

A ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO PARADIGMA PARA A CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA: A (NÃO) SUPERAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

THE JUDICIAL ACTIVITY AS A PARADIGM FOR DEMOCRATIC CONSOLIDATION: THE (NOT) OVERCOMING OF JUDICIAL ACTIVISM FOR THE CONSTRUCTION OF A CONSTITUTIONAL JURISDICTION.

VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

Professora do Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" - Mestrado em Direito - da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Coordenadora do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) da UFSM, com bolsa de fomento do CNPQ/CAPES - Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES – n.º 07/2011.

MARÍLIA DO NASCIMENTO PEREIRA

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) na área de concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com a linha de pesquisa Direitos da Sociedade em Rede. Integrante do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

RESUMO

O presente estudo científico busca analisar a evolução do Estado e da Jurisdição constitucional com vistas a elencar as heranças desses momentos na atividade jurisdicional atual. Desta forma, apresenta-se uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Com vistas a apontar em que medida a superação ou manutenção do ativismo judicial afeta a construção de uma jurisdição democrática, pretende-se destacar quais seriam os paradigmas para uma decisão adequada ao Estado Democrático de Direito. Aduz-se para a necessidade de uma jurisdição que aplique uma filtragem constitucional e distancie-se dos decisionismos baseados no protagonismo judicial. Conclui-se pelo uso do método de pesquisa hermenêutico fenomenológico para apropriação adequada do direito juntamente com o contexto histórico e social.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Jurisdição; Constituição.

ABSTRACT

This scientific study is to analyze the evolution of the state and constitutional jurisdiction with a view to listing the legacies of those times in the current judicial activity . Thus , it presents a distinction between judicial activism and legalization of politics . In order to point out the extent to overcoming or maintenance of judicial activism affects the construction of a democratic jurisdiction it is intended to highlight what are the paradigms for a proper decision to democratic state . It adds to the need for a court to apply a constitutional filtering and distance yourself from it based decisionismos the judicial role. We conclude by use of the hermeneutic phenomenological research method for proper ownership right along with the historical and social context.

KEYWORDS: Judicial activism; Jurisdiction; Constitution.

INTRODUÇÃO

Em que pese à evolução do Estado, com o rompimento das ideias abolutistas de concentração de poder nas mãos do monarca, adentrando nas ideias liberais baseadas na mínima intervenção estatal na liberdade dos indivíduos, chegando à constituição do Estado de Bem-estar social e por seguinte a emergência do Estado Democrático de Direito, muitas foram às heranças que esses períodos transportaram para a jurisdição atual.

Cada qual dessas épocas marcou a atividade jurisdicional que perpetua a realidade da sociedade pós-moderna, muitas vezes de forma positiva ou de forma mais negativa. Foram assim com as heranças deixadas pela filosofia do racionalismo, que ainda assombram a forma de decidir no cenário da processualística brasileira, baseadas nas vontades do juiz sem preocupação em realizar uma filtragem constitucional sobre o tema.

Nesse cenário, importa mencionar o fenômeno do ativismo judicial que vem crescendo no dia-dia decisório do país sem, contudo, confundi-lo com a judicialização da política. Impõe-se nesse momento a necessidade de estudar como esses fenômenos afetam a construção de uma jurisdição constitucional democrática.

A fim de enfrentar as questões da discricionariedade nas decisões e como elas afetam uma jurisdição democrática, pergunta-se em que medida o ativismo judicial é inadequado ou não para a consolidação do Estado Democrático de Direito? Existiriam formas adequadas de ativismo judicial, ou qual a forma de decidir condizente com a ordem constitucional vigente e a emergência de direitos da sociedade em rede?

Para realizar tal pesquisa se fará uso de uma abordagem metodológica através da compreensão hermenêutica fenomenológica da forma de decidir no atual cenário de direitos de uma sociedade em rede, preocupada principalmente com a filtragem constitucional das decisões, e que possibilita um olhar do acontecimento social e histórico do ambiente decisório e também processual.

Optou-se por dividir o presente trabalho de maneira a abordar a evolução do Estado e da jurisdição constitucional para embasar as atuais praticas de decisão no Estado de Direito. Além disso, procura-se evidenciar a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, perceber suas diferenças dentro do ordenamento

e entender suas consequências diversas para a formação de um posicionamento judicial que leva em conta parâmetros constitucionais.

