correlacionados, demonstram a necessidade de regulamentar a manutenção das classes dominantes por meio coercitivo.

Compreender a construção de uma Teoria Crítica do Direito e suas implicações/contribuições torna-se assim, uma tarefa de extrema relevância, principalmente no que tange à complexidade que envolve o exercício jurisdicional como instituição democrática no período pós Segunda Guerra. Na tentativa de se alcançar uma melhor aplicação do direito através do retorno de valores e princípios capazes de sustentar o convívio social, vem sendo depositado no poder judiciário (leia-se guardião constitucional), a responsabilidade por efetivar direitos fundamentais, incumbido por interpretações e aplicações diretas da Constituição.

Convém pôr em relevo, que apesar de imprescindíveis os esforços judiciais, tal postura muitas vezes vem sendo questionada por configurar o denominado “ativismo judicial”, expressão originária do cenário norte-americano e impregnada de desconfiança, haja vista a associação a qualquer resultado controverso e indesejável. Nesse sentido, o ativismo estaria a transmitir a ideia de que o judiciário cada vez mais interfere no equilíbrio extraído da clássica repartição de poderes, configurado usurpações ao assumir o acentuado protagonismo sem que suas decisões sejam submetidas a uma supervisão.

Cumprе salientar que o ativismo como problema (ou solução) atual não se trata de algo específico do exercício jurisdicional brasileiro, sendo alvo de intensos debates nos cenários políticos. Assim, algumas particularidades devem ser levadas em consideração

quando da sua análise, uma vez que a controvérsia proveniente do sistema “common law” deposita nos precedentes jurisprudenciais a principal fonte do direito, o que demonstra por si só a distinção para com o ativismo associado à invasão de competências.

Apesar de longevos debates que circundam a temática, necessário se faz uma contínua e crescente análise crítica, vez que a relevância do papel político de cortes constitucionais em contraposição à vontade da maioria politicamente organizada deve estar não somente sob o crivo do cenário atual, como também em contexto porvindouro, tendo em vista que a atuação de membros distanciados de delimitações evidencia a possibilidade de posturas claramente políticas, motivo pelo qual devem ser instigadas as reverberações, sob pena de arriscar-se em permissões que ultrapassem as barreiras da segurança jurídica e do senso comum, aptas a legitimar, mesmo que indiretamente, eventuais abusos que possam prevalecer sobre a vontade popular.

1 DO ATIVISMO JUDICIAL.

1.1 Da expansão do judiciário face aos anseios do Constitucionalismo.

Traçando um paralelo entre uma perspectiva histórica e o surgimento do Estado, a evolução do constitucionalismo e os interesses das classes dominantes, toda sociedade por mais primitiva, sempre esteve organizada, subordinada a uma constituição, mesmo que apenas em seu sentido material², determinando regras capazes de determinar o poder de mando e o dever de obedecer. A ideia de Constituição como sinônimo de documento jurídico surgiu apenas em meados do século XVIII, como consequência dos movimentos revolucionários à época, justamente pelo fato de que não havia o respeito às liberdades do cidadão no período ora destacado. Em um Estado absolutista, a figura estatal acabava por se confundir com a do rei, responsável por legislar, julgar e administrar. Logo, este seria substituído pela Constituição, compreendida na desconcentração dos poderes das mãos de uma única pessoa e na abrangência de direitos e garantias fundamentais, limitando-se assim, o poder do Estado.

² Do ponto de vista material, Bonavides esclarece que a constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais, compreendendo todo conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem. Na Escola de Viena, Kelsen descreve que por constituição material se entendem as normas referentes aos órgãos superiores e às relações dos súditos com o poder estatal. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 54).

Subdividido em três fases ou mesmo gerações, o constitucionalismo teve por desenvolvimento, a transição do Estado absolutista para o Estado de Direito³ ou Estado liberal de direito, constituído por uma Constituição política a preservar a sonhada liberdade. Entretanto, as normas políticas destacadas na Constituição Americana de 1787 e na Constituição Francesa de 1791 eram tão somente direcionadas ao legislador, impossibilitando a aplicação direta de suas normas ao caso concreto. Ademais, carregada pela ideologia do liberalismo econômico, o Estado não mais intervinha nas relações entre particulares, nem mesmo nos direitos de ir e vir. Por conseguinte, a preservação da autonomia da vontade implicou em uma nova forma de exploração, agora econômica, na qual não se exploravam mais súditos, mas os economicamente mais fracos.

Referida exploração acabou por fomentar outro movimento revolucionário⁴, na qual seriam buscadas as promessas de liberdade anteriormente conquistadas, visando o estabelecimento da igualdade material por meio de direitos sociais. Como se depreende dos textos normativos das Constituições Mexicanas de 1917, de Weimer em 1919, e no Brasil em 1934, abandona-se assim o Estado de Direito, dando início ao Estado Social de Direito, onde o Executivo acaba por assumir uma posição de destaque em face da demora na edição de normas pelo Legislativo, tornando-se o responsável por implementar políticas públicas suficientemente capazes de garantir direitos como a saúde, educação e lazer, e realizando ainda, atos como as medidas provisórias a fim de concretizar os direitos previstos na Constituição até então vigente.

Embora grandes os esforços realizados durante o constitucionalismo em suas duas primeiras gerações de direitos, estes novamente não conseguiram se efetivar, tendo em vista que se caracterizavam pelo positivismo jurídico. Importa esclarecer em estudo que o positivismo jurídico buscava o direito como resultado da razão distanciada de axiologismos, motivo pela qual seria alcançado um ordenamento integrado, desprovido de conflitos entre normas, afastando-se da existência de lacunas que permitissem novas interpretações não reconhecidas pelo Estado. Aliás, cumpre salientar que as barbáries provocadas pela ideologia nazista decorreram de tais premissas, em que apenas no Estado residia legitimidade, fundamento pelo qual implicaria na exclusão de toda e qualquer conduta não reconhecida.

