

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação em Direito

Cesar Leandro de Almeida Rabelo

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Belo Horizonte
2012

Cesar Leandro de Almeida Rabelo

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor André Cordeiro Leal

Belo Horizonte

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R114a Rabelo, Cesar Leandro de Almeida, 1978-
O ativismo judicial e sua incompatibilidade com o estado
democrático de direito / Cesar Leandro de Almeida Rabelo. -
Belo Horizonte, 2012.

156 f.

Orientador: André Cordeiro Leal

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2012.

1. Estado de direito. 2. Separação de poderes. 3.
Legitimidade. 4. Poder judiciário e questões políticas. I. Título.
II. Leal, André Cordeiro. III. Universidade FUMEC, Faculdade
de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.919

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

Prof. Dr. Carlos Henrique Soares _____

MESTRANDO: Cesar Leandro de Almeida Rabelo

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“O ATIVISMO JUDICIAL E SUA
INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO”**

NOTA: (100,0) *em* _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 13/07/2012

*A Deus,
fonte de toda minha força e proteção.
À minha mãe, Berenice,
pelo amor, incentivo e orientação.
Aos meus irmãos, Cláudia e Carlos,
pela eterna fidelidade e atenção.
Aos meus grandes amigos e companheiro,
pela compreensão, apoio e paciência.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor, Doutor André Cordeiro Leal, pela orientação na elaboração do presente estudo e, sobretudo, pelo exemplo de profissionalismo e competência na vida jurídica e acadêmica.

Aos professores Luis Carlos Balbino, Gambogi, Maria Tereza Dias e Lutiana Nacur Lorentz pelos ensinamentos em sala de aula, pelas novas experiências na pesquisa e produção acadêmica.

A minha mãe, Berenice de Almeida Rabelo, pelo exemplo de força, perseverança e coragem, bem como os incentivos para o desenvolvimento pessoal e profissional, mostrando que com dedicação e persistência o sucesso será alcançado.

Ao meu pai, Carlos Anélio Rabelo (*in memoriam*), que em vida foi exemplo de comprometimento e responsabilidade e, na sua ausência, pela eterna proteção.

Aos meus irmãos Cláudia Mara e Carlos Franklin pela companhia e união. A demonstração de que o bom relacionamento familiar é fundamental para o crescimento individual

Aos meus sobrinhos Rafael, Pedro e Mariana, pelo amor e carinho.

Aos colegas da Universidade FUMEC e do Núcleo de Prática Jurídica Silvana Lobo, Geórgia Boson, Eduardo Queiroz, Tiago Fantini, Sofia Rabelo, Gustavo Brigido, Vinicius Paranhos, Ana Paula Fossali, Vitor Lanna, Guilherme Abreu, Livia Laurelli, Tania Laurelli, Janice Porto e Victória Ramos, pelo apoio fundamental nesta caminhada do mestrado.

Aos meus grandes amigos e companheiro, Rodrigo Sena, Adriana Martini, Kenia Fonseca, Lina Provenzano, Magda, Neide, Eduardo, Breno Mello, Elias Junior, Sergio Rodrigues, Wanderson Lima, Sergio Vieira, Ruth Ribeiro, Arley, Carmelia, Juliana Garcia e Sueli, que estiveram sempre presentes, apoiando, incentivando e acompanhando meu desenvolvimento profissional e compreendendo todos os momentos de ausência

Aos amigos de mestrado, em especial a Carlos Athayde, Andrezza Feltre, Helena Collares, Luciana Calado e Fernanda Bomtempo, agradeço pelo companheirismo, pela amizade e todos os calorosos debates que sempre enriquecem a pesquisa científica.

Aos meus grandes amigos de graduação Wagner de Paula, Kamilla Garcia, Edra Gonçalves, Desiree Lorraine, Christina Caetano, Silvio Túlio, Gabriela Calvo e Carolina Bueno, que sempre acreditaram no meu crescimento profissional.

Aos profissionais da advocacia, Luis Eduardo da Cunha, que me abriu as portas para advocacia contenciosa e Ana Flávia Ribeiro e Gleice Rodrigues Valeriano, com quem muito aprendi e desenvolvi grande amizade.

Aos meus alunos e, principalmente, monitores do Núcleo de Prática Jurídica da FUMEC que, com seus questionamentos e curiosidades, nada ingênuos, sempre proporcionaram debates de grande relevância jurídica.

A Deus, autor de todas minhas conquistas presentes e futuras.

Enfim, a todos que contribuíram para a realização deste trabalho, ainda que não citados, fica aqui minha eterna gratidão.

“Perguntam-nos se somos realmente bastante ingênuos para acreditar que a democracia possa ser permanente; se não vemos que ela é apenas uma das muitas formas de governo que vêm e vão no decurso da história. Argumentam que a democracia, a fim de combater o totalitarismo, é forçada a copiar-lhe os métodos, tornando-se assim também totalitária.”

Karl Popper

RESUMO

Os órgãos jurisdicionais têm utilizado constantemente do ativismo judicial, mas não no sentido de impulsionar os procedimentos para realização de um contraditório e ampla defesa, mas sim para proferir decisões pautadas num solipsismo e subjetividade em total discrepância com o Estado Democrático de Direito. Por isso que a legitimidade das decisões torna-se uma preocupação constante dos estudiosos do Direito Processual, sobretudo nos dias atuais, onde o ativismo judicial é cada vez mais presente nos tribunais. Ante a superação dos paradigmas do Estado liberal e do Estado social, e a partir da conquista do Estado Democrático de Direito, o processo não pode ser entendido como instrumento da jurisdição, na medida em que o devido processo legal, compreendido pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, todos constantes da Constituição da República de 1998, deve balizar os procedimentos jurisdicionais até provimento final. Isso porque a legitimidade das decisões depende da participação dos destinatários de seus efeitos. A discussão principal desenvolvida no trabalho refere-se à validade do papel supostamente "ativo" assumido pelo Judiciário na elaboração de suas decisões, que em regra é justificada por uma suposta omissão legislativa ou interpretação constitucional evolutiva como forma de garantir efetividade as normas constitucionais. Buscou-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstrar os riscos da prática do ativismo judicial em relação à legitimidade dos provimentos e o Estado Democrático de Direito. Especificou-se, no presente trabalho, que a legitimidade dos provimentos jurisdicionais decorre, necessariamente, da atividade discursivamente participativa, o que supõe a observância do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, a fim de proporcionar aos destinatários dos efeitos decisórios a efetiva participação na sua construção. Para tanto, utilizou-se como marco teórico a teoria neo-institucionalista do Processo, como meio de afastar definitivamente a discricionariedade e o autoritarismo decisório decorrente de um solipsismo permitido no ativismo judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Processo. Legitimidade. Teoria neo-institucionalista.

SOMMARIO:

La questione della legittimità delle decisioni è una preoccupazione costante di studiosi del diritto processuale, soprattutto oggi dove l'attivismo giudiziale è sempre più presente in tribunali, sia necessario per dare legittimità alle decisioni prese con il paradigma uno Stato democratico. Fronte a superare del paradigma dello stato liberale e lo stato sociale, con il raggiungimento magistrale della legge dello Stato democratico, il processo non può essere interpretato come uno strumento della giurisdizione, nella misura in cui i principi del giusto processo, inteso dalla difesa contraddittorio legale e uguaglianza contenuta nella Costituzione dovrebbe guidare le procedimenti giudiziari, in quanto la la partecipazione dei parti è l'unica fonte della legittimità della finale. La discussione si riferisce al parte attiva del potere giudiziario nei confronti l'omissione delle legislativo costituzionale, l'ermeneutica e l'efficacia dei norme costituzionali. I rischi dell'attivismo comporta la legittimità democratica di politicizzazione della giustizia e la mancanza di capacità funzionale del sistema giudiziario. A tal fine, abbiamo cercato di decostruzione l'istituto di attivismo giudiziale per ricostruire lungo le linee del paradigma democratico del diritto processuale neo-istituzionalista teoria del processo, ad abbandonare l'autoritarismo e gli attivisti giudizi discrezionali e attivare giuridico legittima -Operative, risultato dell'attività di nel garantire discorso partecipativa dei diritti fondamentali e della finale.

PAROLE CHIAVE: attivismo giudiziale. Separazione dei poteri. Processo. Legittimità. Teoria neo-istituzionalista del processo.

LISTA DE ABREVIATURAS:

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Atual. – Atualizada

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Ed. – Edição

Min. - Ministro

Org. – Organizador

Rel. – Relator

Tir. – Tiragem

Trad. – Tradução

V. – Volume

LISTA DE SIGLAS

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU - Advogado Geral da União
CN - Congresso Nacional
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CPC – Código de Processo Civil
EUA - Estados Unidos da América
MI -Mandado de Injunção
MS - Mandado de Segurança
ONGs - Organizações Não-governamentais
PFL - Partido da Frente Liberal
PGR - Procurador-Geral da República
RE – Recurso Extraordinário
RT – Revista dos Tribunais
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJPB – Tribunal de Justiça da Paraíba
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TSE - Tribunal Superior Eleitoral
UE - União Europeia

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO.....	24
2 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	26
2.1 O princípio da separação dos poderes.....	27
2.2 Ativismo judicial ou criação do direito?	37
2.3 A judicialização da política e o ativismo judicial.....	43
2.4 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.....	51
2.4.1 <i>O direito como integridade de Dworkin</i>	62
2.5 O ativismo judicial no direito comparado.....	66
2.5.1 <i>O ativismo judicial nos Estados Unidos da América</i>	68
2.5.2 <i>O ativismo judicial no Canadá</i>	72
2.5.3 <i>O ativismo judicial na Índia</i>	75
2.5.4 <i>O ativismo judicial em Israel</i>	78
2.5.5 <i>O ativismo judicial na Inglaterra</i>	81
2.5.6 <i>O ativismo judicial na União Européia</i>	84
3 O PROCESSO NO DIREITO DEMOCRÁTICO.....	89
3.1 O processo como contrato e quase-contrato.....	90
3.2 O processo como relação jurídica.....	92
3.3 O processo como situação jurídica.....	96
3.4 O processo como instituição.....	99
3.5 O processo como procedimento em contraditório.....	101
3.6 A teoria constitucionalista do processo.....	105
3.7 A teoria neo-institucionalista do processo.....	107
4 A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES E O ATIVISMO JUDICIAL.....	115
4.1 A jurisdição, o processo e a decisão.....	115
4.2 Os princípios processuais constitucionais.....	119
4.2.1 <i>A inafastabilidade da jurisdição</i>	121
4.2.2 <i>O devido processo legal</i>	122
4.2.3 <i>O contraditório e a ampla defesa</i>	124
4.2.4 <i>A isonomia</i>	127
4.3 A importância da constitucionalização dos princípios.....	128
4.4 A legitimidade do direito e a teoria normativa da democracia desenvolvida por Jürgen Habermas.....	132
4.5 A ilegitimidade das decisões e o Estado Democrático de Direito: Uma resposta pela teoria neo-institucionalista do processo.....	136
5 CONCLUSÃO.....	144
REFERÊNCIAS.....	147

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho envolve um questionamento das práticas que integram o "ativismo judicial" e os impactos deste no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Não diz respeito ao ativismo judicial pelo qual o órgão jurisdicional impulsiona os atos processuais de forma a garantir ao envolvidos o exercício dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório com respeito a isonomia.

O questionamento proposto gira em torno das decisões judiciais fruto do ativismo judicial, por um ato discricionário, subjetivo e solipsista do magistrado, ao invés de possibilitar a construção partilhada das decisões por aqueles que, por elas, serão afetados.

A prática do ativismo judicial vem sendo constantemente estimulada nos órgãos jurisdicionais, pelo ensino de vários juristas, sendo perceptível, principalmente, nos tribunais superiores. Contudo, essa prática extrapola as prerrogativas funcionais do Poder Judiciário, ainda que seja sob o pretexto de equilibrar a tripartição dos poderes ou de exercer o controle de constitucionalidade.