1. A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DA ATIVIDADE JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL: DELINEAMENTOS CONCEITUAIS

Em que pese à primeira reflexão desse estudo pautar-se a partir daquilo que se entende por ativismo judicial e suas repercussões na forma de decidir dos juízes no Estado Democrático de Direito, é importante que se estude (de forma anterior) a evolução do Estado moderno e da jurisdição constitucional ao longo dos anos, esclarecendo algumas possibilidades que repercutem no atual cenário da modernidade.

O Estado Moderno surge como resposta à insegurança propiciada pelo Estado de natureza, “tornando-se fruto de um processo inexorável de concentração de poder sobre um determinado território através da figura do soberano, o Estado moderno, deixando de ser patrimonial, passa a identificar as figuras do Estado e do monarca em termos de soberania” (ISAIA. 2012, p.107). Torna-se assim, o Estado absolutista fonte de soberania do monarca que reunia em suas mãos todas as funções estatais, tais como a legislativa, executiva e judiciária.

Apresentar as bases dos Estados liberal e social permite por excelência, questionar as perspectivas liberais-individuais, coletivas e culturais a ponto de refletir sobre as bases constitucionais em uma busca hermenêutica do sentido para a construção normativa e para a construção de uma postura crítica frente aos pré-juízos que os juristas carregam e abordam frequentemente nas suas decisões.

Por esses motivos, o Estado Liberal com vistas à proteção das liberdades encontrou sua base secular na separação dos poderes, em resposta e numa estratégia para combater o absolutismo monárquico sedimentado até então. No campo da atuação jurídica, “o ordenamento jurídico positivado assumiu a função de limitador da vontade do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não poderiam ser extrapolados nem mesmo pelo Estado” (ISAIA, 2012, p. 112).

Foi assim que o direito entrou na era das codificações e baseou-se primordialmente no positivismo da lei¹, onde o juiz alcançou a função de “boca da lei”. Aqui se instalaram as bases racionalistas do direito, que o reduziu a uma cientificidade exata e que ainda corrobora os decisionismos na atualidade.

Sobre essa perspectiva, Jânia Saldanha (2012, p.140) explica que “a construção de uma ciência, liberta de todo o relativismo e polarizada pelo modelo racionalista-matemático como critério de cientificidade colocou a certeza sobre a verdade construída sobre a base da razão individualista” dentro do processo e, portanto da jurisdição. Aqui estavam alicerçados os parâmetros da decisão e que ainda hoje são buscados do dia-dia dos tribunais.

Já no que concerne a versão do Estado social, ou do Bem-Estar, a terminologia foi utilizada “para o fim de designar um sistema político e econômico onde a promoção da segurança, do bem-estar social e econômico é responsabilidade do Estado”(MOREIRA, 2002, p. 72) . Destacando-se para as funções do Estado, como promovedor e garantidor de direitos de cunho social, e então se dissociando da figura individualista para uma roupagem interventora dentro da vida do indivíduo.

É evidente que por essa postura interventora, “a atividade jurisdicional, pode ser qualificada como interventivo-ativista [...] que foi além do simples controle na promoção e efetivação das políticas públicas sociais, [...] está-se frente ao modelo jurisdicional criativo-ativista” (ISAIA, 2012, p. 340). Nesse ponto, percebe-se a intenção do juiz em ser ele parte que cria o direito, dando margem a discricionariedade e colocando-se como figura capaz de desvelar a verdade/vontade por traz da norma.

Retratando as marcas que o Estado social deixou no modelo seguinte, qual seja o Estado Democrático, Lênio Streck ressalta que “o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito” (STRECK, 1999, p. 37). É

¹ O que será “isto”, o “positivismo jurídico”? Trata-se de uma das indagações mais relevantes a se fazer na área do direito. Tão importante que, fôssemos médicos, estaríamos falando do funcionamento do coração. Pois o positivismo é, por assim dizer, queiramos ou não, o “coração do direito” (no mínimo no tocante ao estudo da complexidade do fenômeno). O que quero dizer é que há algo na teoria do direito (e na sua operacionalidade) que, historicamente, tem sido a sua condição de possibilidade. Em síntese, é “onde tudo começou”. (STRECK, 2010).

através do deslocamento do centro de tensões do legislativo e do executivo para o poder judiciário, que constitucionalmente o modelo democrático procurou garantir os direitos para a população.