Neste passo, restava configurado que o positivismo adotado era algo superficial, do qual seria imprescindível a busca por novos parâmetros capazes de definir a realidade, mesmo

³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares: O Estado e os sistemas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Coimbra, 2003.p. 105.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

porque em uma sociedade liberal, as ciências humanas também configuravam imprecisões entre teoria e prática, refletindo assim, em mais um instrumento de dominação pelas classes. Verifica-se assim, na busca pela superação das interpretações mecanicistas como reflexo de uma melhor aplicação do direito, o retorno de valores e princípios capazes de sustentar o convívio social a fim de ser reconstruído o direito vigente, depositando no Estado (leia-se poder judiciário, o guardião constitucional) a responsabilidade por efetivar direitos fundamentais, incumbido por interpretações e aplicações diretas da Constituição.

Deve ser destacado que a separação dos poderes começava a adquirir forma ainda na Grécia Antiga como decorrência dos estudos filosóficos de pensadores como Aristóteles, que em sua obra “A Política” já acreditava o quão perigoso seria atribuir o exercício pleno do poder apenas a um indivíduo, ou ainda, como Platão, outro dos exponenciais filósofos da antiguidade que também propunha a ideia de desconcentração dos poderes como meio de resguardar o povo de eventuais abusos que pudessem ser cometidos. Entretanto, embora demonstrada a importância da separação dos poderes na antiguidade, atribui-se a Montesquieu, em sua obra “O Espírito das leis”, a consagração da clássica tripartição dos poderes. Aquele que elabora a lei não pode julgar ou legislar, aquele que a executa não pode legislar ou julgar, e aquele que a julga não pode executar ou legislar.

Apesar da tripartição ser analisada sob o prisma constitucional, a concepção de Montesquieu, qual seja, a do judiciário ser a boca que pronuncia a norma estabelecida pelo legislador, parece não mais se compatibilizar com as mudanças estruturais da sociedade, uma vez que o judiciário assume posição de garantidor de direitos fundamentais e controlador dos atos públicos após a Segunda Guerra. A imparcialidade frente aos anseios sociais e o procedimentalismo não são admitidos no atual ordenamento jurídico, visto que o direito deve atingir não somente aquilo que a lei prescreve, mas deve acompanhar a dinâmica social, sob pena da sociedade novamente voltar a vivenciar suas aflições. É neste diapasão que a construção de uma Teoria Crítica do Direito alcança na atualidade a relevância necessária para a compreensão do exercício jurisdicional como instituição democrática responsável por efetivar garantias fundamentais.

Não obstante o elevado poder criativo do intérprete judicial em razão das cláusulas constitucionais abertas, e no fato de que a corte constitucional não deva ser cega diante os conflitos a serem enfrentados, também é certo que somente poderá agir dentro das possibilidades estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Por isso, o acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando a necessidade de explicações acerca desse fenômeno.,

mas que em síntese, uma “juristocracia” (protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual) não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder manifestada pelos juízes, mas deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes.

1.2 O ativismo judicial em resposta à crise de legitimidades.

Trazendo uma visão generalizada do judiciário em face da relevância adquirida no desempenho de suas funções, convém pôr em relevo que apesar de imprescindíveis os esforços judiciais na busca por contribuições capazes por refletir em uma melhor aplicação do direito, merece destaque uma análise acerca das decisões especialmente emanadas por uma Corte Constitucional, ao que a doutrina vem denominando por postura ativista⁵. Embora existam imprecisões acerca do conceito de ativismo judicial, este tem sido um dos grandes instrumentos críticos ao comportamento de juízes constitucionalistas, tendo em vista que suas decisões vêm sendo tomadas sem que haja uma efetiva supervisão e controle.

De fato, desde o final da 2ª Guerra Mundial, verificou-se na maior parte dos países ocidentais, um avanço da Justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária. Entretanto, a expressão originária do cenário norte-americano ainda traz valorosa desconfiança, no sentido de que tal comportamento foi alvo de inúmeras associações a qualquer resultado controverso e indesejável.

A expressão “judicial activism⁶” acaba por ganhar desenvoltura no artigo do professor de Harvard, Arthur Schlesinger, “The Supreme Court: 1947”, juntamente com a expressão “self restraint” ou autocontenção, ambas caracterizando as posições da Suprema Corte ao enfrentar temas controvertidos. À época, o New Deal proposto pelo presidente Franklin Roosevelt era alvo de grandes controvérsias, tendo em vista que o tribunal considerava por inconstitucional o plano de recuperação econômica norte-americana. Na tentativa de aprovar suas propostas, Roosevelt enviou projeto ao Senado para que fossem acrescentados à Corte

⁵ Em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, Lenio Luiz Streck orienta que as “pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?” (STRECK, Lenio. *O Ativismo Judicial existe ou é imaginação de alguns?* Revista Consultor Jurídico. 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns>> Acesso em 27.03.14.)

⁶ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Fórum, 2010.

Constitucional, um novo juiz para cada um que lá se encontrasse com mais de 70 (setenta) anos, o que daria um acréscimo de 09 (nove) para 15 (quinze) juízes, permitindo-se assim, posicionamentos favoráveis aos seus programas. Em meio a este conturbado contexto que Schlesinger dividiu os ministros em autocontenciosos (Black, Douglas, Murphy e Rutledge) e ativistas (Frankfurter, Jackson e Burton). Autocontenção representava o recuo da corte sempre que os temas sustentassem forte carga polêmica, praticando a chamada jurisprudência defensiva, atendo-se ao procedimentalismo e remetendo a questão a outras esferas do poder, enquanto o ativismo representava aqueles que desconsiderassem precedentes ou mesmo princípios para promover questões sociais.

O comportamento ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, como aquelas em que há uma declaração de inconstitucionalidade de atos normativos editados pelo legislador com base em critérios menos rígidos do que os normalmente adequados, a imposição de condutas ou abstenções ao poder público, e ainda, quando da aplicação direta do texto constitucional às situações por ela não contempladas. Assim, algumas particularidades devem ser levadas em consideração quando da sua análise, especificamente no que concerne aos enfoques concedidos pelos sistemas adotados, uma vez que a controvérsia proveniente do sistema “common law”⁷ adotado pelo Estados Unidos, deposita em seus precedentes jurisprudenciais a principal fonte do direito, não eliminando a possibilidade de criação de normas jurídicas para preencher as lacunas, valendo-se de métodos predeterminados pelo próprio sistema, o que demonstra por si só a distinção para com o ativismo realizado em território brasileiro, associando especialmente ao comportamento dos magistrados em face da invasão de competências.