Assim, tem-se sistematicamente decidido questões de diversas naturezas com base na judicialização da política como resultado do ativismo, em razão da afirmada deficiência e morosidade legislativas, malversação do erário público e até com o fundamento de garantir efetividade dos direitos fundamentais constitucionais.

As reiteradas decisões ativistas acabam, no entanto, contrariando as bases democráticas da legislação brasileira, visto que os membros do judiciário não são eleitos pelo povo, tampouco representam a vontade de uma maioria, questionando-se se as decisões pautadas no ativismo judicial são legítimas e, ainda, se são compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Por tal razão, pretende-se, na presente dissertação, uma análise do ativismo judicial na atividade decisória, interrogando sobre a legitimidade das decisões oriundas dessa prática sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Pretendeu-se expor o caminho seguido pelo ativismo judicial no Brasil e no mundo, resgatando os pontos importantes muitas vezes não observados durante a construção do direito, que, por sua relevância, deveriam ter considerável atenção pelo judiciário quando do seu exercício funcional, para atender as bases democráticas do ordenamento jurídico.

Questionada a legitimidade das decisões ativistas, propõe-se demonstrar que somente é possível obter legitimidade da atividade jurídico-decisória através do processo pela teoria neo-institucionalista do processo, demonstrando, portanto, a importância de uma (re)construção histórica das teorias do processo, da interpretação e aplicação do direito.

O trabalho está dividido em cinco capítulos (incluindo introdução e conclusão), sendo o segundo dedicado a explicitação do ativismo judicial e sua desconstrução em relação aos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

Foram abordadas relevantes teses e teorias, sobretudo do direito como integridade de Ronald Dworkin, a criação do direito pelos magistrados, o princípio da separação de poderes, judicialização da política e a prática do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Observou-se, também, a contribuição do Direito Comparado para a aplicação do ativismo judicial no Brasil, sendo analisado o surgimento e desenvolvimento nos Estados Unidos da América, Canadá, Índia, Israel, Inglaterra e na União Europeia, passando por Alemanha, Itália e França.

O terceiro capítulo preocupou-se com a evolução das teorias do processo, e sua relevância para constitucionalização e para o Direito contemporâneo. Apresentaram-se as teorias do processo como contrato, quase-contrato, como relação jurídica, como situação jurídica, como instituição, como procedimento realizado em contraditório, constitucionalista e a teoria neo-institucionalista para demonstrar a evolução do direito processual brasileiro.

Por fim, no quarto capítulo, abordou-se a relação entre legitimidade das decisões e o ativismo judicial, as contribuições das teorias de Jürgen Habermas e Karl Popper para o direito processual, analisando a jurisdição, o processo e a decisão, a constitucionalização dos princípios processuais e finalizando com a legitimidade jurídico-decisória pela teoria neo-institucionalista do processo.

O marco teórico deste estudo é a teoria neo-institucionalista do processo, única hábil a proporcionar a construção de um direito estruturado num espaço discursivo e participativo, de forma democrática, pela observância do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia), para garantir a legitimidade das decisões jurisdicionais numa perspectiva jurídico-processual democrática.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O Estado liberal, cuja finalidade principal era garantir a liberdade dos cidadãos, teve como marco de atuação uma rígida limitação de intervenção estatal na esfera jurídica privada. Essa garantia de não intervenção era verificada pelas decisões que afirmariam apenas o que estaria contido na lei escrita.

Assim, no liberalismo, obviamente, de nada adiantaria permitir ao juiz interpretar a lei em face a realidade social, na medida em que "a decisão judicial deveria corresponder apenas a um texto exato da lei, pois de outra maneira constituiria uma opinião pessoal do juiz" (MONTESQUIEU, 1996, p. 160), sob risco de se atribuir ao texto legal um sentido diverso de sua literalidade.

Como forma de abrandar a rigidez do liberalismo, o Estado Social representa uma transformação superestrutural que busca superar a desigualdade social, surgindo para patrocinar o desenvolvimento, a título exemplificativo, do trabalho, educação, saúde, lazer, dentre outros direitos que permitissem o bem-estar social, abrindo as portas para o judicialismo e a interpretação subjetiva.

Com a superação do modelo liberal e o surgimento do modelo social de Estado, a Constituição deixa de ser encarada, apenas, como um conjunto de regras estruturadas através de princípios, mas uma "ordem concreta de valores". Nesse paradigma, a Constituição é compreendida como a consubstanciação axiológica concreta da identidade ética e da auto-organização total de uma sociedade política verdadeira, consistindo de um mecanismo ou instrumento de governo com função compatibilizadora. A Constituição é o estatuto jurídico-político fundamental do Estado e da sociedade: organiza e limita os poderes do Estado e é "medida material da sociedade". A Constituição prescreve programas políticos, define procedimentos, estrutura competências. (SOARES, 2008, p. 144/145)

Nessa transição entre os Estados liberal para o social ficou patente a tensão existente entre a segurança jurídica e a justiça das decisões, a qual se "resolveu", no Estado Social, pela exacerbação da criatividade judicial e da interpretação discricionária pelo magistrado (o que gera total desconforto no Estado Democrático de Direito). Como explica Habermas (1997), trata-se precisamente de uma tensão entre a facticidade e a validade do direito.

A tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; (...) De outro lado,

a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. (HABERMAS, 1997, p. 245/246)

Não obstante reconheçamos a relevância desse debate no âmbito da filosofia do direito e da metodologia jurídica e, ainda, não desconsideremos que esse é o pano de fundo da interpretação do direito na atualidade, não adentraremos diretamente nessa controvérsia, já que a proposta do trabalho é, apenas, demonstrar, na perspectiva da teoria neo-institucionalista do processo, a incompatibilidade do ativismo judicial com as bases jurídicas do Estado Democrático de Direito.

Até porque, o Estado Democrático de Direito vem para afastar a imprevisibilidade das decisões judiciais resultantes da rígida segurança jurídica, da discricionariedade e do solipsismo judicial, características nos Estados liberal e social (que acabam impregnadas de motivações pessoais, políticas, morais e ideológicas), para trabalhar decisões legitimadas, por uma democracia participativa daqueles que serão seus destinatários finais.

2.1 O princípio da separação de poderes

O princípio da separação de poderes (ou tripartição de poderes) originou-se entre os séculos XVIII e XIX, durante o Estado Liberal, com objetivo de combater o arbítrio judicial e ratificar a liberdade.

Contudo, tecnicamente¹, deve-se entender como princípios da separação de funções tendo em vista que o Estado é uno e indivisível e por pressupor a identificação das principais atividades que serão desempenhadas por cada órgão para atingimento de seus fins.

Apesar disso, não se pretende discorrer se é mais adequada, ou não, a utilização do termo separação de poderes ou de funções², tampouco quais as

¹ Cumpre esclarecer que a terminologia separação de poderes (tripartição de poderes) trata-se da definição tradicional sob a perspectiva do Estado Social onde o Estado exerce as funções, inclusive a jurisdição. Entretanto, como será demonstrado ao longo do trabalho, a jurisdição não é atividade do Estado, tampouco o processo é mero instrumento da jurisdição como atividade de um "Estado-Juiz".

² É certo, por nosso entendimento, ser mais adequado tratar como separação de funções estatais, como bem salienta Carlos Henrique Soares, "[...], o princípio da separação de poder toma uma nova dimensão. Não cabe mais falar em separação de poder, mas sim em separação das funções do

distinções possíveis. Portanto, ao longo do trabalho, será utilizada a tradicional terminologia "separação de poderes" para facilitar sua compreensão.

A Constituição da República de 1998 (CR/88) dispõe e resguarda com o rigor de cláusula pétrea, em seu art. 60, §4º, III³, o princípio da tripartição de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

O princípio da separação de Poderes exige uma estrutura orgânica o que significa que a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada (ou da única forma adequada) da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos. (CANOTILHO, 2003, p. 552)

Os três poderes são autônomos, independentes e indivisíveis, não havendo qualquer hierarquia ou subordinação entre si, e sim mera complementação no exercício das atividades desempenhadas, salvo pequenas exceções, como a possibilidade secundária do exercício de funções aparentemente atribuídas com exclusividade a outro, de acordo com a teoria dos freios e contrapesos desenvolvida por Montesquieu⁴.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos príncipes ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes. O de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Estado, já que não há atribuição de diferentes competências a órgãos distintos, mas sim de funções diversas a órgãos distintos, que as exercem cooperativamente, na unidade da soberania estatal." (SOARES, 2008, p. 145/146)

³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;

⁴ No livro "O Espírito das Leis", Montesquieu (1996, p. 187), analisa as relações das leis com a natureza e os princípios de cada governo que desenvolvem a ideia do constitucionalismo, buscando distribuir a autoridade de modo a evitar o arbítrio e a violência e garantir o da democracia. Montesquieu acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Criou-se, assim, a teoria do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), consistente na contenção do poder pelo poder, ou seja, cada poder deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes, mantendo-se todos independentes e harmônicos entre si.

[...]

encontra-se a liberdade política unicamente nos estados moderados. Porém ela nem sempre existe nos estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites [...]. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (MONTESQUIEU, 1996, p. 187)

Cappelletti (1993) esclarece que o sistema de freios e contrapesos tem relevante importância no sistema democrático, tendo em vista a ampliação da atividade jurisdicional devido a quantidade elevada de demandas judiciais decorrentes de lesões, ou ameaças, aos direitos dos cidadãos que dependem de um respaldo jurisdicional.

Dentro da concepção básica, prevista no ordenamento jurídico, o princípio da separação de poderes entre o executivo, legislativo e o judiciário, ficaremos adstritos aos dois últimos.

Nesse enfoque tradicional, o Judiciário teria como função típica dirimir controvérsias decorrentes de direitos objetivos e subjetivos mediante aplicação das leis e, ou, exercer funções atípicas, como legislar na elaboração das disposições de seu regimento interno (art. 96, inciso I, a, da CR/88⁵).

Noutro lado, o Legislativo possui como atividade principal a elaboração dos textos normativos que compõe o ordenamento jurídico pátrio, além de, atipicamente, julgar crimes de responsabilidade e processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), o Procurador-Geral da República (PGR) e o Advogado Geral da União (AGU), nos termos do art. 52, incisos I e II da CR/88⁶.

Esse é o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu que permite que uma determinada função típica de um órgão seja exercida atipicamente por outro órgão, sem, entretanto, violar o princípio da separação dos Poderes reconhecido como cláusula pétrea pelo ordenamento jurídico, já que

⁵ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria da separação dos poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e seus ministros), o legislativo (1ª câmara e 2ª câmara, câmara baixa e câmara alta) Cada poder recobriria um função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara alta sob acusação da Câmara baixa. (CANOTILHO, 2003, p. 114)

A atividade legislativa é exercida pelos cidadãos eleitos pelo sufrágio universal para, no exercício de suas funções, garantir a existência de normas escritas de abrangência geral, como preceitua o Estado Democrático de Direito.

O conceito da atividade legiferante pressupõe que as funções desempenhadas pelos políticos eleitos democraticamente sejam pautadas no Princípio da Legalidade geral e informador, para que seja observado pelo intérprete no momento de aplicação da lei.

Os princípios jurídico-constitucionais são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. São desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da legalidade, o da isonomia, o da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos. São valores fundamentais albergados pela Constituição, tendo por função servir como critério de interpretação das normas constitucionais, auxiliando o legislador ordinário, na elaboração das normas infraconstitucionais. (BARRUFFINI, 2005, p. 39)

Em razão dos princípios da Separação dos Poderes e da Legalidade é que os órgãos jurisdicionais deveriam observar no momento da aplicação e interpretação das normas, numa concepção clássica, a legislação elaborada democraticamente pelo órgão competente, sob pena de violar o princípio da tripartição dos poderes e a própria Constituição da República.

Assim, o Poder Judiciário somente exerceria funções de julgamento de conflitos de interesses individuais e coletivos, objetivos e subjetivos, interpretando e aplicando a legislação nas demandas propostas.