Essas são marcas que o direito, o processo e principalmente as atividades jurisdicionais da atualidade ainda não conseguem se libertar, posto que a herança deixada aos juízes a partir desses momentos históricos, ainda marca sua subjetividade na forma solipsista de decidir, passando desde interprete à criador do direito.

Para retratar o surgimento do Constitucionalismo, André Coppetti Santos (2009, p.34), descreve que esse foi resultado da possibilidade de detenção da relação de dominação baseada no poder, destacando ainda que:

[..] a evolução histórica, no campo da filosofia política, das tradições individualista, coletivista e culturalista, em temas como o exercício do poder e suas implicações na constituição de modelos de sociedade, Estado e Direito, foi acompanhada por construções de uma série de soluções e engenhosidades que hoje compõem o universo constitucional.

Primeiramente o estado constitucional buscou romper com as formas de dominação de poder absolutas, alternando momentos de um viés individualista para um constitucionalismo social através da constitucionalização de direitos sociais. Sendo assim, o estado democrático veio a calhar essas ideias fazendo coabitar direitos individuais (em oposição à intervenção do Estado) e direitos sociais através de perspectivas coletivas(SANTOS, 2009, p. 139).

Tendo em vista o atual cenário do “constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna[.]” (BARROSO, 2012, p. 42). Destaca-se assim que a ordem constitucional do Estado democrático de direito ainda tem muito que alcançar, pois frequentemente retrata as ordens de sua origem.

Portanto, o constitucionalismo e a jurisdição constitucional sempre guardaram relação com o momento estatal vivido em cada tempo, possibilitando a importância de um regaste histórico desses modelos estatais para compreender os temas fundamentais de uma jurisdição adequada ao Estado Democrático de Direito. Que

se dará “a partir de práticas hermenêuticas que considerem a equação composta por sistema e problema, por modelos normativos abstratos e demandas sociais concretas, dentro do contexto de uma hermenêutica crítica” (SANTOS, 2009, p. 156).

Logicamente, que a partir de uma compreensão desses modelos, se passa analisar como essas posturas refletiram na forma de decidir do atual estágio do Estado de direito, preconizando posturas ativistas ou de judicialização da política.

2. A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A primordial importância de se falar em ativismo judicial e judicialização da política advém de um necessário olhar para a atividade rotineira de juízes em todo o país, em que, os juízos de decisão cada vez mais são pautados por uma maneira única de decidir. Deve-se, portanto, analisar quais são essas características que estão dentro das sentenças de mérito e sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Imprescindível lançar uma lente de observação crítica a todo o processo decisório, já que esse jamais poderá estar à margem do que expõe a Constituição e não deve fundamentar-se em questões pessoais daquele que decide. Para isso, começa-se analisar as questões de ativismo judicial e judicialização da política presentes no atual cenário da processualística, como um elo de compreensão das decisões e seus limites/possibilidades dentro da democracia.

Notadamente, ao retratar o fenômeno da judicialização da política no cenário processual brasileiro, Dierle Nunes aponta que (2009, p. 181):

A judicialização corporifica um “coroamento” de um movimento de reforço do papel do Judiciário que prepassou toda a fase autonomista de estudo do Direito Processual, devido à incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais e à consequente busca destas perante o “Estado-juiz”.

Nesse sentido, “a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta de uma maior consagração de

direitos e regulamentações constitucionais” (TASSINARI, 2013, p. 32) que inevitavelmente terminam no judiciário. Trata-se de uma questão social inerente a vontade do órgão, mas sim reside na ineficiência do Estado ao implementar direitos.

Claramente pode-se destacar que a judicialização da política rompe com dogmas processuais tradicionais, no caso da jurisdição constitucional “em evidente quebra da hegemonia da declaração decorrente da pura cognição, bem como do caráter individualista de processo” (SALDANHA, 2012, p. 194) ao proferir decisões *erga omnes* e distanciar-se das heranças que estado liberal deixou ao procedimento.

Destaca-se assim a atividade jurisdicional como condição de possibilidade do cidadão ter efetivados direitos e garantias que apenas ao acionar o poder judiciário tornam-se realidade. Na mesma senda, apontam-se as consequências da judicialização da política, “ocorre que essa tendência de uma equidade judicial no momento da aplicação do direito, especialmente quando é reduzido a quase nada o papel técnico do procedimento, da estrutura formadora dos provimentos pode trazer alguns problemas” (NUNES, 2009, p. 185).

Problemas esses atrelados ao risco que se tem de depositar extrema confiança e soberania na atividade do juiz, sem ter qualquer probabilidade real de quais são os valores que embasam a sua decisão.