Portanto, cumpre salientar que o ativismo como problema (ou solução) atual não se trata de algo específico do exercício jurisdicional brasileiro, sendo alvo de intensos debates em todos os cenários políticos dos quais a democracia impera. Isto porque o direito outrora vigente aproximava-se de matrizes formalistas e dogmáticas, fundamentados na crença cega da neutralidade do direito e ainda, a uma obediência incontestável à lei, tudo como possíveis traços deixados por um legado positivista ainda a ser superado⁸. Deve-se partir da hipótese de

⁷ BICCA, Carolina Scherer. *Desmistificando o ativismo*. Direito Público. Porto Alegre, ano 9, n. 46, p. 213-226, jul./ago. 2012.

⁸ Lenio Streck consignou que “(...) “cumprir a letra da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que estão “descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realista, etc.), são positivistas. (...) Do mesmo modo que são positivistas hoje os juristas que apostam na discricionariedade judicial...! Ou em ativismos judiciais irresponsáveis (o que dá no

que o fenômeno tende a se reproduzir em todos os locais onde os limites da jurisdição constitucional não sejam estritamente delimitados, a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.⁹

Desde suas origens, o comportamento foi alvo de questionamentos no que tange à legitimidade do poder judiciário em desconstituir atos normativos do executivo ou declarar inconstitucionais de leis votadas pelos representantes do povo. Isso porque o ativismo estaria a transmitir a ideia de que o judiciário, ao assumir em sua estrutura decisória o acentuado protagonismo no contexto atual, cada vez mais interfere no equilíbrio extraído da clássica repartição de poderes, exercendo frequente função legislativa, quando deveria esta ser prestada em caráter excepcional, configurando uma verdadeira usurpação¹⁰ na dinâmica governamental.

Conforme orienta o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial estaria a expressar uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.¹¹ Entretanto, a existência de uma Constituição analítica ou mesmo garantista, estabelecendo um rol de direitos fundamentais dos cidadãos, proporciona a amplitude de possibilidades para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil, e ainda, a progressiva atuação do judiciário na resolução dos conflitos, onde sua participação no processo de tomada de decisões se tornou cada vez mais frequente, face à necessidade de se atribuir sentido a expressões indeterminadas, e justamente porque é na Constituição que o título de guardião é atribuído ao Supremo Tribunal Federal, tornando-os verdadeiros participantes no processo de criação de normas.

A expansão do Judiciário e adoção do ativismo também representa uma crise de representatividade e legitimidade que assolam as outras esferas do poder, das quais o judiciário vem prolatando decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo, haja vista a insuficiência/inércia das garantias legislativas.

mesmo). Seja isso para o bem ou para o mal.” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?*- 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p 90. Coleção O que é isto-I).

⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 88.

¹⁰ NUNES, Luiz Roberto. *Ativismo judicial*. Direito Público. Porto Alegre, ano 8, n. 40, p. 7-24, jul./ago. 2011

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Revista Consultor Jurídico. 22 de dezembro de 2008. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 20.06.2014.

Aliás, uma Constituição como documento formal, por si só retira da órbita política um conjunto de decisões tomadas em caráter definitivo pelo constituinte originário, vez que se alguns direitos fossem deixados a cargo do legislativo, especialmente aqueles referentes à liberdades, poderiam não estar seguros¹². Em observância da supremacia constitucional, a Constituição como fonte do ordenamento jurídico deverá ser efetivada, justamente pelo fato de nos proteger da arrogância e da prepotência do Estado, garantindo-nos contra qualquer ameaça, através de uma série de direitos fundamentais, nos quais o legislador não poderá nos impor comportamentos, se o fundamento de validade de todas as leis não nos impedir de praticar ou não nos obrigar a fazer. Indaga-se, porém, se o protagonismo judicial, tanto na construção de normas quanto no abandono de interpretações mecanicistas estariam representando alteração fundamental da natureza do governo democrático¹³.

Por um lado, temos que o poder judiciário se insere na temática do país a partir do momento em que se verifica a crise de legitimidade e caso a corte venha a se silenciar quanto ao cumprimento da norma constitucional, na verdade dá as costas não só a um documento formal, mas a toda sociedade, haja vista vivermos em tempos em que a Constituição traz a necessidade dos tribunais concretizarem suas disposições, valendo-se da interpretação de seu texto¹⁴. Todavia, a ameaça do Estado constitucional em solidificar-se em um sistema de governo predominantemente judiciarista denota a busca incessante pelo poder na estrutura decisória, habilmente justificada por Marshall, ao decidir o caso *Marbury VS. Madinson*¹⁵, nos quais os teóricos já expressavam seu repúdio no continente europeu por representar a verdadeira usurpação.

Apesar de longevos debates que circundam a temática, não se pretende a mera boca da lei, mas também será necessária uma contínua e crescente análise crítica, devendo ser instigadas reverberações em torno das linhas ativistas, vez que apesar das contribuições realizadas no cenário mundial, a relevância do papel político de cortes constitucionais em contraposição à vontade da maioria politicamente organizada deve estar não somente sob o crivo do cenário atual, como também em contexto porvindouro, na qual referidas estruturas

¹² PAIVA, Paulo *et alii*. *As Novas Faces do Ativismo*. São Paulo: Jus Podium, 2013. p. 508.

¹³ Julia Ximenes esclarece que conquanto não se possa afirmar que a função precípua do Estado foi alterada, o seu exercício vem sendo revisado por meio do abandono da tecnocracia para lhe conferir maior participação na própria construção das normas, quanto na proatividade para o atingimento da efetividade da letra da lei e da prestação jurisdicional”. (XIMENES, Julia Maurmann. *Judicialização da política e democracia*. Brasília: IDP, 2014)

¹⁴ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Fórum, 2010.