Contudo, muito se discute acerca do exercício da função jurisdicional em julgamentos de casos concretos quando a legislação é omissa quanto ao direito

pleiteado, principalmente por ser vedado o *non liquet* – o que possibilitaria ao judiciário a adoção uma postura ativista e solipsista, gerando controvérsias na doutrina brasileira por ser contrário as bases do direito democrático.⁷

É certo que o Judiciário não pode se furtar do provimento jurisdicional, mesmo ante a omissão legislativa, mas esta função não pode ser exercida discricionariamente e isoladamente mediante práticas ativistas pelos órgãos jurisdicionais.

Tal postura configura um extravasamento do exercício das atribuições do órgão jurisdicional, em patente invasão de funções que são exclusivas do órgão legiferante, colocando em risco a democracia.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116/117)

Não obstante a atual prática do ativismo judicial indiscriminado nas decisões judiciais, o legislador pátrio possibilitou, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que o órgão jurisdicional vincule as decisões das instâncias inferiores as súmulas decorrentes das reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 103-A da CR/88⁸.

⁷ Em recente artigo publicando, Rosemiro Leal esclarece que "[...] o mais grave vandalismo sistêmico sofrido pelo País, após a CF/88, é a continuidade da vigência da chamada LICC (Dec. Lei nº 4.657 de 04.09.1942 da Ditadura Vargas) que estabeleceu norma introdutórias para a interpretação do Código Civil revogado de 1916, tendo sua validade reafirmada no novo CC de 2002 quando já em vigor a CF/88. Entretanto, numa desrespeitosa amostragem da indigência científico-jurídica do Congresso Nacional, tal Dec. Lei recebeu recentemente o rótulo de Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376 de 30.12.2010) com preservação, na sua integralidade, do texto do velho Dec. Lei da Ditadura Vargas. [...]. Assim, aos juizes continua entregue o privilégio da livre interpretação do direito escrito e a atribuição de produção do direito na hipótese de ausência de normas ao enfrentamento dos conflitos jurídicos (proibição do *non-liquet* - arts. 4º e 5º da Lei nº 12.376/2010)". (LEAL, Rosemiro, 2012, p. 185)

⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração

Mas tal previsão constitucional não atribui as Súmulas Vinculantes a característica de lei, seja constitucional ou infraconstitucional, principalmente por não ter sido elaborado pelo órgão competente para tanto.

Inclusive, o comando das Súmulas Vinculantes elaboradas pelo STF não se impõe ao Poder Legislativo, mas acaba acarretando grandes impactos nesse órgão, na medida em que passam a ser considerados atos jurídicos válidos que ingressaram no ordenamento pela via jurisdicional e que somente poderão ser retirados, em caráter definitivo, por decisão da própria corte que os editou, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

Essa previsão, ratifica a força normativa dada as súmulas vinculantes, apesar de não vincular o órgão legislativo, o que acaba gerando uma certa submissão desse órgão, na medida em que, uma vez editada a súmula vinculante, não adianta o Congresso Nacional (CN) contrariar seu conteúdo através de uma lei posterior.

As Súmulas Vinculantes não serão automática e definitivamente excluídas do ordenamento jurídico, pelo simples de um ato legislativo as confrontar. Até porque este ato será passível de questionamento jurisdicional e, inclusive, desfazimento pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, o que ao nosso ver é um pouco contraditório.

É incompreensível que um Súmula Vinculante que não tem força de lei, não possa ser objeto de controvérsia pelo próprio órgão legislativo.

Mas não apenas através das Súmulas Vinculantes que se observa uma atuação jurisdicional no exercício de funções legislativas. A constante prática do ativismo judicial nas decisões proferidas pelos magistrados brasileiros ocasiona uma violação à lei escrita e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da legalidade, que serve de articulação entre a lei e o princípio da separação dos poderes, violando por via reflexa, não só a Constituição da República, como todo ordenamento jurídico brasileiro.

pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Além das Súmulas Vinculantes, atualmente, tanto nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelas instâncias inferiores, se faz cada vez mais presente a prática do chamado ativismo judicial.

Tem-se observado, nas instâncias inferiores, uma suposta busca pela concretização de direitos e garantias fundamentais para atender os anseios dos cidadãos, através de uma gama de decisões que extrapolam o que está prescrito em lei.

Para tal ato, utiliza-se do argumento de que o Judiciário tem de suprir uma suposta inércia legislativa ou a ineficiência estatal, mas os órgãos jurisdicionais acabam "criando normas" não democráticas, de forma discricionária e arbitrária, por uma ilusória justificativa que seja para garantir direitos fundamentais.

A esse respeito, embora haja discordância, o Min. Celso de Mello esclarece que as práticas do ativismo judicial nas decisões

[...] tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (MELLO, 2008, p. 12)⁹

A título exemplificativo das práticas ativistas pelos órgãos jurisdicionais, um juiz da cidade de Taperoá (Paraíba), através de uma Portaria nº 02/2009, determinou toque de recolher às 21h para menores de 12 anos em três municípios, que foi parcialmente reformado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB)¹⁰.

⁹ Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do supremo tribunal federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>, acesso em 17 de janeiro de 2012.

¹⁰ Considerando o aumento nos índices de violência na região de Taperoá, Livramento e Assunção, na Paraíba, o juiz de direito, Iano Miranda dos Anjos, publicou uma portaria que decreta toque de recolher nas três cidades, proibindo a circulação de menores de 12 anos nas ruas do Centro, bares e restaurantes após as 21h, ainda que acompanhados pelos pais ou responsáveis. Ainda, conforme o texto da portaria, maiores de 12 anos e menores de 18 anos só podem transitar pelas ruas após as 22h se estiverem acompanhados dos pais.

O magistrado justificou que tal prática foi adotada, por prazo indeterminado, visando conter os altos índices de atos infracionais praticados por crianças e adolescentes, resguardando a segurança pública nos três municípios. Além disso, o magistrado orientou a Câmara de Vereadores que idealizam um projeto de lei disciplinando o toque de recolher.

Posteriormente, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, com relatoria do desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides, concedeu, por unanimidade, mandado de segurança modificando a Portaria nº 02/2009, da comarca de Taperoá, que proibia da saída de

A princípio, pode-se ter uma ideia de que por se tratar de uma Portaria, o magistrado estaria exercendo uma atividade administrativa plenamente compatível com sua função jurisdicional. Contudo, uma portaria administrativa de abrangência social em três municípios, cuja imposição seria a toda sociedade local, não podemos acreditar que estamos diante de uma atividade de competência do órgão jurisdicional.

A referida portaria impôs regras aos cidadãos ligadas diretamente ao direito constitucional de ir e vir, razão pela qual não temos somente uma prática de ativismo judicial, como também uma afronta ao texto constitucional.

Noutro caso, desta vez em Conceição de Coité (Bahia), um magistrado condenou um homem por tentativa de furto¹¹, mas a pena aplicada foi que o acusado arrumasse um emprego, por entender que "ele passou a infância e adolescência lançado à sorte, esquecido pelo Estado".

Em Porto Alegre não foi diferente, os juízes das Varas de Execução Criminal decidiram que não deverão ser expedidos mandados de prisão no Rio Grande do Sul enquanto não houver vagas disponíveis no sistema prisional.

crianças com menos de 12 anos, após às 21h, mesmo acompanhados pelos pais. Já os adolescentes entre 12 e 18 anos só podem circular desacompanhados dos responsáveis até Às 22h.

Durante a sessão, o relator ressaltou que "a iniciativa do juiz Iano Miranda dos Anjos é salutar. Todo o conteúdo da Portaria é relevante, porém, proibir que crianças transitem nas ruas na companhia dos pais, exceto nos lugares proibidos por lei, fere textualmente o princípio da legalidade". O desembargador Saulo Benevides foi acompanhado pelos desembargadores Genésio Gomes Pereira Filho e Márcio Murilo da Cunha Ramos.

¹¹ O magistrado Gerivaldo Alves Neiva, da comarca de Conceição do Coité/BA, proferiu uma decisão incomun ao julgar determinado processo (Procedimento nº 1863657-4/2008).

Um mudinho, conhecido por perambular na cidade e esporadicamente cometer pequenos delitos, foi preso por tentativa de furto. Como já havia sido condenado por outro crime, sendo reincidente, não era possível a suspensão condicional do processo.

O juiz decidiu condená-lo em pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, determinando que "em companhia de Oficial de Justiça desse Juízo e de sua mãe, entregue uma cópia dessa decisão, colhendo o "recebido", a todos os órgãos públicos dessa cidade – Prefeitura, Câmara e Secretarias Municipais; a todas as associações civis dessa cidade – ONGs, clubes, sindicatos, CDL e maçonaria; a todas as Igrejas dessa cidade, de todas as confissões; ao Delegado de Polícia, ao Comandante da Polícia Militar e ao Presidente do Conselho de Segurança; a todos os órgãos de imprensa dessa cidade e a quem mais você quiser.

Aproveite e peça a eles um emprego, uma vaga na escola para adultos e um acompanhamento especial. Depois, apresente ao Juiz a comprovação do cumprimento de sua pena e não roubes mais!" (Processo Número 1863657-4/2008)

A motivação foi de que a comunidade, o Município e o Estado Brasileiro nunca fizeram nada por ele. Ainda apontou os questionamentos: "O que deve fazer um magistrado neste caso? Aplicar a Lei simplesmente? Condenar B.S.S. à pena máxima em regime fechado?" [...] "O Juiz, de sua vez, deve ser a "boca da Lei. Será? O Juiz não faz parte de sua comunidade? Não pensa? Não é um ser humano? De outro lado, será que o Direito é somente a Lei? E a Justiça, o que será?" [...] "É o Juiz entre a cruz e a espada. De um lado, a consciência, a fé cristã, a compreensão do mundo, a utopia da Justiça... Do outro lado, a Lei. Neste caso, prefiro a Justiça à Lei."

Segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), os juízes com jurisdição sobre casas prisionais de todo o Estado concordaram que, por falta de vagas nas penitenciárias, somente será determinada a prisão em casos de crimes hediondos ou naqueles em que houver risco de prescrição da pena, não sendo caso de liberar os detentos, mas de controlar o ingresso nas casas prisionais de acordo com o surgimento das vagas.

Tal entendimento não baseou-se na aplicação do texto lei, mas sim na falta de condições administrativas para sua execução. A determinação para que não realize prisões em flagrante delito de crimes não hediondos é a demonstração do ativismo exatamente para não aplicar o texto legislativo.

Essas e outras centenas de decisões decorrem da crescente prática do ativismo judicial, sendo todas fundamentadas no sentido que o julgador, supostamente, avança para atender e efetivar as necessidades dos cidadãos discriminados, mas não têm a menor preocupação em verificar se tais decisões são legítimas sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial se caracteriza exatamente pela extrapolação dos limites traçados pelo texto normativo, para, supostamente, efetivar direitos que não estão abrangidos ou previstos no ordenamento jurídico.

Nesse caso, alega-se a utilização de uma interpretação evolutiva¹² da Constituição, o que diferenciaria da criação de normas, pois essa última acaba extrapolando competências, apropriando-se de funções do Poder Legislativo.

A observância da separação de Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. Há, pois, a necessidade de se perquirir quais são, em linhas generalíssimas, as notas materiais da jurisdição. (RAMOS, 2010, p. 117)

Inclusive Barroso (2010, p. 9) faz uma abordagem sobre a expansão do ativismo judicial afirmando que sua ideia "está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes."

¹² Paulo Bonavides (2001) esclarece que a interpretação moderna da Constituição da República decorre do inconformismo de juristas com o positivismo lógico formal, fruto do Estado Liberal. Dessa forma, deve-se buscar um sentido mais aprofundado das normas constitucionais, através de "uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma" (BONAVIDES, 2001, p. 405)

A conceituação de Barroso muito se aproxima da proposta de Alexy, que, segundo de André Leal, discorre sobre a existência de “[...] casos complexos que precisam ser resolvidos pelos julgadores, embora em muitos desses casos as normas vigentes não ofereçam resposta, à qual se tenha acesso imediato pro via da utilização de expedientes da lógica formal”. (LEAL, André, 2002, p. 62/63)

Nesse sentido, de acordo com o entendimento de André Leal (2002), Alexy propõe outros parâmetros para fundamentação das decisões que não pela aplicação normativa pelo silogismo ou por um determinado sistema de regras, por não possibilitar a fundamentação racional da decisão.