Colocando a judicialização como realidade no cenário dos tribunais Moreira refere que: “A substituição da legitimidade do sistema político pela aristocracia do sistema de justiça revela o grande paradoxo em que vivemos: prescindir da democracia numa época em que se alcança uma liberdade segmentada, seja como consumidor, como usuário ou como eleitor” (MOREIRA, 2009).

Nessa seara incumbe ao judiciário a difícil missão de fazer justiça decidindo conforme os preceitos dispostos pelo ordenamento jurídico nacional, exercendo um verdadeiro papel garantista dos direitos constitucionais.

A garantia de direitos constitucionais, intimamente ligada a prática de judicialização da política no judiciário pode ser muito bem representada pela seguinte decisão que cumpre referenciar o direito a saúde no trecho (BRASIL, 2013):

O serviço público de assistência à saúde deve ser integral, incumbindo ao Poder Público disponibilizá-lo, à luz dos princípios constitucionais, haja vista a condição do menor impúbere, com quadro de alergia a proteína do leite de

vaca e soja, sem condições financeiras para adquirir o insumo nutricional. - Presente o perigo da demora inverso, prevalecendo o risco de dano em desfavor do agravado, cuja saúde pode ser comprometida pela negativa do Poder Público em fornecer-lhe o Neocate (interesse de agir configurado). - A **judicialização** de **política** pública harmoniza-se com a Constituição de 1988, pois a concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. TJ-MG - AI: 10183130108917001 MG , Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 24/10/2013, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/11/2013).

O judiciário a assim determinar o custeio de política de saúde relativo a produto não incluído em listas oficiais não está a criar determinada política pública, mas sim garantir direito constitucionalmente previsto e determinando seu cumprimento. Revela-se assim o tipo de tutela adequada ao Estado democrático, pois atrela jurisdição e Constituição. Nessa mesma seara Barcellos (2011, p. 12), refere que:

Um exemplo de judicialização da política no Brasil ocorre nos âmbitos do direito à saúde e do direito à educação. Trata-se de problema político premente que cada vez mais se desloca ou transfere para o Poder Judiciário, que se torna “fiador” da dívida dos outros Poderes, originária do descumprimento dos deveres constitucionais.

Já destacando as noções de protagonismo judicial sustenta Streck (2010, p. 158) ao dispor sobre o atual protagonismo judicial, a necessidade de a decisão judicial guardar relação com a democracia, de modo que afaste alguns critérios de interpretação do juiz quando representam em verdade atos de vontade dos próprios.

Na realidade, as questões envolvendo o protagonismo judicial ganharam força a partir da Constituição Federal de 1988, e “foi somente com a noção de constitucionalismo democrático – e justamente em razão disso – que se começou a pensar a atuação do judiciário a partir de uma perspectiva ativista” (TASSINARI, 2013, p. 26). Criou-se um cenário no Brasil, onde a concretização de direitos estaria condicionada a definições judiciais a cerca de questões relevantes da sociedade.

Com a doutrina de Dierle Nunes, ao confrontar o que denomina de protagonismo judicial, ou seja, a versão ativista do judiciário, ensina que (NUNES, 2009, p. 191-192) :

somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando mesmo em determinadas situações (hard cases), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.

Evidencia-se dessa passagem que frente aos valores pessoais de quem decide os princípios jurídicos, as normas e as tradições que permeiam determinada questão são deixados de lado, posto que o juiz torna-se protagonista do processo e das tutelas. Posição essa incompatível com a perspectiva democrática, já que renuncia aos dogmas constitucionais que sustentam o regime.

Segundo Clarissa Tassinari revelando a marca do ativismo judicial como contrário a ordem constitucional, o define “como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” (2013, P. 36). Tendo como principais elementos, pela leitura da referida autora, a decorrência do exercício de revisar atos dos demais poderes; maior interferência do judiciário; abertura a discricionariedade do ato decisório e aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.

Colocam-se assim na modernidade e na postura do juiz desse tempo as características que mais definem o ativismo judicial. Posto que diferentemente do que acontece com a judicialização da política na qual os problemas da população acabam inevitavelmente no judiciário devido a um descrédito dos demais poderes, o ativismo mostra-se como problema exclusivamente jurídico, pois decorre da postura de um órgão. Trata-se de dizer se o problema ocorre da interpretação do ato de vontade do interprete ou do resultado de um projeto de pré-compreensões e pré-juízos que persegue o modo de interpretar (TASSINARI, 2013, p. 56) .