¹⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 32.

decisórias devem estar submetidas a controles, responsáveis pela imposição de limites, sob a pena de arriscar-se em permissões que ultrapassem as barreiras da segurança jurídica e do senso comum, apto a legitimar, mesmo que indiretamente, eventuais abusos que possam prevalecer sobre a vontade popular¹⁶. Uma atuação distanciada de delimitações por parte de membros não eleitos diretamente pelo povo, ocupantes de cargos vitalícios e não submetidos a controles evidencia a possibilidade de posturas claramente políticas em contraposição à vontade da maioria politicamente organizada, legitimando-se assim, senão em abusos, em uma profunda alteração da própria estrutura do Estado.

2 DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

2.1 Estado e domínio como fontes do direito.

Desde a antiguidade, dia após dia, a sociedade vem evoluindo em uma dinâmica da qual se permitem construções, reconstruções ou modificações de conceitos paradigmáticos, tudo a fim de se alcançar uma melhor estrutura de convivência social. Algumas dessas mudanças derivam principalmente das grandes transformações adquiridas pelo Estado¹⁷. Aliás, face à imprescindibilidade da figura Estatal na busca por uma melhor organização social, importa salientar que embora numerosas sejam as teorias justificativas quanto à necessidade de sua existência, a teoria da força também denominada por origem violenta do Estado afirma que a organização política resultou do poder de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos.¹⁸ Indubitavelmente, resta demonstrado que Estado e domínio tornam-se conceitos intimamente correlacionados, vez que em face dos conflitos permanentemente travados entre indivíduos, sua criação vem da necessidade de regulamentar por meio

¹⁶ O Judiciário é o guardião da Constituição e deve efetivá-la em nome dos direitos fundamentais e dos valores democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. O ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema, mas é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Revista Consultor Jurídico. 22 de dezembro de 2008. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 20.06.2014).

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁸ Glumpowicz e Oppenheimer desenvolveram amplos estudos a respeito das primitivas organizações sociais, concluindo que foram elas resultantes das lutas travadas entre os indivíduos sendo o poder público uma instituição que surgiu com a finalidade de regulamentar a dominação dos vencedores e a submissão dos vencidos. (MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 72.)

coercitivo, a manutenção das classes dominantes por intermédio de estruturas criadas ou dispostas a manter tal domínio.

Nesse passo, a fim de ser regulada a convivência e ainda, na tentativa de acompanhar novas realidades, o direito como ciência também se encontra em constante mutação. Ocorre que em face de toda a sua complexidade, Ferraz Jr. registra que apesar do direito em sua ciência prática e dogmática visar a proteção do indivíduo de qualquer poder arbitrário que possa ser exercido à margem da regulamentação, determinando oportunidades iguais e amparando os desfavorecidos, por outro lado, torna-se um instrumento manipulável capaz de frustrar as aspirações dos mesmos, permitindo o uso de técnicas de controle e dominação que por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas.¹⁹

Partindo-se da premissa de que nenhum saber é totalmente absoluto, uniforme e inesgotável, nenhum modelo de “verdade” expressa de modo permanente e contínuo, respostas a todas as necessidades, incertezas e aspirações humana,²⁰ tornando-se imprescindível para o desenvolvimento da sociedade o questionamento da legalidade estrita compreendida na ciência do direito, uma vez que apesar de suas concepções visarem a promoção humana, esta também possui o viés de controle social, nas quais as transformações sociais por ela tendem a não ser acompanhadas.

Daí a necessidade de se compreender a construção de uma Teoria Crítica do Direito e suas implicações/contribuições, haja vista a complexidade que envolve o exercício jurisdicional no período pós Segunda Guerra, como instituição democrática responsável por efetivar garantias fundamentais, sendo indispensável analisar o modelo de Estado constitucional adotado em face de um sistema de governo predominantemente juristocrático²¹, mesmo porque assumir os contornos de atividade própria de produção normativa, envolvendo a relação entre dissensos morais e políticos, pode representar uma profunda alteração da natureza democrática.

Com o intuito de questionar o autoritarismo e confrontá-lo, a emancipação humana obteve fundamental importância em tentativa de superação das formas de domínio e

¹⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

²⁰ CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira; SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. *Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil*. Revista Consultor Jurídico. 03 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaios-teoria-critica-direito-brasil>> Acesso em 30.06.2014.

²¹ Paulo Paiva aduz que a doutrina contemporânea cunhou a expressão “juristocracia” a fim de se transmitir a ideia segundo a qual o judiciário assume proeminentemente decisória dentro da estrutura estatal, interferindo, senão quebrando, todo o equilíbrio estabelecido pela repartição democrática de competências, dando curso a uma progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos político-majoritários. (PAIVA, Paulo et alii. *Opus cit.* São Paulo: Jus Podium, 2013. p. 500).

repressão. Justamente por este motivo que se questiona a monopolização do Direito pelo Estado, uma vez que na atual conjuntura dos fatos, este se torna um potencial agente alienador do sujeito e da exclusão das massas. Como imposição e tendência de uma nova roupagem ao direito moderno, este deve servir de plataforma para um conseqüente transformação social, servindo ainda como meio de combate a ideologias de opressão e exploração das classes mais humildes.²² A partir do legado da Teoria Crítica é que começava a ser sustentado a possibilidade do uso da razão como instrumento de libertação do homem, no qual o pensamento jurídico crítico passou a entender o direito também como instrumento dessa mesma libertação, em oposição a todas as formas de injustiça e opressão geradas no seio da sociedade capitalista, de forma a se penetrar no mundo das aparências para expor as relações sociais subjacentes que frequentemente iludem.

O capitalismo se insere em uma sociedade dinâmica devido à sua incessante transformação e ao mesmo tempo uma sociedade estática, porque se reproduz, a cada dia, sob os mesmos moldes.²³ Portanto, a Teoria Crítica está focada em entender a cultura como elemento de transformação da sociedade, valendo-se do Marxismo para explicar a sociedade e a psicanálise para esclarecer a formação do indivíduo. Para Marx, a *crítica* representa o discurso revelador de ideologias ocultadas que projetam os fenômenos de forma distorcida, tornando-se assim, um novo tipo de teoria, da qual se busca revisar profundamente as tradicionais opiniões sobre a natureza do conhecimento. A crítica é o elemento que permeia todo o processo de conhecimento, não somente pondo em questão uma hipótese explicativa de um problema específico, mas suscitando uma atitude de desconfiança face ao conhecimento como tal, cujos objetivos e resultados são permanentemente questionados.