Quanto à proposta de interpretação baseada em um determinado sistema de regras, ou seja, em um sistema de enunciados (princípios gerais de direito), Alexy afirma que ela é incapaz de resolver satisfatoriamente o problema da fundamentação racional da decisão. Se, como de fato ocorre, faltarem parâmetros para a obtenção dos princípios, poderá haver contradição entre eles. (LEAL, André, 2002, p. 63/64)

Ademais, havendo conflito entre princípios, o problema se instalaria na escolha entre eles, que ficaria atrelado aos valores pessoais do magistrado, o que é inadmissível no direito.

Ocorrendo a contradição, considerando que não há escala instituída de preferibilidade entre princípios, a escolha ficaria vinculada exclusivamente aos valores particularíssimos do intérprete. A ele caberia apontar, em ato solitário, qual ou quais seriam os princípios a serem efetivamente utilizados para fundamentar as decisões. Isto afastaria, também aqui, a exigida racionalidade. (LEAL, André, 2002, p. 64)

Para minimizar essa possível vinculação de valores pessoais do juiz à decisão, Alexy esclarece que a fundamentação das decisões deve ocorrer “[...] mediante uma teoria do discurso racional que compreenda os discursos jurídicos, a partir de sua ligação com os discursos prático-morais, [...]”. (LEAL, André, 2002, p. 65).

Ainda assim, Alexy considera os princípios como “comandos otimizáveis” dos quais “[...] incumbe ao juiz estabelecer a hierarquia de sua aplicação no sentido de buscar uma decisão justa” (LEAL, André, p. 71), demonstrando que a legitimidade das decisões estaria atrelado ao solipsismo judicial.

Assim, embora reconheça a necessidade de assegurar as condições da comunicação para que se chegue a uma decisão que seja fundamentada

racionalmente, Alexy ainda se concentra muito na ótica do juiz no que tange à legitimação das sentenças.

[...]

Por corolário, embora reconheça a necessidade de fundamentação racional das decisões, Alexy retorna à necessidade de interveniência da justiça para conferir legitimidade ao direito, [...]. (LEAL, André, 2002, p. 72)

Entretanto a ideia do solipsismo judicial não pode prevalecer, ainda que Alexy tenha trazido consideráveis contribuições com sua teoria. O magistrado não tem legitimidade democrática para criar regras ou julgar de forma solipsista e, por consequência, autoritária, mas, no máximo, fazer uma análise da inconstitucionalidade da lei em sede de controle.

Admitir-se o ativismo judicial nas decisões como prática corriqueira e pretendida é o mesmo que afirmar que o órgão jurisdicional tem competência legislar. E avaliar essa prática pelos órgãos jurisdicionais é um grande passo para destruição do Estado Democrático de Direito.

2.2 Ativismo judicial ou criação do direito?

No Brasil, a atuação jurisdicional em certos julgados é motivo de grandes debates sobre como o órgão Judiciário extrapola os limites do próprio ordenamento jurídico ante a omissão e debilidade dos demais poderes.

Assim, revelam “uma visão progressista, evolutiva e reformadora, que sabe interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”. (LEITE, 2008).

Essa chamada "visão progressista, evolutiva e reformadora" (LEITE, 2008) possibilita a discricionariedade decisória, na maioria das vezes pautada no "poder"¹³ do julgador que utiliza do autoritarismo solipsista para transformar o direito legislado e escrito em direito interpretado e aplicado, ampliando ainda mais os debates entre a prática do ativismo judicial e a criação judicial do direito nas decisões judiciais.

¹³ A palavra poder está em destaque por não se alinhar o presente texto à perspectiva segundo a qual o magistrado é dotado de um poder, mas tão só uma obrigação funcional em razão do exercício das atividades a que se propõe. Entretanto será utilizada ao longo do trabalho por ser mera terminologia utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Na atual prática judiciária brasileira não há como negar que, quando decide, o magistrado ao assumir um papel ativo e autônomo acaba "criando direitos", o que é incompatível com o Estado Democrático do Direito.

Pode até parecer impactante, a princípio, afirmar que os juízes "criam direitos" como forma de validar a atividade jurisdicional, sendo, inclusive, motivos para intermináveis discussões. Contudo, antes de fazer tal afirmação, faz-se necessário analisar se essa suposta criação do direito ocorre efetivamente ou se trata-se unicamente de uma acepção terminológica para referir-se ao ativismo judicial nas decisões.

Esta análise é necessária para verificar a relevância, e até a existência ou não de uma suposta hierarquia entre a jurisprudência e o direito escrito utilizados para fundamentação dos julgados.

Observa-se que os países que adotam o sistema jurídico do *common law*, atribuem relevante valor aos precedentes face a lei escrita, podendo-se concluir que o magistrado acaba criando o direito através dos provimentos.

Resta verificar a possibilidade e competência para assumir tal papel ativo ou criativo na elaboração do direito, e os limites em que ocorrerá, para aferir sua adequabilidade ao Estado Democrático de Direito.

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. (CAPPELLETTI, 1993, p.5)

Tomando os Estados Unidos como exemplo, ante a existência de uma Constituição com poucos artigos escritos, bem como a valorização dos precedentes judiciais, possibilita-se uma liberdade de interpretação e, até, a criação judicial do direito pelos julgadores quando do ato decisório.

As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser justa; que a proteção da lei deve ser igual; que as penas não devem ser nem cruéis nem inusitadas; que as cauções e as multas não devem ser excessivas; que as investigações ou as detenções não devem ser motivadas; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode

determinar sem o devido processo legal, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juízes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual. (PEKELIS, 1951, p. 125)

Mas no Brasil, a validação ou o reconhecimento das leis escritas pelos órgãos jurisdicionais não deixa de ser uma afirmação sobre a adequabilidade da norma ao sistema jurídico, inclusive durante a análise do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal que excluem ou confirmam a integração legislativa ao ordenamento jurídico brasileiro.

À função jurisdicional incumbe, inicialmente, o provimento final em litígios subjetivos ou controvérsias jurídicas objetivas, sendo o ativismo judicial decisório uma extrapolação de competência pelo Poder Judiciário no exercício de sua atividade, por utilizar-se da discricionariedade e do autoritarismo quando do provimento, atribuindo efeito negativo ao sistema de separação de poderes e as bases principiológicas do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição da República.

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos define o ativismo judicial como

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2010, p. 129)

Em sentido oposto, a criação do direito está voltada para o exercício pelo magistrado em transformar o direito escrito em direito interpretado e aplicado por meio do provimento jurisdicional, saindo da esfera do geral e abstrato (lei) e caminhando para o singular e concreto da atividade jurisdicional, ultrapassando o liame existente entre a autoridade da lei e a formação jurisprudencial ao argumento de que cabe ao judiciário "dar a cada um o que for seu".

Trata-se de uma criação proporcionada pela presença, no texto constitucional, de cláusulas de conteúdo indeterminado que possibilitam a fundamentação jurisdicional de acordo o interesse do intérprete.

Nas palavras de Elival da Silva Ramos (2010), "a criação do direito decorre de insuficiências do literalismo e de um originalismo moderado em forma argumentativa". E ainda complementa que

[...] se justifica a presença no texto constitucional de cláusulas genéricas ou indeterminadas por corresponderem à intenção deliberada do Constituinte de permitir ao Poder Judiciário a adaptação da Constituição a novas circunstâncias ou, simplesmente, se propõe a fundamentação de decisão construída com algum apelo ao método teleológico em termos que invocam a vontade dos *founding fathers*, se vissem na atualidade. [...] o texto constitucional é tido pelo conceitualismo como um elemento vinculante do trabalho do intérprete, porém se reconhece a necessidade de certa criatividade exegética, dentro dos limites admitidos pela constituição, a qual é exercida mediante a utilização combinada dos diversos métodos de interpretação. Em particular, a interpretação sistemático-teleológica propicia a evolução da jurisprudência constitucional e adaptação do Texto Magno às exigências contemporâneas da sociedade. (RAMOS, 2010. p. 131)

Observa-se que existe uma diferenciação entre a validação da norma e a criação do direito os quais, por sua vez, não podem se confundir com ativismo judicial.

Não quer dizer que o magistrado cria o direito toda vez que resolve um conflito, na medida em que na criação do direito existe uma interpretação/aplicação distinta daquela que prescrita no texto normativo.

Já o ativismo decorre do exercício da função jurisdicional além dos limites de competência impostos pelo próprio ordenamento jurídico e, no que diz respeito a validação da norma, existe uma ratificação da sua adequabilidade ao ordenamento em sede de controle de constitucionalidade.

Em qualquer circunstâncias aqui apresentada, não se pode permitir uma interpretação ou desenvolvimento aberto do Direito pelo órgão jurisdicional em suas decisões, sem uma participação dos que serão afetados, sob pena de séria afronta ao Estado Democrático de Direito.

Pode-se até dizer, em análise perfunctória, que a atividade interpretativa se inicia pelo texto legal escrito, que possibilita uma série de diferentes interpretações, restrições e complementações no momento de sua aplicação.

Dependendo da interpretação dada a norma, é possível alterar de forma considerável o seu conteúdo, bem como a amplitude do direito, a ponto de torná-lo quase irreconhecível.

Inclusive, as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais podem até acabar por construir o direito no exato momento do julgamento de controvérsias nas quais estão investidos, desde que utilizando-se de uma interpretação constitucionalizada¹⁴, mas não arbitrária e isoladamente (como será demonstrado adiante), uma vez que não estão investidos na atividade do legislador.

Na atualidade, a prática interpretativa do ordenamento jurídico pelos magistrados é visto de forma tão natural que a jurisprudência é considerada pela doutrina como uma fonte imediata do direito.

Mas a formação de um repertório jurisprudencial através das decisões está longe de ser justificativa para o exercício do ativismo judicial ou para criação do direito pelos órgãos jurisdicionais.

Mauro Cappelletti (1993) defende que a construção jurisprudencial e a criação de novas normas, a partir do ativismo judicial, pelos órgãos jurisdicionais, é de grande importância, mas não restrito ao judiciário, e sim em toda atividade estatal por decorrência lógica do aumento das atividades desenvolvidas no âmbito dos demais Poderes.

Isso porque "a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, [...], num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno". (CAPPELLETTI, 1993, p. 19) Assim, havendo um aumento da atividade estatal automaticamente aumentará as demandas judiciais quando o cidadão sofrer qualquer lesão aos seus direitos, principalmente ante a inércia e morosidade legislativa.

Exatamente por isso, Cappelletti, na obra *Juízes Legisladores?* (1993), trabalha a atuação criativa dos magistrados na aplicação do direito como fenômeno inevitável, justificando que toda interpretação tem uma parcela de criatividade, mas que esta não se confunde com arbitrariedade por respeitar elementos processuais.

É certo que em alguns países a jurisprudência tem relevante influência nas decisões judiciais face à norma escrita, sendo referencial para decisões futuras

¹⁴ Segundo Barroso, a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). (BARROSO, 2007, p. 10)

(principalmente nos países que adotam o sistema do *common law*), sendo, inclusive, o primeiro plano na construção do direito. Mas como os sistemas jurídicos são bastante distintos, não se pode afirmar que deve ser seguido ou que terá a mesma eficácia quando adotado no Brasil.

O fortalecimento normativo dos precedentes judiciais no Brasil é percebível na própria legislação escrita, com a possibilidade do relator negar seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, nos termos do art. 557¹⁵ do Código de Processo Civil (CPC).