Em entrevista ao CONJUR(2009), no ano de 2009, Lênio Streck, dá a sua impressão do que consiste a prática ativista no cenário jurídico afirmando que:

Sáimos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio.

Dessa afirmação se extrai o tamanho e a proporção da nocividade que este tipo de prática pode trazer para a democracia, notadamente porque o juiz disfarça sua subjetividade no momento decisório ao criar um princípio justificando sua posição.

No intuito de retratar a herança do positivismo no modo de decidir pelos juízes no atual cenário do processo, revelando também características ativistas do judiciário no que diz respeito a questões que a lei não bem define uma resposta, Hoffmam e Lima(2014) brilhantemente afirmam:

Atualmente, o problema do positivismo pós-exegético se encontra em outro ponto: no poder discricionário, delegado em favor do juiz para preencher os espaços da “zona de incerteza” presentes nos “casos difíceis”. E isso é um problema de democracia, pois ao conceder um grau de liberdade ao juiz, para que este atribua de maneira arbitrária o sentido de uma legislação, produzida democraticamente pelo legislador, o positivismo normativista acabou por garantir um salvo conduto para os juízes, para que estes venham a invadir constantemente a esfera de atuação do Poder Legislativo. Portanto, a partir dessa discricionariedade, os juízes ainda insistem em confundir o ato da decisão judicial com escolhas políticas, numa posição inteiramente equivocada pela subjetividade da filosofia da consciência.

É evidente que ao considerar tais afirmações se extrai que o direito ao ser diminuído pelo poder discricionário de juízes acaba por não guardar relação com o Estado democrático que o constituiu, restando apenas para a sociedade ficar a mercê de uma vontade subjetiva dos julgadores que atuam sem parâmetros jurídicos.

No ano de 2008, como resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951-4 a suprema corte do país editou a sumula de numero 13 de conteúdo (BRASIL, 2015) :

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Claramente o entendimento do STF foi de criar deveres concretos para o administrador, limitando sua liberdade, sem que aprovada lei pelo Congresso Nacional. Trata-se de forma de decidir que amplamente fere separação dos poderes e faz da corte suprema ativista na forma de decidir não amparada por preceitos constitucionalmente assegurados.

Noutra oportunidade, o STF ao julgar a ADPF 178 (Brasil, 2009) produz a seguinte ementa:

Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental na qual se requer que esta Corte declare: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo” (fl. 2). Segundo consta da petição inicial, “a tese desta ADPF é a de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implica em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput), e da proteção à segurança jurídica” (fl. 7). Em primeira análise dos autos, verifico que o pedido está delimitado da seguinte forma (fl. 46): “Em face do exposto, espera a requerente seja julgada procedente a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental para: a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros das uniões entre pessoas do mesmo sexo.” A Lei nº 9.882/99 dispõe, em seu art. 1º, que “a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”. A petição inicial, em capítulo específico (fl. 8), tenta esclarecer os atos do poder público que seriam objeto da presente argüição: “No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à conseqüente denegação aos seus partícipes de uma pletera de direitos que decorreriam deste status – e.g., direito a alimentos, direito a sucessão do parceiro falecido, direito a percepção de benefícios previdenciários, direito a fazer declaração conjunta de imposto de renda, direito de subrogar-se no contrato de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à visitação íntima em presídios, direito à obtenção de licença para tratamento de pessoa da família, ou de licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, dentre tantos outros. Estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da Federação, no âmbito das respectivas competências. Seria possível citar, a título de ilustração, as decisões judiciais de diversos Tribunais, que se negam a reconhecer como entidades familiares as referidas uniões, e os atos das administrações públicas que não concedem benefícios previdenciários estatutários aos companheiros dos seus servidores falecidos. Na verdade, existe um verdadeiro estado geral de inconstitucionalidade nesta matéria, que se desdobra em uma multiplicidade de atos e omissões estatais,