Deste modo, a *crítica* pode compreender determinado conhecimento que não é definitivo, tampouco dogmático. Cunhado por Max Horkheimer em meados da década de 1930, o termo “Teoria Crítica” rompe com as formas de racionalidade que une a ciência e a tecnologia em novas formas de dominação, rejeitando todas as formas de racionalidade que subordinavam a consciência e as ações humanas ao imperativo de leis universais em sua crítica da cultura, da racionalidade instrumental, do autoritarismo, e da ideologia.

²² SILVA, Marco Junio Gonçalves da. Breves linhas acerca da Teoria Crítica do Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12099&revista_caderno=15>. Acesso em jul 2014.

²³ A primeira ideia simples mas fundamental, será que a característica da teoria marxista do capitalismo é uma teoria histórica, e em todo caso, uma teoria dinâmica. A explicação teórica do capitalismo mostra porque ela só pode viver no progresso, em repetidas crises e em incessantes transformações. (RAYMOND, Aron. *O marxismo de Marx*. Tradução de Jorge Bastos. São Paulo: Arx, 2003. p. 429).

Segundo Max Horkheimer, a teoria em sentido tradicional, cartesiana, como a que se encontra em vigor em todas as ciências especializadas, acaba por ser mais abstrata e estranha à realidade. Isto porque o modelo científico tradicional foi concebido inicialmente para as ciências não humanas, e no momento em que esse modelo de ciência é transposto para o estudo das “ciências humanas”, o seu objeto se confunde com o próprio cientista, implicando na criação de uma teoria desvinculada da realidade, demonstrando neste caso que o juiz não é um sujeito completamente alheio na solução de casos. Assim, a Teoria Crítica surge como uma teoria dinâmica, superando os limites naturais das teorias tradicionais, pois não se atém apenas a descrever o que está estabelecido ou a contemplar equidistantemente os fenômenos sociais e reais²⁴ Suas produções sempre deveriam ser submetidas a questionamentos, evitando-se assim, na incidência de mais dogmatismos. Seus pressupostos de racionalidade são “críticos” na medida em que articulam, dialeticamente, a “teoria” com a “práxis”, o pensamento crítico revolucionário com a ação estratégica²⁵.

Da necessidade de se criticar o modelo científico tradicional que surge na Alemanha durante o período de ascensão nazista, a Escola de Frankfurt, constituída como centro de pesquisa social (*Institut fuer Sozialforschung*), fundado 1923, por Felix Weil, em Frankfurt, junto à Universidade de Frankfurt Am Main. Criado inicialmente para realizar investigações científicas, suplantado na aplicabilidade da ideologia marxista na ciência do direito, seus valores centrais são embasados pelo compromisso de penetrar no mundo das aparências, para expor as relações sociais subjacentes, criticando, inclusive, o fato de que as tendências positivistas passam muito superficialmente por todo o desenvolvimento. Enquanto as teorias críticas visam à emancipação e ao esclarecimento de algo que está sendo averiguado, as teorias científicas têm por finalidade a manipulação satisfatória do mundo exterior, ou seja, elas possuem uma função instrumental, criando-se mais dogmatismo, sempre em busca de uma fórmula necessária a resolver todos os conflitos.

Do mesmo modo que a teoria crítica vem para criticar a teoria tradicional, os juristas verificaram que o modelo tradicional de Direito apresentava falhas, principalmente com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando se constatou a necessidade de repensar a função do

²⁴ Fica claro, por conseguinte, que, enquanto a idéia de consciência e de razão na teoria tradicional está vinculada ao mundo da natureza e ao presente em contemplação, a teoria crítica expressa a idéia de razão vinculada ao processo histórico-social e a superação de uma realidade e, constante transformação. Surge como uma teoria dinâmica e abrangente, superando os limites naturais das teorias tradicionais, pois não e atém apenas a descrever o estabelecido ou a contemplar equidistantemente os fenômenos sociais e reais. (WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002).

²⁵ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zehar, 1985.

direito e revalorizar o direito natural. Todavia, é importante frisar que o pensamento crítico no direito surge como reação ao direito em seu caráter formalista e dogmático, procedimentalista e fundamentado na crença cega da neutralidade. Por conseguinte, não se deve questionar o direito instituído meramente na teoria, em obediência incontestável à lei, mas discuti-lo de forma reflexiva, buscando concretizar as demandas e garantias constitucionais, desde que não se torne em novo instrumento de manipulações sociais.

3 DO SOLIPSISMO JUDICIAL.

3.1 O protagonismo judicial e as frustrações da sociedade.

Desde o século XVII, a atividade jurisdicional esteve relacionada ao modelo de tripartição dos poderes proposto por Montesquieu, na qual o judiciário se firmava em pronunciar a mera expressão da vontade da lei. Todavia, diante a possibilidade eterna de aguardar o cumprimento de promessas pelo executivo e legislativo, o judiciário surge como uma grande via de concretização dos direitos. Tal fenômeno não é específico de nosso ordenamento, mesmo porque um texto constitucional, qualquer que seja o seu plano, representa um compromisso para com a sociedade, razão pela qual não mais se admite sua conversão em normas programáticas, que nem mesmo no decorrer do tempo possam se tornar alcançáveis, o que traduziria um texto em falsas promessas.