Entretanto, o dispositivo legal apenas contribui para uniformização de decisões, ratificando determinado entendimento num mesmo sentido, mas não implica, a rigor, que se esteja permitindo o exercício do ativismo judicial ou da criação do Direito aos órgãos jurisdicionais.

Isso porque não o judiciário não tem competência para legislar positivamente, pode, quando muito, legislar de modo negativo em sede de controle de constitucionalidade.

Toda essa problemática está pautada na tensão entre segurança jurídica e justiça que acaba proporcionando, na perspectiva do ativismo, uma equivocada abertura do sistema normativo, potencializando a discricionariedade jurisdicional além da sua função de julgador, atribuindo-lhe uma capacidade sobre-humana e de clarividência, na medida em que equacionam fatos que nem o legislador poderia imaginar, não significando que o exercício dessas funções se enquadra dentro de parâmetros democráticos.

O tema é controverso e sua efetivação desafia não só as bases do Estado Democrático de Direito, como também, o exercício jurisdicional, acabando por fragmentar toda sociedade, como bem adverte Habermas (2007, p. 300), para quem a coexistência, com igualdade de direitos, de diferentes formas de vida não pode levar a uma segmentação social, uma vez que exige a integração dos cidadãos do Estado e o reconhecimento recíproco de suas pertencas a grupos sub-culturais, no quadro de uma cultura política compartilhada.

¹⁵ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§1º - A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Ademais, o pluralismo ético e cultural daqueles que exercem a função jurisdicional quase sempre é influenciado pelo exercício da autoridade mediante imposição de normas e valores não partilhados pelos afetados pelo provimento jurisdicional, em oposição ao Estado Democrático de Direito.

O mais importante é esclarecer que o ativismo judicial não se restringe a criação ou validação do direito, mas se caracteriza por todas decisões judiciais arbitrárias e solitárias que impõem obrigações aos afetados, muitas vezes extrapolando a competência funcional do judiciário, em total descompasso com a Democracia participativa e a teoria neo-institucionalista do processo, como será demonstrado.

2.3 A judicialização da política e o ativismo judicial

O ativismo judicial e a judicialização da política são bastante discutidos no Brasil e no Mundo, tendo em vista que a usurpação de funções entre os poderes legislativo e judiciário tem sido uma realidade não só no sistema político brasileiro, como também em outros países.

A presença da judicialização da política e do ativismo judicial no sistema político internacional, em especial nos Estados Unidos da América (EUA), onde "as principais batalhas sobre a natureza da democracia tem sido travadas em torno da autoridade de juízes e da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de atos dos outros órgãos do governo" (DWORKIN, 2006, p. 135), não causa qualquer estranheza que também faça parte do sistema político brasileiro.

A atuação do STF em decisões de grande interesse e repercussão social, inclusive fora de sua esfera de competência, que tem gerado importantes debates acerca do ativismo judicial e da judicialização da política, seus efeitos, consequências e distinções.

Conceitualmente, embora muitas vezes são utilizados como sinônimos, a judicialização da política não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito de repercussão política ou social, que deveriam ter sido resolvido pelos Poderes legislativo ou executivo.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2010, p. 06)

Assim, pode-se dizer que há a transferência da função decisória de competência do Executivo e Legislativo para o órgão jurisdicional de temas polêmicos e controversos, por necessidade, que estabelecerá normas de conduta que serão seguidos pelos demais poderes.

De forma distinta, e explicada em tópico anterior, o ativismo judicial retrata uma efetiva intromissão indevida, por vontade própria, dos órgãos jurisdicionais na função legislativa e executiva, uma vez que cria uma nova norma não contemplada em leis, tratados ou Constituição vigentes, ao fundamento de concretizar valores e princípios constitucionais.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, p. 06)

José dos Santos Carvalho Filho (2010), esclarece que o termo judicialização da política foi utilizado pelos autores Tate e Vallinder, que os autores abordaram o conceito e as condições institucionais para a expansão do Poder Judiciário no processo decisório em Estados democráticos.

Explica, ainda, que seja no ativismo judicial ou na judicialização da política "há aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se está diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo" (CARVALHO FILHO, 2010).

Segundo Vallinder e Tate (1995), a judicialização da política se tornou aparente a partir da ampliação da atividade do Poder Judiciário na análise e julgamento de temas ligados à atuação de outros poderes, principalmente quanto as questões políticas e jurídicas, sobretudo diante dos direitos e garantias fundamentais.

Defendem, também, que a judicialização resulta num equilíbrio natural entre os poderes através da jurisdição, onde o Judiciário, quando provocado por um cidadão ou quando os poderes políticos, passam a adotar as decisões no âmbito de sua atuação.

"[...] a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", o que atribui – considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular. (MELLO, 2008, p. 13/14)¹⁶

Desta forma, a judicialização da política pode ocorrer independentemente do ativismo judicial e vice-versa. Barroso, inclusive, acrescenta que a judicialização da política e ativismo judicial não se confundem, sequer se assemelham, pois

a judicialização origina-se do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política; enquanto que, no ativismo, há uma escolha, uma opção do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude. (BARROSO, 2009)

E ainda completa:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era

¹⁶ Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do supremo tribunal federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>, acesso em 17 de janeiro de 2012.

o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2009)

Em posição contrária, existem autores que defendem a similaridade entre a judicialização da política e do ativismo judicial como componentes de um mesmo modelo.

“[...] ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas.

Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista.

O ativismo judicial implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político.” (POGREBINSCHI, 2000 p. 02)

Nesse sentido, a sociedade acaba obrigada a depositar uma confiança em juízes, que irão decidir os litígios de maneira discricionária e isoladamente, uma vez que os agentes políticos, eleitos democraticamente, não exerceram sua função adequadamente.

O ativismo judiciário significa, em breve síntese, que juízes não eleitos diretamente pela população trazem para si a incumbência de decidir questões tradicionalmente afetas aos demais Poderes da República. Assim, o fenômeno da “judicialização da política” traz em seu interior a possibilidade de que decisões sobre políticas públicas sejam tomadas por aqueles que não foram eleitos para esta importante missão. Em meio a um processo eleitoral nacional, o tema é assaz relevante. (APPIO, 2008, p. 1)

Em que pese alguns autores defenderem que a judicialização da política e o ativismo judicial se equivalham, o fato de um depender da necessidade e o outro da vontade, conforme demonstrado nesse tópico, são características relevantes para diferenciação.

Ante a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial ora apresentada, o primeiro não será profundamente abordado no presente trabalho, na medida em que é de interesse estudar a decisão judicial proferida sobre questões políticas, ultrapassando o campo da interpretação e adentrando a esfera do ativismo judicial decisório por vontade do magistrado.

Não obstante a diferenciação entre a judicialização da política e o ativismo judicial, Barroso (2009) apresenta, também em lado oposto ao ativismo, a auto-contenção judicial. Esclarece que

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. (BARROSO, 2009, p. 09)

A auto-contenção visa o equilíbrio no poder conferido ao Judiciário mediante formas de limitação material e processual de suas competências, inclusive mediante sua fiscalização pelos demais poderes. Esse equilíbrio decorre do risco de subjetividade das decisões judiciais, por uma valoração discricionária das normas ao arbítrio do julgador, que ocorre ante a abertura do texto constitucional e, ainda, pela inércia dos agentes políticos.

O julgador não deve, em hipótese alguma, confundir a atividade decisória com arbitrariedade de juízo valorativos, pautados em religião ou moral, como reflexo da vontade do órgão jurisdicional.

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2009, p. 07)

Barroso (2009) sustenta que “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir” na competência dos demais poderes. Ainda, havendo

necessidade de intervenção, deve haver “[...] uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação [...]” (BARROSO, 2009, p. 17)

A auto-contenção desperta atenção para as incertezas e o subjetivismo dos juízos de valor que deturpam as decisões jurisdicionais pautadas no ativismo judicial, inclusive aquelas construídas durante o controle de constitucionalidade, demonstrando a importância da necessidade de cautela pelos julgadores.

Dessa forma, a principal diferença entre o ativismo e a auto-contenção judicial está, em perfunctória análise teórica, em que o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, mesmo que seja construindo normas específicas a partir de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados.

Lado outro, a auto-contenção se caracteriza pela auto-limitação da interferência Poder Judiciário no espaço da atuação dos Poderes políticos, para evitar decisões carregadas de valores pessoais.

Essa breve análise conceitual sobre a judicialização da política, a auto-contenção judicial e o ativismo objetiva demonstrar a distinção entre as matérias, para maior elucidação da presente dissertação que trata exclusivamente do ativismo judicial.

O ativismo judicial advém da crescente necessidade por pronunciamento jurisdicional quanto a questões políticas que interferem nos direitos e garantias constitucionalmente protegidos, sendo a causa de uma atuação mais ativa por parte do Supremo Tribunal Federal e até de instâncias inferiores.

O aspecto suscitado por Guy Canivet (2006) refere-se à lentidão dos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de uma norma escrita e efetivação dos direitos fundamentais, cuja inércia exige do cidadão a provocação do Judiciário a fim de implementar esses direitos, principalmente aqueles que exigem soluções imediatas.

Nesse sentido, pode-se até justificar os benefícios da jurisprudência (se outro meio não houvesse), ante a permanente adaptação do direito às necessidades dos cidadãos, sendo o ativismo judicial, portanto, reflexo do descrédito e morosidade apresentada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Guy Canivet (2006) explica que a relação existente entre os princípios constitucionais da legalidade e moralidade é fator preponderante para fundamentar a atuação do Poder Judiciário no controle da atividade política.

A moralidade destaca-se, principalmente, nos atos administrativos discricionários, os quais os agentes estatais possuem maior liberalidade de atuação. Contudo, pode ocorrer que o ato seja legal, atenda ao interesse público, mas, ainda assim, seja imoral ou ineficiente, em total incompatibilidade com os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, contrariando ou violando direitos fundamentais.

A CR/88 possibilita a anulação de atos administrativos legais e imorais, ampliando a atuação jurisdicional e enfraquecendo a confiabilidade nas instituições políticas.

Outro ponto preocupante dessa expansão da atividade judiciária está na possibilidade dos membros do STF modificar o entendimento das questões decididas, em patente demonstração de arbitrariedade e não vinculação à jurisprudência ou à norma escrita. Se estas modificações são benéficas ou não à ordem nacional, não incube ao órgão jurisdicional tal avaliação, principalmente quando analisado por decisões não legítimas.

Dessa forma, o Guy Canivet demonstra que a prática ativista não se relaciona unicamente com a valoração solipsista judicial, mas envolve questões que devem ser motivadas no ato decisório como a relação entre os princípios da legalidade e da moralidade.

O jurista John Ferejohn (2002) entende que as questões políticas devem ser debatidas no Legislativo, onde os agentes políticos estão legitimados democraticamente, tornado-os aptos a elaboração das normas de caráter genérico, aplicáveis a todas as pessoas, e não com base num caso concreto que afeta uma minoria através de um procedimento jurisdicional.

Salienta, ainda, sobre a impossibilidade de controle pelo eleitor sobre os atos do Judiciário, inclusive a prerrogativa de afastamento do magistrado que não atende aos anseios sociais, visto que não são eleitos pelo povo e gozam de vitaliciedade, em total contradição a democracia constitucional.

Ferejohn (2002) acrescenta que as cortes supremas estão aptas a regular o exercício da autoridade parlamentar pela imposição de limites às atividades exercidas pelo legislativo. Os magistrados têm demonstrado grande interesse em regular a atividade política no âmbito da legislatura, tendência mundial que já se observa no sistema político brasileiro.

Aponta, por fim, que a expansão judiciária ocorre por dois fundamentos: 1) a fragmentação entre os ramos políticos, que diminui a capacidade de legislar ou de tornar-se o centro das decisões políticas; 2) e os direitos, fazendo com que o órgão jurisdicional os proteja contra abusos políticos. Fundamentos estes que acabam gerando o enfraquecimento do legislativo e o fortalecimento exarcebado do judiciário.