implicando em séria ofensa aos direitos fundamentais dos homossexuais". A inexistência aparente de objeto específico e delimitado torna necessária, neste momento preliminar, a emenda da petição inicial para que sejam esclarecidos quais os atos do poder público que violariam os preceitos fundamentais citados. Ademais, não vislumbro questão urgente que justifique o exercício, por esta Presidência, da competência prevista no art. 13, inciso VIII, do Regimento Interno do STF, com a redação conferida pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008 (DJE nº 202, p. 1, de 24/10/2008). O tema constitucional versado na presente ação também é objeto de discussão na ADPF nº 132, de Relatoria do Ministro Carlos Britto, que já está instruída com parecer do Procurador-Geral da República e em momento oportuno será julgada pelo Plenário desta Corte. Ante o exposto, fixo o prazo de 10 (dez) dias para a emenda da petição inicial. Intime-se. Publique-se. Brasília, 8 de julho de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente (art. 13, VIII, RI-STF) (STF - ADPF: 178 DF, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 08/07/2009, Data de Publicação: DJe-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009, p. 185-186).

É evidente que a regulamentação da união de pessoas do mesmo sexo o alterar o texto constitucional por meio de uma decisão do STF apesar de indicar uma interpretação de um dispositivo seria invadir a competência do legislativo. Importa assim em uma decisão que repercuta o ativismo dentro do judiciário.

Enfim, posicionando-se a cerca da temática de judicialização e ativismo judicial, Streck e Morais afirmam (2009):

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil, esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de "princípios", em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

A partir desses posicionamentos, claramente se corporifica que o Brasil vive um momento muito mais marcado por ativismos judiciais do que por práticas de judicialização. Superar tal postura possibilitaria a realização de uma jurisdição mais democrática e livre de juízos pessoais subjetivos do julgador, enquanto marca de uma possível jurisdição adequada à ordem constitucional.

3. CONSIDERAÇÕES A CERCA DO TIPO (POSSÍVEL) DE JURISDIÇÃO ADEQUADA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

O novo paradigma inaugurado pelo Estado Democrático de Direito não mais permite que o direito seja reduzido a uma filosofia da consciência de seus “interpretes oficiais”, posto que para atender as necessidades de uma sociedade em rede é imperioso que o Direito seja entendido como uma realidade não apenas jurídica, mas sim histórica e social.

Ao relatar o estado da arte que perpetua o cenário da processualística atual, Lênio Streck (1999, p. 229) ressalta:

O processo interpretivo dominante no âmbito de nossa dogmática jurídica está assentado em um paradigma metafísico-objetificante, no interior do qual o processo interpretativo depende sempre de um sujeito, que vai se relacionar com os textos jurídico-normativos e os fatos sociais como se estes fizessem parte de um mundo exterior.

Concebe-se assim na leitura do autor mencionado que é necessário um processo hermenêutico que possibilitaria passar das objetificações para um acontecer histórico das decisões, aproximando fatos sociais da disposição dos juízes já que esses não conseguem se desvelar completamente dos primeiros.

Por assim destacar Hoffmam e Lima, entendem que “o ambiente jurídico-decisório precisa desejar a Constituição – como comunidade de princípios – enquanto instituidora de um novo modus interpretativo-compreensivo, e que oferece aos sujeitos jurídico-sociais um espaço de concretização e desvelamento do Direito no caso concreto” (2014, p. 281).

Notadamente no pensar desses autores, não há outra saída na forma de decidir se não apostar nos princípios e traços instituídos pela Constituição Federal, fazendo com que os ideais democráticos também sejam transportados para a ceara do processo, posto que esse é parte integrante, e não alheia, de uma ordem constitucional construída democraticamente.

Ao indicar uma possível forma de decidir democraticamente, Nunes (2009, p. 196) acredita que:

Na perspectiva democrática, será possível enxergar o processo não somente na sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas, mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes.

Ocorre que na visão do autor, somente com paridade de armas e com a construção ativa de todos os participantes do processo se conseguiria partir para uma decisão democrática. Sendo assim necessário, pois instruir a decisão através de princípios constitucionais.

Dworkin descreve na medida em que “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito” (DWORKIN, 2001, P. 128). Essa passagem demonstra a visão dworkiniana de dar integridade ao direito, posto que somente com decisões integradas às normas do direito é que essas serão coerentes, possibilitando uma igualdade de decisões dadas por diferentes juízes através da compreensão do círculo hermenêutico.

Relatando a forma de decidir na tese de Dworkin, não se pode esquecer de mencionar a passagem da sua obra, “Levando os Direitos à sério”, onde claramente ele enfatiza: “defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas” (DWORKIN, 2002, p. 132). Destacando a necessidade dos juízes não tornarem-se segundos legisladores baseados em argumentos de política.