O constitucionalismo moderno acaba por implicar na necessidade que os tribunais possuem de concretizar todas aquelas garantias estabelecidas através da sua interpretação e aplicação. Entretanto, há que se considerar que um modelo constitucional de direito, não obstante os progressos por ele realizados, surge como decorrência da própria crise do modelo de Estado adotado. Conforme nos orienta Dr. Lenio Streck, se a Constituição determina um modo de resgatar direitos, via institutos como ação civil pública, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção “é porque no contrato social - do qual a Constituição é a explicitação- há uma confusão de que as promessas de realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas”.²⁶ Ademais, “a Constituição existe como documento que retira da órbita política ordinária um conjunto de decisões tomadas em caráter definitivo pelo

²⁶ STRECK, Lenio *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

constituente originário, contra as quais as eventuais maiorias legislativas não se poderão insurgir, decisões, portanto, contramajoritárias.”²⁷

Em linhas gerais, todo este cenário é descrito como inevitável, decorrendo do fato de que o ordenamento reconhece o status constitucional a determinados direitos como forma de proteção aos cidadãos, alçando o papel do Supremo como guardião de uma Constituição carente de interpretação em face de normas abstratas. É deste modo que o judiciário se transforma no guardião dos direitos e garantias, assumindo a responsabilidade de torná-la efetiva e eficaz. Todavia, a referida efetividade acaba por trazer determinadas indagações, tendo em vista que “a corte constitucional, além de aumentar por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgá-la, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor.”²⁸

Nesse sentido, a definição para o ativismo judicial compreende uma árdua tarefa por parte dos doutrinadores e operadores do direito. Por um lado, pode indicar a utilização da Constituição como repositório axiológico que deve orientar a interpretação do direito infraconstitucional, possibilitando ao juiz consagrar em sua decisão, a exegese que reflita os valores prevalentes no meio social, no momento histórico em que ela é proferida.²⁹ De outro modo, este tem sido um dos grandes instrumentos críticos ao comportamento de juízes constitucionalistas, tendo em vista que suas decisões vêm sendo tomadas sem que haja uma efetiva supervisão e controle. Sob qualquer forma, o ativismo judicial designa a postura participativa do juiz ao interpretar o próprio conceito de direito sob a perspectiva constitucional, inspirada em valores ou princípios da sociedade, de forma a se consagrar um real sentido de justiça.

Bradley C. Canon fixou alguns parâmetros capazes de identificar os momentos em que uma Corte Constitucional estaria a praticar o que foi convencionado por ativismo. Dentre eles, podemos analisar quatro de seus seis elementos. O majoritarianismo mede o grau pelo qual as políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas. Aliás, Habermas já orientava que o tribunal constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem, mas deveria zelar pela garantia da cidadania, limitando-se a proteger um processo de criação democrática de direito. Portanto, o controle de constitucionalidade se tornou ao longo dos anos um importante e imprescindível instrumento democrático, mas busca-se evitar a invalidação de normas com base em critérios menos rígidos do que os normalmente

²⁷ PAIVA, Paulo *et alii. opus cit.* São Paulo: Jus Podium, 2013. p. 508.

²⁸ BAHIA apud XIMENES, Julia Maurmann. *Opus cit.* Brasília, IDP, 2014, p. 14.

²⁹ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. *O ativismo judicial no direito comparado.* Revista AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul-Ano 35, n. 110 (jun. 2008)- Porto Alegre:AJURIS, 2008.

observados, pois as leis editadas e aprovadas pelo povo não devem ser extirpadas com frequência do ordenamento.

A estabilidade interpretativa seria o segundo parâmetro, pelo qual se analisa a frequência com que as decisões das Cortes, doutrinas ou interpretações são alteradas. A jurisprudência deve sim acompanhar as transformações sociais, mas apenas poderá alterá-las se consubstanciarem em mudanças justificáveis. Quanto ao terceiro e quarto parâmetro, a distinção do processo substantivo e a avaliação de um produtor de política alternativo, estes tem caminhado de mãos dadas pelo ordenamento brasileiro. Isso porque as decisões não podem se converter em enunciados substantivos, o que provocaria uma atitude ativa dos magistrados, permitindo ainda a sua atuação em face das inércias ou da ineficácia dos outros poderes³⁰.

Embora o modelo apresentado por Montesquieu não mais se coadune com as mudanças estruturais de nossa transmodernidade³¹, a matriz filosófica de sua célebre frase ainda é de grande valia, nos alertando “que *todo* aquele que detém poder tende a dele abusar, até que encontre um limite.” Sob uma perspectiva crítica, toda forma de organização política tem padecido de imperfeições, normalmente atreladas à corrupção. Entendia Aristóteles que todas as formas de governo são boas na medida em que o poder é exercido em benefício de todos, e no momento em que estes começam a exercer o poder em proveito pessoal, surge um estado de corrupção, transformando-se a monarquia em tirania, aristocracia em oligarquia e a democracia em demagogia.

A redemocratização de uma sociedade carente de realização de direitos, agregada a uma Constituição analítica a garantir direitos da forma mais ampla possível traduz o progressivo aumento de judicialização dos conflitos sociais, no qual os órgãos do Poder Judiciário vêm protagonizando o “paternalismo”, uma função central na tomada de decisões sobre as questões. Freud também nos alertava que no mal estar da civilização, ufanismos serviam como tem servido até hoje de mecanismos de compensação das frustrações. Daí porque o acentuado protagonismo judiciário aliado a um universo onde a principiologia

³⁰ O voto da ministra Ellen Gracie quanto à decisão que rejeitou a questão de ordem em arguição de descumprimento de preceito fundamental- ADPF 54- registra que “não há como deixar de conferir à pretensão da autora o evidente intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu, ao não aprovar projetos de lei, no Congresso Nacional, com objetivo de introduzir, no sistema do Código Penal, a hipótese de não- punição de aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevivência”. *Íntegra do voto da ministra Ellen Gracie na ação sobre anencefalia*. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoEllenADPF54-QO.pdf>> Acesso em 30.07.2014.

³¹ COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro: Transmodernidade: Direito: Utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

domina pode trazer indagações acerca de como vem sendo decididas as questões e até quando podem funcionar sob os atuais critérios de hermenêutica.

O ativismo não sugere que o juiz simplesmente ignore a lei e se arrogue a função legislativa, mas este julgador não pode valer-se do ativismo como justificativa para arbitrariedades ou mesmo usurpações ao legislador. Deste modo, conforme as lições do ministro Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial tem sido parte da solução e não do problema, mas comparando-o ao antibiótico, seu uso deve ser eventual e controlado, haja vista que a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.³²

3.2 Da intrincada relação entre Hermes e os Deuses.

Decorrente das imprecisões e dos espaços por vezes não preenchidos pela Constituição, o papel reservado à jurisdição constitucional tem sido objeto dos maiores debates sobre a hermenêutica jurídica no estado democrático de direito. Até o segundo pós guerra, não havia o reconhecimento de constituições normativas, mas tão somente um legalismo rasteiro, reduzido a conceitos estritos ou abstratos da lei. É no momento em que esta legalidade passou a ser compreendida sob o manto da constitucionalidade que o juiz se torna o encarregado de exercitar a retórica como instrumento da norma.³³ Desde logo, é de indagar se há possibilidades de dar respostas a estas hesitações. Enquanto posturas procedimentalistas não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando-a apenas a tarefa de exercitar o controle de constitucionalidade, substancialistas vêm no judiciário, a garantia do fortalecimento institucional democrático.