Dieter Grimm (2004, p. 17) sugere que "a crescente importância dos tribunais no último século tem sua principal razão no ativismo judicial. Os juízes conquistam cada vez mais terreno que era formalmente reservado à decisão política ou auto-regulação social".

Os agentes políticos estão preparados para sujeição de revisão dos atos pelos órgãos jurisdicionais, principalmente pela falta de envolvimento dos parlamentares com determinadas matérias polêmicas, mas relevantes, por razões muitas vezes pessoais, morais ou ideológicas.

O progresso no controle de constitucionalidade, sobretudo com a Constituição da República de 1988, imprimiu uma dinâmica especial aos trabalhos desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal, colocando-o como guardião de direitos e garantias fundamentais, numa proporção sem precedentes no sistema brasileiro.

Essa dinâmica da atuação do STF na atividade interpretativa da Constituição, onde o modelo do Estado Social do constitucionalismo e dos valores sociais do povo acaba por exercer considerável influência.

"A CF de 1988 adota um modelo social de constitucionalismo, sobre o qual se ergue o Estado. Isto implica dizer que o ordenamento deve expressar os valores sociais do povo, e a interpretação há de estar afirmada com o sentimento popular, assegurando a dignidade humana, o regime de liberdade, os valores da democracia. É o Estado de bem-estar, no que seja de possível concretização, posto desejável. Aí, entra a função do intérprete, do aplicador da Constituição, tornando-a viva, numa mágica que retira seu texto estático do papel e o transforma na força motriz das relações jurídicas (rectius, constitucionais), políticas, sociais, econômicas, etc." (LIMA, 2009, p. 39)

Mais recentemente, a questão do ativismo judicial foi estudada por Ferraz Júnior (2008), que analisa diversas questões e desenvolve dois argumentos para justificar a prática do ativismo judicial

O primeiro argumento afirma que essa atuação do Judiciário refletia certa inoperância do Poder Legislativo, que se deve a dificuldade de definir e aprovar

agenda própria, ao lado da existência de uma legislação frágil, dúbia e instável. O segundo é o de que o Judiciário tende a atuar independentemente de haver falhas na legislação, reafirmando o *non liquet*.

Observa o autor, em posicionamento favorável, a necessidade de um voluntarismo jurisdicional para identificar e corrigir, por meio de processo interpretativo inovador, possíveis defeitos do texto legislativo.

Laurent Pech (2001) faz referência à criação de princípios no âmbito da jurisprudência, que acabam permitindo uma abertura no campo de atuação pelos órgãos jurisdicionais. Desse modo, o próprio magistrado promove a criação de princípios de conceitos indeterminados que permitirão, em julgamentos futuros, uma extensão da sua atividade interpretativa, gerando o ativismo judicial.

Sob a ótica de Jacques Chevalier (1996), essa postura do Poder Judiciário tem conduzido a uma apropriação da política pelo direito, segundo o qual as questões políticas são submetidas ao filtro do direito, levando a jurisprudência constitucional a ocupar uma posição de destaque nos debates políticos, sendo fator determinante e, até, fonte permanente de soluções para os debates travados na esfera legislativa.

Sintetizando todos os fundamentos trazidos pelos autores analisados, são de grande relevância a fim de comprovarmos se justificam o ativismo judicial no STF, se existem outras explicações plausíveis que evidenciem as causas dessa expansão de atividade, se essa postura ativista é compatível com as bases do Estado Democrático de Direito e, na incompatibilidade, qual meio adequado para atribuir legitimidade as decisões.

2.4 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) é a mais alto grau de jurisdição, competente para decisões de litígios de forma definitiva, bem como julgar questões atinentes a constitucionalidade normativa.

Tradicionalmente, sua função institucional fundamental é salvaguardar os dispositivos constitucionais, principalmente em situações que envolvam lesão ou ameaça aos seus dispositivos, atuando como legislador negativo.

Em diversas decisões, o STF exprime a idéia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar normas jurídicas, atuando como legislador positivo. (PINHEIRO; DA SILVA, 2006, p. 05)

Ao atuar como legislador negativo, o STF tem como função afastar normas que contrariem a Constituição da República, limitada a “apenas considerar a lei inconstitucional e, com isto, deixar de aplicá-la no caso concreto (controle difuso) ou considerá-la inválida com eficácia *erga omnes*” (CAMBI, 2009, p. 289/290)

Contudo, o STF, frequentemente, tem decidido sobre questões de repercussão geral em patente ativismo judicial e contrariamente ao Estado Democrático de Direito.

A democracia repousa na soberania popular e participação, direta ou indireta, do povo tendo como princípio o majoritarismo. Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, “na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo”. (SILVA, 2011, p. 137)

Entretanto, o princípio majoritário, se visto como absoluto, mesmo se tratando da vontade da maioria, pode acabar ferindo direitos e garantias constitucionais das minorias. Considerando que os Poderes Legislativo e Executivo atuam em nome da maioria, o Poder Judiciário exerce um controle contramajoritário.

O termo *countermajoritarian difficulty* foi utilizado ineditamente por Alexander Bickel, na obra *The least dangerous branch*. Trata-se, em tese, da impossibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos eleitos por eleições populares. Diante deste raciocínio, o STF não poderia declarar inconstitucionalidade de leis, visto que seus membros não foram eleitos pelo povo. (ALMEIDA Vicente, 2010).

Vicente de Paulo de Almeida conceitua o contramajoritarismo como

[...] a atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor [...] (ALMEIDA, Vicente, 2010)

A justificativa filosófica para o contramajoritarismo, segundo Barroso (2009, p. 08), está voltada para "a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender".

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. (BARROSO, 2009, p. 08)

Nesse sentido, o poder judiciário ora atua como legislador negativo, invalidando atos e leis dos poderes legislativo ou executivo democraticamente eleitos, ora como legislador positivo, ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor.

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública. Dessa forma, efetua-se uma "politização" do Judiciário, uma vez que os magistrados passam a efetuar, fundados na distorcida prerrogativa do chamado "controle difuso", inadequado a países de sistema romano-germânico, juízos eminentemente políticos. Surge o chamado "juiz político", que concretiza políticas públicas de forma descomprometida, uma vez que não é responsabilizado pelo cumprimento da alocação de recursos efetuada pelos orçamentos e planos plurianuais, nem goza de qualquer espécie de representatividade política, ou mesmo compromisso político-partidário e/ou com algum programa de governo específico. (ROSA JUNIOR, 2008)¹⁷

O maior argumento teórico do contramajoritarismo estabelece que a democracia não se resume ao princípio majoritário, mas que a Constituição estabeleça regras de democracia, assegurando a participação política ampla e irrestrita, o governo da maioria e sua alternância política.

¹⁷ ROSA JUNIOR, Faustino da, O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro, disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833, acessado em 13 de janeiro de 2012.

[...] para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador. (BARROSO, 2009, p. 09)

Em relação ao contramajoritarismo, Lênio Luiz Streck esclarece:

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. (STRECK, 2009, p. 18/19)

Assim, segundo essa perspectiva, os órgãos jurisdicionais estariam atuando em prol da democracia quando adotado o contramajoritarismo.

democracia pressupõe não só a distribuição de poderes, mas igualdade entre os cidadãos membros da sociedade, seja em oportunidade, seja em condições. Apesar de a democracia referir-se à idéia de igualdade, fato inegável é que ela assenta-se sobre uma base social complexa e pluralista. (PAULA, 2002, p. 95)

Assim, embora não concorde com tal conceituação, pelo contramajoritarismo o judiciário legitima suas decisões por alcançar os objetivos previstos na Constituição da República.

A inércia legislativa não justifica o contramajoritarismo, e este não atribui legitimidade das decisões ativistas. A inércia legislativa apenas possibilita o desenvolvimento de um judiciário ativo, ao argumento de estar efetivando garantias constitucionais aos cidadãos, mas acaba estremecendo qualquer democracia.

A sociedade não pode ficar a mercê da falta de iniciativa do órgão legislativo, da mesma forma que o Poder Judiciário não pode adentrar a esfera das competências funcionais dos outros órgãos.

No entanto, o débil cenário político e socioeconômico propicia o crescimento da atuação do órgão judiciário na sociedade, que acaba tendo um papel paliativo,

mas corrobora para a desvalorização do princípio constitucional de separação de poderes.

O ativismo desempenhado pelos órgãos jurisdicionais, muitas vezes inadequadamente justificado pela garantia da eficácia dos direitos fundamentais constitucionais, tem gerado um decisionismo movido pela jurisprudencialização, sendo o primeiro passo para o caos social.

Segundo a doutrina favorável, a consolidação do ativismo judicial pelo STF retratada o preenchimento de critérios instituídos pela democracia social, convergentes os princípios constitucionais da "a) constitucionalidade; b) democracia; c) sistema de direitos fundamentais; d) justiça social; e) igualdade; f) divisão de poderes; g) legalidade e h) segurança e certeza jurídica" (BOLZAN DE MORAES, 1996, p. 67) considerado os pilares do Estado Democrático de Direito.

As principais críticas ao ativismo judicial referem-se a falta de legitimidade democrática das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, que são discricionárias e solipsistas, insurgindo contra atos legalmente instituídos pelos cidadãos eleitos por sufrágio universal, ferindo o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, fragilizando o estado democrático de direito e a democracia.

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular? (GARGARELA, 1996, p. 11).

No ativismo judicial os magistrados ampliam seus limites jurisdicionais a fim de modificar, corrigir ou complementar leis e atos administrativos, conforme praticado pelo STF, que extrapolando suas competências, para adotar uma jurisprudência mais ativa.

Essa ampliação na competência do STF tornam as decisões proferidas por esta última instância cada vez mais temerárias para a democracia, na medida em que usurpa atividade tipicamente legislativa, desempenhando papel negativo na política brasileira.

Rosemiro Leal (2012) salienta que

Percebe-se atualmente no direito legislado um convívio promíscuo de normas textuais (totalitárias, passíveis de interpretação extrassistêmica) e

normas discursivas (endossignificativas) a esfacelar o Sistema Jurídico, imprimindo-lhe ideologias luhmannianas de Estado Liberal e Social de Direito que são inconstitucionais no Brasil. A perdurarem essas antinomias, o contraditório e a ampla defesa, quando disponibilizados em lei, são meras tagarelices de uma linguagem praxista quem impossibilitada de se converter em argumentações jurídicas egressas da intradiscursividade sistêmica (democrática) da constitucionalidade processualmente gestada, traduz apenas um duelo linguageiro (não teórico) entre intérpretes do ordenamento jurídico em que prevalecerá a vontade imperiosa do auctoritas. (LEAL, Rosemiro, 2012, p. 189)

Quando da elaboração da Constituição da República de 1998, a competência do STF era marcada pelo controle de constitucionalidade de temas próprios do direito privado e processual, o que contribuiu para formação de um acervo jurisprudencial defensivo das disposições constitucionais.

Mas a valorização das questões diretamente ligadas ao Direito Constitucional proporcionou a mudança na atuação da Corte Constitucional que passa a posicionar em casos de omissão legislativa.

Por essa nova forma de atuação, a título exemplificativo, e reconhecendo a inércia e mora do Poder Legislativo, o STF, em 2007, no julgamento do Mandado de Injunção (MI) nº 712 determinou a aplicação da Lei nº 7783/89¹⁸ que regulamenta o direito de greve aos empregados da iniciativa privada aos servidores públicos, tornando, assim, um legislador positivo.