Cabe aqui também evidenciar a emblemática frase de Ronald Dworkin ao dizer “Não se pode pressupor que a Constituição é sempre o que a Suprema Corte afirma que ela é” (DWORKIN, 2002, p. 323). Pois trata-se a constituição muito mais que uma corte tem a dizer, mas sim trata-se de princípios, regras e direitos democraticamente constituídos, de onde não se pode tirar a contribuição da população sob pena de ilegitimidade da decisão.

Nesse íterim é que se dá a grande contribuição de Dworkin, pois aponta que deve haver um valor moral no respeito à integridade e a coerência dentro do sistema jurídico, e dessa forma estariam os princípios possibilitando uma identificação com os valores morais da sociedade dentro da sentença.

Dworkin foge a ideia de que os juízes devem basear-se a na intenção primeira dos legisladores constituintes para aplicar a norma como ela foi posta, e também nega a forma de decidir baseada da distinção entre substância e processo. Apontando que “a escolha mais importante, ao construir uma concepção de intenção constitucional, é a escolha entre um enunciado abstrato e um enunciado concreto dessa intenção. Não se trata de descobrir qual das intenções um determinado constituinte teve; ele teve ambas” (DWORKIN, 2001, p. 76).

Colocando em cheque muitas questões reveladas por doutrinadores ou juristas a cerca da interpretação como forma de desvelar o direito, Dworkin (2001, p. 220) explica:

A ideia da interpretação não pode servir como descrição geral da natureza ou veracidade das proposições de Direito, a menos que seja separada dessas associações com o significado ou intenção do falante. Do contrário, torna-se simplesmente uma versão da tese positivista de que as proposições do direito descrevem decisões tomadas por pessoas ou instituições no passado [...] mas isso significa que os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generes*.

Perpassa assim por essa concepção do referido autor, que as formas que vem sendo mais amplamente debatidas como legítimas a consolidação democrática das decisões não são capazes de romper com as ideias e dos paradigmas que o juiz carrega consigo. Propõe assim que os princípios são justificações, são a base para as instituições e leis da comunidade. São os padrões de moralidade política da comunidade que justificam nossas práticas, e portanto mais apropriados para a construção de uma fundamentação de acordo com o estado democrático.

É claro que o problema de como decidir não está resolvido, mas certo é que esse encontra seus maiores empenhos, quando o juiz defronta-se com a aplicabilidade ou não de um texto normativo legal. Para Lênio Streck (2010, p. 20) “não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta “superção” da literalidade do texto legal”. Não são esses os argumentos e a fundamentação que se espera de uma decisão com filtragem constitucional, e que respeita o cenário democrático.

Nessa esteira de pensamento, Streck sustenta que não se pode reduzir a maneira de decidir baseada no contraponto entre os modelos de estado liberal e social, e então propõe (STRECK, 2010, p. 26):

[..]se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma linguístico-filosófico, superando quaisquer possibilidades de modelos interpretativos (se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto.

A tese defendida pelo autor supra referido alcança suas bases na hermenêutica filosófica, e extrai na compreensão do “sujeito-sujeito” a possibilidade de uma decisão correta, angariada na forma de decidir condizente na com o Estado Democrático, onde a importância se dá em como se decide e não em quem decide (STRECK, 2010, p. 27).

De forma mais específica, com vistas ao combateimento do ativismo judicial que se expôs ao longo deste estudo, Clarissa Tassinari, em sua obra referente ao assunto retrata a perspectiva de Lênio Streck sobre como lidar com essas questões ao dizer: “para enfrentar o problema do ativismo judicial, o cenário jurídico é marcado por três desafios: o enfrentamento de recepções teóricas equivocadas, a superação da discricionariedade judicial e a preservação da autonomia do direito” (TASSINARI, 2013, p. 111).

Vale ainda, destacar no que se referem essas perspectivas, primeiramente o enfrentamento de recepções teóricas equivocadas onde o Brasil ao recepcionar a teoria americana, a jurisprudência dos valores alemã e a ponderação de princípios de Alexy como teorias constitucionais adequadas ao cenário brasileiro, as fez de modo acrítico e equivocado. “Através de valores, juízes e tribunais desvincularam-se da legalidade; pela ponderação abre-se espaço a vontade do interprete” (TASSINARI, 2013, p. 114).