Os juízes não são seres inanimados. Devem interpretar e declarar o direito ao caso concreto em seu imenso campo de atuação, sem se limitarem à realização de leituras mecânicas da lei. Contudo, podem se deparar com mais de uma interpretação razoável do texto legal, o que se revela principalmente diante dos denominados *hard cases*. Tal discricionariedade, porém, não pode ser incondicionada. A clássica tensão entre texto e sentido nos leva a refletir acerca do solipsismos que possam ocorrer na transmissão do conteúdo das mensagens, e nesta tarefa, mecanismos como princípios, ponderação de valores

³²BARROSO, Luis Roberto. *Opus cit.* Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 20.06.2014.

³³STRECK, Lenio. *Opus cit.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ou livre convencimento motivado não devem ser invocados como justificção para arbitrariedades, mas tão somente para nortear seu exercício, sem que haja estimativa pessoal representando apenas os ideais de um pequeno grupo particular.

Ora, mas é na retórica que se encontra um dos “mecanismos de submissão, precisamente a interpretação das leis, cuja metodologia e filosofia subjacente estão ao dispor de grupos que reúnam condições materiais para manipular a ciência do direito e os denominados operadores do direito”.³⁴ Na mitologia grega, Hermes era o mensageiro dos deuses, responsável dentre tantas tarefas, por intermediar as relações entre deuses e mortais³⁵. A divindade era incumbida de levar as preces e aflições mortais até os deuses, e trazer suas respostas aos mortais. Não é difícil compreender o porquê da divindade ter se tornado extremamente poderosa. Nunca se teria o conhecimento acerca do que os deuses e mortais de fato determinaram, e nem mesmo se tais aspirações eram reais.

Na verdade, o direito compreendido a partir do Estado democrático não se encontra apenas no modelo liberal individualista associado ao exegetismo, mas também, pelo fato de que a permissão de liberdades interpretativas aos juízes contribuiu para construção do direito pelos próprios magistrados³⁶. Marx nos ensinava que todo produto traz os traços do sistema produtivo que o engendrou, e nesse mesmo sentido, a hermenêutica constitucional contemporânea vem se preocupando com a questão dos fundamentos, princípios e direitos fundamentais, enquanto os donos do poder manipulam a Constituição consoante seus interesses, dando pouca ou nenhuma importância para a sofisticada teoria.³⁷

O que dizer sobre um controle de constitucionalidade na qual uma lei fosse declarada inconstitucional pelo simples fato dos ministros não se afeiçoarem ao representante que as editou? Como identificar o momento em que uma decisão passa a ter contornos subjetivistas, individualistas, solipsistas? Talvez por isso, grande parte das críticas, dentre elas, àquelas realizadas à Corte Warren pelo Presidente americano, Richard Nixon, se referem ao fato de que uma comunidade deve ser governada por aqueles eleitos pela maioria e responsáveis por ela, e não por um grupo de juízes gozando de estabilidade em virtude de cargos vitalícios, de cujo protagonismo possa prevalecer sobre a vontade popular.

³⁴COELHO, Luiz Fernando. *Fumaça do Bom Direito: Ensaios de Filosofia e Teoria do Direito*. Curitiba: Bonijuris/JM, 2011.

³⁵STRECK, Lenio. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, nº 54, p. 29-46, jul. 2007. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bases-para-compreens%C3%A3o-da-hermen%C3%AAutica-jur%C3%ADdica-em-tempos-de-supera%C3%A7%C3%A3o-do-esquema-sujeito-o>> Acesso em 28.07.2014.

³⁶STRECK, Lenio *Opus cit.* 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁷COELHO, Luiz Fernando. *Opus cit.* Curitiba: Bonijuris/JM, 2011. p. 258.

O juiz como parte do processo não é um sujeito estranho a qualquer relação. A hermenêutica esclarece que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo) onde os sentidos já vem antecipados. Nesse sentido, soluções diversas resultantes da atividade exegética poderiam ser apontadas para um mesmo caso. Portanto, a compreensão de um fenômeno pode resultar até mesmo de desvios interpretativos a comprometer todo um sistema, tudo a depender da forma com que os juízes interpretam (ou queiram interpretar) o problema.

Ademais, quem muda a Constituição é o legislador e não o intérprete, vez que ao juiz não é dado o poder de inovar o ordenamento. No momento em que este passa a criar legislação no ordenamento, sua aplicação retroativa ao caso concreto implicará na punição da parte perdedora não por ter violado um dever legal, mas por ter violado um novo dever, considerado ainda que se a lei já existisse, o réu teria tomado um maior conhecimento, garantindo-se assim a possibilidade completa das partes apresentarem suas defesas embasadas pela legalidade. Todo este cenário expõe o fato de que a crise do Estado demanda uma mudança bem mais profunda em suas estruturas, no qual o aumento irrefreável do espaço do poder pode comprometer os pilares que sustentam a democracia. Como um círculo, o ativismo judicial tem sido capaz de contornar o problema, mas logo retornará à origem, deparando-se novamente com a necessidade de reformas.