Ementa: Mandado De Injunção. Art. 5º, Lxxi Da Constituição Do Brasil. Concessão De Efetividade À Norma Veiculada Pelo Artigo 37, Inciso Vii, Da Constituição Do Brasil. Legitimidade Ativa De Entidade Sindical. Greve Dos Trabalhadores Em Geral [Art. 9º Da Constituição Do Brasil]. Aplicação Da Lei Federal N. 7.783/89 À Greve No Serviço Público Até Que Sobrevenha Lei Regulamentadora. Parâmetros Concernentes Ao Exercício Do Direito De Greve Pelos Servidores Públicos Definidos Por Esta Corte. Continuidade Do Serviço Público. Greve No Serviço Público. Alteração De Entendimento Anterior Quanto À Substância Do Mandado De Injunção. Prevalência Do Interesse Social. Insubssistência Do Argumento Segundo O Qual Dar-Se-la Ofensa À Independência E Harmonia Entre Os Poderes [Art. 2º Da Constituição Do Brasil] E À Separação Dos Poderes [Art. 60, § 4º, Iii, Da Constituição Do Brasil]. Incumbe Ao Poder Judiciário Produzir A Norma Suficiente Para Tornar Viável O Exercício Do Direito De Greve Dos Servidores Públicos, Consagrado No Artigo 37, Vii, Da Constituição Do Brasil. [...] 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena

¹⁸ Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. [...] 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. [...] 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar -- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)

Em outro caso, no Mandado de Injunção nº 721, o STF o julgou parcialmente procedente para reconhecer a inércia legislativa para regulamentação do artigo 40, §4º, inciso III, da CR/88¹⁹ e determinou que fosse concedido o direito a

¹⁹ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

[...]

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

aposentadoria especial a uma servidora pública por exercer atividades insalubres, conforme art. 57 da Lei nº 8213/91²⁰.

Ementa: Mandado De Injunção - Natureza. Conforme Disposto No Inciso Lxxi Do Artigo 5º Da Constituição Federal, Conceder-Se-Á Mandado De Injunção Quando Necessário Ao Exercício Dos Direitos E Liberdades Constitucionais E Das Prerrogativas Inerentes À Nacionalidade, À Soberania E À Cidadania. Há Ação Mandamental E Não Simplesmente Declaratória De Omissão. A Carga De Declaração Não É Objeto Da Impetração, Mas Premissa Da Ordem A Ser Formalizada. Mandado De Injunção - Decisão - Balizas. Tratando-Se De Processo Subjetivo, A Decisão Possui Eficácia Considerada A Relação Jurídica Nele Revelada. Aposentadoria - Trabalho Em Condições Especiais - Prejuízo À Saúde Do Servidor - Inexistência De Lei Complementar - Artigo 40, § 4º, Da Constituição Federal. Inexistente A Disciplina Específica Da Aposentadoria Especial Do Servidor, Impõe-Se A Adoção, Via Pronunciamento Judicial, Daquela Própria Aos Trabalhadores Em Geral - Artigo 57, § 1º, Da Lei Nº 8.213/91. (Mi 721, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado Em 30/08/2007, Dje-152 Divulg 29-11-2007 Public 30-11-2007 Dj 30-11-2007 Pp-00029 Ement Vol-02301-01 Pp-00001 Rjtj Vol-00203-01 Pp-00011 Rddp N. 60, 2008, P. 134-142)

O STF extrapola consideravelmente sua competência praticando um ativismo criativo, pela utilização da interpretação evolutiva da constituição como forma de criar novos direitos e até novos princípios distintos dos expressos no ordenamento jurídico, ou pela justificativa de lacunas normativas.

Ao julgar a vedação do nepotismo nos órgãos legislativo, executivo e judiciário, através da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 12 de Relatoria (Rel.) do Ministro (Min.) Carlos Britto, o STF julgou procedente a referida ação, com base nos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, atribuindo uma interpretação conforme a constituição, validando a resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que proibia o nepotismo no Poder Judiciário.

Ementa: Ação Declaratória De Constitucionalidade, Ajuizada Em Prol Da Resolução Nº 07, De 18.10.05, Do Conselho Nacional De Justiça. Ato Normativo Que "Disciplina O Exercício De Cargos, Empregos E Funções Por Parentes, Cônjuges E Companheiros De Magistrados E De Servidores Investidos Em Cargos De Direção E Assessoramento, No Âmbito Dos Órgãos Do Poder Judiciário E Dá Outras Providências". Procedência Do Pedido. 1. Os Condicionamentos Impostos Pela Resolução Nº 07/05, Do Cnj, Não Atentam Contra A Liberdade De Prover E Desprover Cargos Em Comissão E Funções De Confiança. As Restrições Constantes Do Ato Resolutivo São, No Rigor Dos Termos, As Mesmas Já Impostas Pela Constituição De 1988, Dedutíveis Dos Republicanos Princípios Da

²⁰ Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Impessoalidade, Da Eficiência, Da Igualdade E Da Moralidade. 2. Improcedência Das Alegações De Desrespeito Ao Princípio Da Separação Dos Poderes E Ao Princípio Federativo. O Cnj Não É Órgão Estranho Ao Poder Judiciário (Art. 92, Cf) E Não Está A Submeter Esse Poder À Autoridade De Nenhum Dos Outros Dois. O Poder Judiciário Tem Uma Singular Compostura De Âmbito Nacional, Perfeitamente Compatibilizada Com O Caráter Estadualizado De Uma Parte Dele. Ademais, O Art. 125 Da Lei Magna Defere Aos Estados A Competência De Organizar A Sua Própria Justiça, Mas Não É Menos Certo Que Esse Mesmo Art. 125, Caput, Junge Essa Organização Aos Princípios "Estabelecidos" Por Ela, Carta Maior, Neles Incluídos Os Constantes Do Art. 37, Cabeça. 3. Ação Julgada Procedente Para: A) Emprestar Interpretação Conforme À Constituição Para Deduzir A Função De Chefia Do Substantivo "Direção" Nos Incisos li, lii, liv, V Do Artigo 2º Do Ato Normativo Em Foco; B) Declarar A Constitucionalidade Da Resolução Nº 07/2005, Do Conselho Nacional De Justiça. (Adc 12, Relator(A): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgado Em 20/08/2008, Dje-237 Divulg 17-12-2009 Public 18-12-2009 Ement Vol-02387-01 Pp-00001 Rtj Vol-00215- Pp-00011 Rt V. 99, N. 893, 2010, P. 133-149)

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 579.951 de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, foi estendida a proibição aos demais poderes com base nos mesmos princípios, que estão elencados no art. 37 da CR/88, sendo, inclusive, posteriormente editada a súmula vinculante nº. 13²¹ para disciplinar as instâncias inferiores.

Ementa: Administração Pública. Vedação Nepotismo. Necessidade De Lei Formal. Inexigibilidade. Proibição Que Decorre Do Art. 37, Caput, Da Cf. Re Provido Em Parte. I - Embora Restrita Ao Âmbito Do Judiciário, A Resolução 7/2005 Do Conselho Nacional Da Justiça, A Prática Do Nepotismo Nos Demais Poderes É Ilícita. li - A Vedação Do Nepotismo Não Exige A Edição De Lei Formal Para Coibir A Prática. lii - Proibição Que Decorre Diretamente Dos Princípios Contidos No Art. 37, Caput, Da Constituição Federal. liv - Precedentes. V - Re Conhecido E Parcialmente Provido Para Anular A Nomeação Do Servidor, Aparentado Com Agente Político, Ocupante, De Cargo Em Comissão. (Re 579951, Relator(A): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgado Em 20/08/2008, Repercussão Geral - Mérito Dje-202 Divulg 23-10-2008 Public 24-10-2008 Ement Vol-02338-10 Pp-01876)

A Súmula Vinculante nº. 13, inclusive, dispõe acerca do nepotismo em casos de nomeações cruzadas, entre autoridades nomeantes de Poderes distintos para, reciprocamente, acolherem parentes uns dos outros.

²¹ Súmula Vinculante nº 13 - 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.

O Supremo Tribunal Federal utilizou dos princípios para combater o nepotismo e prática de privilégio de parentes no preenchimento de cargos em comissão ou para funções de confiança.

Posteriormente a edição da Súmula, o Min. Joaquim Barbosa se pronunciou no Mandado de Segurança (MS) nº. 23.780-5/MA interposto por funcionária, procurando tornar sem efeito a exoneração do cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, onde tinha parentesco com o Vice-Presidente.

Ementa: Mandado De Segurança. Nepotismo. Cargo Em Comissão. Impossibilidade. Princípio Da Moralidade Administrativa. Servidora Pública Da Secretaria De Educação Nomeada Para Cargo Em Comissão No Tribunal Regional Do Trabalho Da 16ª Região À Época Em Que O Vice-Presidente Do Tribunal Era Parente Seu. Impossibilidade. A Proibição Do Preenchimento De Cargos Em Comissão Por Cônjuges E Parentes De Servidores Públicos É Medida Que Homenageia E Concretiza O Princípio Da Moralidade Administrativa, O Qual Deve Nortear Toda A Administração Pública, Em Qualquer Esfera Do Poder. Mandado De Segurança Denegado. (Ms 23780, Relator(A): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado Em 28/09/2005, Dj 03-03-2006 Pp-00071 Ement Vol-02223-01 Pp-00109 Rb V. 18, N. 509, 2006, P. 21-22 Lexstf V. 28, N. 327, 2006, P. 145-152 Rt V. 95, N. 848, 2006, P. 145-147 Rmp N. 34, 2009, P. 307-312)

Noutro caso, o entendimento jurisprudencial do STF era pacífico sobre a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária. Entendimento foi modificado após uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em resposta a uma consulta partidária.

Desde então, o Supremo remeteu ao TSE a competência para disciplinar a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária, sendo editada a Resolução nº 22.610²², que foi atacada por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.999, mas seu texto foi considerado Constitucional até que o Congresso regulamente a matéria, ratificando o ativismo praticado pelo TSE²³.

²² Resolução nº 22.610, de 25.10.2007 - T.S.E. - Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

²³ Após a promulgação da CR/88, o STF teve de manifestar-se sobre a fidelidade partidária no julgamento dos Mandados de Segurança (MS) 20.916 e 20.927, em 1989, entendendo, por maioria de votos, pela inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária.

Em 2007, o Partido da Frente Liberal (PFL), consultou o TSE indagando se partidos e coligações tinham o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houvesse pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda, com base no art. 23, inc. XII, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65).

O TSE reconheceu o direito de os partidos e coligações preservarem as vagas obtidas pelo sistema eleitoral proporcional quando ocorra cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda sem justificação.

O Ministro Marco Aurélio de Melo foi contrário a declaração de constitucionalidade da Resolução, sendo voto vencido entre os demais.

Presidente, assentada a premissa – e fiquei vencido na matéria – segundo a qual o Tribunal Superior Eleitoral legislou, fez inserir no arcabouço normativo pátrio um ato abstrato autônomo, geral, obrigando a todos, devo, então, a partir dessa premissa em relação à qual continuo guardando reservas, proceder a exame da Resolução. Vejo que, já de início, no artigo 1º previu-se que é possível a Justiça Eleitoral, no caso de infidelidade partidária, decretar a perda do cargo eletivo.

O Tribunal Superior Eleitoral adentrou no campo do direito substancial para revelar situações concretas em que se teria o abandono do partido que capitaneou a eleição do candidato, o abandono pelo candidato eleito, como justificado, como legítimo. E aqui, realmente se trata de direito substancial.

Em preceito seguinte a Resolução versa processo, porque condição da ação diz respeito a processo e não a procedimento. A Resolução indica aqueles legitimados para adentrarem o campo jurisdicional e reclamarem a declaração em decisão constitutiva negativa, de perda de cargo [...]

[...] Em síntese, esse condicionamento, para mim, implica dizer que julgou, acabou julgando, não para o caso concreto, como ocorre quando a ação revela mandado de injunção, o Tribunal Superior Eleitoral acabou julgando implicitamente um mandado de injunção ante a lacuna legislativa, ante a inexistência de diploma que versasse todos os temas contidos na Resolução, ante a inércia do Congresso Nacional, e competente para julgar mandado de injunção, neste caso, e o Supremo Tribunal Federal e não o Tribunal Superior Eleitoral.²⁴

Em que pese os exemplos de decisões apresentados, não caberia ao STF essa atuação legislador positivo, sendo-lhe vedado inovar o sistema normativo. Tal postura revela um flagrante extravasamento de competências, com grande ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, haja vista ser função reservada ao Legislativo.