O segundo desafio diz respeito a superação da discricionariedade judicial que se faz presente desde a obra de Kelsen, o ato de vontade do juiz na decisão é ideal

a ser superado pelo constitucionalismo contemporâneo, superando o imaginário dos juízes possuírem poderes discricionários e liberdades interpretativas (TASSINARI, 2013, p. 118). E, por fim, o terceiro desafio, a preservação da autonomia do Direito, pois sempre que uma decisão exprimir algum critério não jurídico, aproveitando-se da Economia ou Moral, se estará diante de um ativismo judicial.

Nessa senda de observação, acaba-se por distinguir o perfil do judiciário ao judicializar a política e, portanto, ser o ponto de fuga do cidadão na busca pelos seus direitos cada vez mais emergentes e que requerem maior celeridade, daquela prática ativista que muito tem a ver com a postura dos juízes em retratarem suas decisões fundamentadas em atos de vontade e que não encontram argumento jurídico constitucional suficiente para tornar seus atos democráticos.

CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento do Estado moderno, e suas versões liberal e social, cada qual com suas marcas que refletiam o pensamento do povo e suas necessidades à época da sua existência marcaram de forma bastante evidente a atual jurisdição.

O Estado liberal e a paranoica preocupação com o indivíduo e o afastamento do estado para consagração das liberdades propiciou ao processo campo de alargamento dessas questões, onde se manifestou a ideia de juiz e Estado neutros. A busca incansável pela segurança jurídica reduziu o processo a uma ciência exata capaz de desvelar a verdade pela aplicação pura da lei pelo juiz.

Em oposição às liberdades e desvinculação, a versão social do Estado cristalizou a oralidade no procedimento, característica essa que só fez aumentar os poderes discricionários do juiz e torná-lo protagonista do processo. Agora sim, as partes foram submetidas a meras espectadoras do litígio enquanto deveriam ser elas as protagonistas.

É claro que, o Estado Democrático surgiu para tentar apaziguar as instabilidades, construindo uma Constituição de forma democrática e promotora tanto de liberdades (de expressão, de informação) quanto de direitos sociais (trabalhistas, previdenciários, etc). Porém, mesmo com esse rompimento as

heranças do processo não foram deixadas de lado, e o juiz da modernidade ainda se parece muito com as práticas discricionárias surgidas anteriormente.

É nesse cenário que o ativismo judicial ainda parece latente nas decisões do Estado Democrático de direito, e que se distingue muito do que se denomina de judicialização da política. O juiz ativista da modernidade rompe com as premissas democráticas e decide conforme sua consciência e sem uma filtragem constitucional adequada. Rompe assim com as ideias hermenêuticas filosóficas e não busca na história, em princípios ou na integridade do direito respostas corretas.

Em última instância, a judicialização da política não se parece com o ativismo, pois representa a capacidade do judiciário, ao realizar uma abordagem constitucional e portanto democrática em garantir direitos frente a ausência legislativa e a atemporalidade das normas postas as mudanças sociais cada vez mais rápidas.

Evidencia-se a necessária superação do ativismo judicial para consolidação da jurisdição constitucional, que pode sim valer-se de decisões inovadoras e garantidoras de direitos, posta a judicialização da política que ocorre inclusive em sede de controle de constitucionalidade. Não se pode deixar que ainda na modernidade os decisionismos vinculem dentro do poder judiciário, exige-se uma fundamentação adequada com parâmetros constitucionais, históricos, e baseados na tradição. Distancia-se da ideia de decisão com base na consciência do julgador.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial**. In: Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227> > Acesso em 13 jun 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178 DF. Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento:

08/07/2009, Data de Publicação: DJe-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009, p. 185-186.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Agravo de Instrumento nº 10183130108917001. Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 24/10/2013, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/11/2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONJUR. Ativismo judicial não é bom para a democracia, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>> Acesso em 16 jun 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio.** Traduzido por Luís Carlos Borges e revisado por Gildo Sá Leitão Rios e Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito.** Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Danilo Pereira; HOFFMAM, Fernando. Pela necessidade de uma teoria hermenêutico-integrativa da decisão jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: < www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 >.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Luiz. **Judicialização da Política no Brasil.** 2009. In: LE MONDDIPLOMATIQUE BRASIL. Disponível em < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1364> > Acesso em 13 jun 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil A Sumariedade Material da Jurisdição**: Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto do Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O pós-positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpter e Hermes)** – dois decálogos necessários. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

_____ ; MORAIS, José Luis Bolzan de. OAB in foco, Uberlândia, ano 4, n. 20, ago./set. 2009.

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

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.