Assim, estamos caminhando para uma sociedade em que o plano da justiça constitucional tem se tornado as esperanças de poucos indivíduos, ao mesmo tempo em que o agir legislativo e executivo se encontram desestimulados, cada vez mais silentes diante as questões sociais e complexas. Isto porque garantir direitos por meio do judiciário parece não ser a melhor das alternativas, haja vista que garanti-los somente àqueles que tenham o conhecimento acerca de formas de acesso a justiça exclui grande parte da sociedade, principalmente as provenientes das camadas mais baixas. Contudo, mesmo em um universo utópico, onde todos desfrutassem do conhecimento, o que seria feito se todos os pacientes que aguardavam o atendimento médico em uma fila de hospital se socorressem no judiciário para ver garantido o atendimento? Talvez por este motivo tenha surgido o instituto da reserva do possível como limite aos casos de interferências judiciárias que possam influir no orçamento público, a delimitar até que ponto poderá um direito ser assegurado constitucionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por finalidade, a análise do ativismo judicial sob uma perspectiva da teoria crítica do direito, buscando compreender o papel assumido pelo judiciário como guardião constitucional face aos anseios da sociedade. Valer-se da Constituição como repositório axiológico, possibilitando ao juiz consagrar em sua decisão os valores prevalentes no meio social demonstra que as Cortes Constitucionais vêm buscando soluções que lhes pareçam mais adequadas para o momento histórico do qual vivenciamos, a qual denota uma sociedade carente de direitos diante uma constituição que representa as esperanças de um verdadeiro compromisso do Estado para com o povo, mesmo porque sua elaboração se tornou fruto da redemocratização do país após o período ditatorial, da qual a sociedade ainda deposita suas expectativas.

Denota-se que as inércias do legislativo e do executivo transpuseram ao judiciário a responsabilidade por assumir um protagonismo/paternalismo diante dos conflitos sociais. Entretanto, o comportamento ativista das cortes constitucionais, não apenas no que tange ao ordenamento brasileiro, mas como algo intrínseco a todos os Estados dos quais a democracia impera, vem sendo alvo de inúmeros debates, dentre os quais se analisa a possibilidade futura de nos depararmos em posturas claramente políticas em contraposição à vontade da maioria politicamente organizada, seja na inovação do ordenamento, seja pelo controle de constitucionalidade baseado em critérios menos rígidos dos que os normalmente utilizados.

Longe de se alcançar respostar, deve ser destacado que o ativismo como instrumento capaz de efetivar direitos na busca por uma melhor estrutura de convivência social vem obtendo êxito especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, a questão se torna bem mais complexa quando da sua análise em contexto porvindouro, na qual referidas estruturas decisórias devem estar submetidas a controles, responsáveis pela imposição de limites, sob a pena de arriscar-se em permissões que ultrapassem as barreiras da segurança jurídica. Não se deve questionar o direito instituído meramente na teoria, em obediência incontestável à lei, mas discuti-lo de forma reflexiva, buscando concretizar as demandas e garantias constitucionais, desde que não se torne em novo instrumento de manipulações sociais.

Importante frisar que o pensamento crítico no direito surge como reação ao seu caráter formalista e dogmático, procedimentalista e fundamentado na crença cega da neutralidade. Portanto, não se pretende que o juiz seja a mera “boca da lei”, pois estes devem interpretar e declarar o direito ao caso concreto em seu imenso campo de atuação, sem se limitarem à realização de leituras mecânicas da lei, tudo em decorrência das imprecisões e dos espaços por vezes não preenchidos pela Constituição. Contudo, a clássica tensão entre texto e sentido

nos leva a refletir acerca do solipsismos que possam ocorrer no ativismo judicial, dos quais mecanismos como princípios, ponderação de valores ou livre convencimento motivado não devem ser invocados como justificacão para arbitrariedades.

Em face de uma espécie de “darwinismo” constitucional, o estado liberal depositava no legislativo a responsabilidade por efetivar a norma, da mesma forma que o estado social depositava no executivo tal obrigacão, mas ambos falharam. Desta forma, o que fazer quando o judiciário falhar no estado democrático de direito torna-se uma indagação ainda mais reflexiva a ser realizada, da qual apenas o tempo possa se encarregar de decifrar sua complexidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodoro W; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

BARROSO, Luis Roberto. Judicializacão, ativismo social e legitimidade democrática SL Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 24.03.2014.

BICCA, Carolina Scherer. *Desmistificando o ativismo*. Direito Público. Porto Alegre, ano 9,n. 46, p. 213-226, jul./ago. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012).

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira; SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. *Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil*. Revista Consultor Jurídico. 03 de agosto de 2009. Disponível em <[http: http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaios-teoria-critica-direito-brasil](http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaios-teoria-critica-direito-brasil)> Acesso em 30.06.2014.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabus, 1991.

_____. *Fumaça do Bom Direito: Ensaio de Filosofia e Teoria do Direito*. Curitiba: Bonijuris/JM, 2011.

_____. *Saudade do futuro: Transmodernidade: Direito: Utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. *O ativismo judicial no direito comparado*. Revista AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul- Ano 35, n. 110 (jun. 2008)- Porto Alegre: AJURIS, 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoEllenADPF54-QO.pdf>> Acesso em 30.07.2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

GEUSS, Raymond. Trad. Bento Itamar Borges. *Teoria Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt*. Campinas: Papyrus, 1998

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. Trad. João Baptista Machado. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. (SL): Fórum, 2010

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares: O Estado e os sistemas constitucionais*. 7 ed. [S.L.]: Coimbra, 2003.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 8, n. 40, p. 7-24, jul./ago. 2011

PAIVA, Paulo et alii. *As novas faces do ativismo*. São Paulo: Jus Podium, 2013.

RAYMOND, Aron. *O marxismo de Marx*. Tradução de Jorge Bastos. São Paulo: Arx, 2003. p. 429).

SILVA, Marco Junio Gonçalves da. Breves linhas acerca da Teoria Crítica do Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12099&revista_caderno=15>. Acesso em jul 2014.

STRECK, Lenio. *O que é isto - Decido conforme minha consciência*. 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *O Ativismo Judicial existe ou é imaginação de alguns?* Revista Consultor Jurídico. 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns>> Acesso em 27.03.14.

_____. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Sequência, n° 54, p. 29-46, jul. 2007. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bases-para-compreens%C3%A3o-da-hermen%C3%AAutica-jur%C3%ADdica-em-tempos-de-supera%C3%A7%C3%A3o-do-esquema-sujeito-o>> Acesso em 28.07.2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

XIMENES, Julia Maurmann. *Judicialização da política e democracia*. Brasília: IDP, 2014)