A partir desse entendimento, foram impetrados vários MS junto ao STF para que declarasse a vacância dos cargos daqueles deputados que abandonaram o partido, conforme o entendimento do TSE.

O STF, reformulando sua jurisprudência, ratificou o entendimento do TSE, atribuindo-lhe competência para expedir resolução disciplinando a perda do mandato. Assim, o TSE editou a Resolução 22.610 disciplinando a perda do mandato, inovando o ordenamento jurídico por criar normas de direito material e de direito processual.

Inconformado, o Partido Social Cristão ingressou no Supremo Tribunal Federal com ADI nº 3999 contra a resolução, alegando usurpação de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em julgamento, o STF confirmou a constitucionalidade da referida resolução, até que o Congresso disciplinasse a matéria, sendo votos pela inconstitucionalidade apenas dos Ministros Marco Aurélio de Mello e Eros Roberto Grau.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12-11-2008. Publicado no DJe-071 de 17-04-2009. Disponível <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. último acesso em 12 de janeiro de 2012.

A consolidação do ativismo, judicial ou criativo, na forma como tem ocorrido, são incoerentes com a proposta de um direito que efetivamente coadune com os anseios traçados pelo Estado Democrático de Direito.

2.4.1 O direito como integridade de Dworkin

Esse ativismo praticado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelos demais órgãos jurisdicionais, tem suas decisões fundamentadas pela teoria do direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin numa interpretação particularíssima do autor, uma vez que Dworkin trabalha o common law.

Alguns casos julgados pelos órgãos jurisdicionais são controversos devido ao seu ineditismo, à ausência de lei expressa ou devido a normas de conteúdo indeterminado que geram divergências sobre a aplicação, possibilitando a independência do judiciário na definição de termos abstratos ou em casos omissos, contribuindo para prática do ativismo judicial.

Ronald Dworkin desenvolveu a teoria do direito como integridade como forma de compreender a atividade dos juízes, e como tomam suas decisões, criticando qualquer restrição ao poder decisório do judiciário, o que tem sido bastante utilizado nas fundamentações dos provimentos ativistas.

Dworkin (1999), que pretende a limitação do judiciário a uma comunidade de princípios, critica os positivistas ao afirmar que o direito não pode ser reduzido a um conjunto de regras, uma vez que existem os princípios que, embora distintos, possuem a mesma importância.

Sob essa perspectiva, o ataque dworkiniano aos positivistas concentra-se no poder político que estes atribuem aos juízes, ao admitir a liberdade do julgador e a possibilidade de criação do direito pelos órgãos judicantes - hipótese que, como visto, é expressamente admitida em Hart. (LEAL, André, 2002, p. 56)

A diferença entre regras e princípios é percebível quando da aplicação. As regras aplicam-se da forma tudo ou nada, sendo capaz de fornecer a resposta válida e, caso duas regras forneçam respostas diferentes para um mesmo caso, uma delas não pode ser válida. E, ainda, havendo conflito de regras, o sistema jurídico deve regulamentar os critérios de solução e aplicação.

Regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Se os fatos que uma regra estipula estão dados, então, ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser acatada, ou a regra não é válida, caso em que não contribui em nada para a decisão.²⁵ (DWORKIN, 1978, p. 24 - Tradução nossa)

Já em relação aos princípios, havendo conflito para aplicação em determinado caso concreto de forma a proporcionar decisões contrárias, deve-se aplicar aquele cujo peso é maior, pois ambos permanecem válidos no ordenamento jurídico.

Princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios entrecruzam-se (a política de proteção aos consumidores de automóveis entrecruzando-se com princípios de liberdade de contratar por exemplo), aquele que deve resolver o conflito tem que levar em conta o peso relativo de cada um. Isso não pode ser, evidentemente, uma medida exata, e o juízo de que um princípio particular ou política é mais importante do que outro muitas vezes será controverso. Não obstante, que o princípio tenha essa dimensão é uma parte integrante do seu conceito, pois faz sentido perguntar quão importante ou quão pesado ele é.²⁶ (DWORKIN, 1978, p. 26/27 - Tradução nossa).

A aplicação de um princípio pelo órgão jurisdicional depende de suporte em um precedente ou do texto normativo.

Certo, se fôssemos desafiados a fundamentar nossa pretensão de que determinado princípio é um princípio do direito, mencionaríamos quaisquer casos anteriores nos quais aquele princípio fosse citado, ou tivesse figurado no argumento. Mencionaríamos, ainda, qualquer texto de lei que parecesse exemplificar aquele princípio (melhor ainda se o princípio fosse citado no preâmbulo do texto legal, ou nos relatórios de comissões ou outro documento legislativo que o acompanhasse). A não ser que pudéssemos conseguir tal suporte institucional, provavelmente falharíamos em nossa argumentação, e quanto mais suporte conseguíssemos, mais peso poderíamos reclamar para o princípio.²⁷ (DWORKIN, 1978, p. 40 - Tradução nossa)

²⁵ Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.

²⁶ Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgement that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.

²⁷ True, if we were challenged to back up our claim that some principle is a principle of law, we would mention any prior cases in which that principle was cited, or figured in the argument. We would also mention any statute that seemed to exemplify that principle (even better if the principle was cited in the preamble of the statute, or in the committee reports or other legislature documents that accompanied

Dworkin acredita que os princípios, assim como as regras, prescrevem direitos individuais para guiar as decisões nos chamados *hard cases* (casos difíceis), o que não permitiria a discricionariedade judicial (por isso se afirma que o ativismo é uma interpretação personalíssima da obra de Dworkin), pois a decisão seria construída a partir de princípios na ausência de regras aplicáveis.

É justamente neste ponto, a partir de sua posição acerca dos princípios jurídicos, que Dworkin passa a sustentar a sua teoria concernente à integridade do direito. Tal teoria deve ser estudada sob a ótica de dois princípios, quais sejam: o princípio legislativo e o princípio jurisdicional. O princípio legislativo pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente. O princípio jurisdicional demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido (DWORKIN, 1999, p. 213). Este último é considerado, por Dworkin, como o mais importante na sustentação da integridade do direito, pois necessita demonstrar como o ordenamento jurídico deve ser encarado no momento da correta aplicação da lei. (SOARES, 2008, p. 133/134)

Carlos Henrique Soares (2008, p. 135), explicando Dworkin, salienta que "uma decisão justa deve atender a coerência de princípios. as decisões judiciais devem ser moldadas em harmonia com o convencionalismo (história legal) e o pragmatismo (sistema de princípios ético-políticos)".

Nesse sentido, bastaria que o juiz demonstrasse que o princípio não contradiz decisões passadas ou que não vai em oposição as regras escritas, sendo "indispensável uma compatibilidade entre os princípios estabelecidos e as outras decisões do tribunal para que se possa dizer se a decisão é ou não coerente" (SOARES, 2008, p. 135/136).

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificativa para uma decisão particular, sob a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é consistente com decisões anteriores, que não foram retratadas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas.²⁸ (DWORKIN, 1978, p. 88 - Tradução nossa).

Inclusive, a legitimidade do Direito para Dworkin, como bem salienta André Leal, "assenta-se na condição de que todos os cidadãos sejam tratados como iguais,

it). Unless we could find some such institutional support, we would probably fail to make out our case, and the more support we found, the more weight we could claim for the principle.

²⁸ An argument of principle can supply a justification for a particular decision, under the doctrine of responsibility, only if the principle cited can be shown to be consistent with earlier decision not recanted, and with decision that the institution is prepared to make in the hypothetical circumstances.

e que possam, [...], participar das deliberações acerca de seus destino e o de sua comunidade. (LEAL, André, 2002, p. 55)

Dessa forma, seja diante de casos difíceis (*hard cases*) ou de lacunas normativas, o juiz deve basear suas decisões em princípios (ainda que não escritos), o que afastaria a discricionariedade.

Para tanto, é necessário que as normas vigentes e os princípios sejam interpretados como um todo coerente e harmônico - o que Dworkin denominou como teoria do direito como integridade.

A integridade não requer consistência em princípio sobre todos os estágios históricos do direito de uma comunidade; não requer que os juízes tentem entender o direito que aplicam como uma continuação de princípios com o direito abandonado de séculos passados ou mesmo de uma geração passada. Ela determina uma consistência de princípio horizontal ao invés de vertical com as normas jurídicas que a comunidade agora faz vigor.²⁹ (DWORKIN, 1986, p. 227 - Tradução nossa).

No entanto, embora preocupado em afastar a discricionariedade, para colocar em prática a teoria desenvolvida, Dworkin comete deslizes ao sustentar que o juiz deve conhecer todos os princípios, leis e precedentes que compõem o direito, comparando-o a um “Hércules” e, ainda, deve buscar sempre uma única e melhor decisão para os *hard cases*.

Agora veremos por que eu chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneçam uma justificação coerente para todos os precedentes e para as provisões constitucionais e legais também, na medida em que estas devam ser justificadas por princípios³⁰. (DWORKIN, 1978, p. 116/117 - Tradução nossa)

Procurando rejeitar a discricionariedade, Dworkin cria a figura sobre-humana de um juiz dotado de capacidades de decisão, criado "para ilustrar a atitude decisório-interpretativa ideal, no entanto, ultrapassa o mero esforço ilustrativo, porque concentra excessiva importância no ato decisório (LEAL, André, 2002, p. 61),

²⁹ Integrity does not require consistency in principle over all historical stages of a community's law; it does not require that judges try to understand the law they enforce as continuous in principle with the abandoned law of a previous century or even a previous generation. It commands a horizontal rather than vertical consistency of principle across the range of the legal standards the community now enforces.

³⁰ You will now see why I called our judge Hercules. He must construct a scheme of abstract and concrete principles that provides a coherent justification for all common law precedents and, so far as these are to be justified on principle, constitutional and statutory provisions as well.

pela fundamentação racional o que seria suficiente, no seu ponto de vista, para legitimidade das decisões judiciais.

[...] o autor estabelece um vínculo estreito de entre a legitimidade das decisões judiciais com uma certa racionalidade. Isso no sentido de que o juiz deve construir racionalmente sua decisão, de forma a demonstrar que ele se conecta aos princípios morais insculpidos na história institucional de uma determinada comunidade e que, portanto, seus argumentos são aceitáveis. (LEAL, André, 2002, p. 61)

Contudo, essa figura do juiz Hércules conhecedor de todas regras e princípios não é suficiente para atribuir legitimidade às decisões judiciais por não permitir a "contribuição argumentativa das partes nos procedimentos judiciais" (LEAL, André, 2002, p. 61) possibilitando um solipsismo que não impede que os provimentos sejam afetados pelas convicções pessoais, morais e ideológicas do julgador.

Em que pese a relevância da teoria desenvolvida por Dworkin, o solipsismo judicial, por não atender a principiologia constitucional do processo torna-se incompatível com os paradigmas do Estado Democrático de Direito, uma vez que não possibilita a construção participativa do provimento. Ademais, a teoria Dworkiana não assegura que a regra ou princípio utilizado pelo magistrado para fundamentação da decisão seja o mais adequado ao caso.

Mas a teoria pode até ser suficiente para justificar a prática do ativismo judicial indistintamente, mas não para atribuir legitimidade decisória dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.5 O ativismo judicial no direito comparado

Demonstrada as terminologias e conceituações existentes do ativismo judicial no Brasil, faz-se necessário estudo no direito comparado, inclusive para verificar as origens, acepções e características do ativismo em outros países.

É comum a adoção, no território brasileiro, de culturas jurídicas de outros países, em destaque as ideologias jurídicas europeias que se destacam desde a época colonial, quando trouxeram “de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e teimando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”. (HOLANDA, 1995, p. 31)

O Direito Comparado visa a estabelecer comparações entre os diversos sistemas e instituições político-jurídicas existentes no mundo, analisando os fundamentos dos ordenamentos jurídicos e o próprio sistema jurídico ou instituto, estabelecendo a comparação entre no mínimo dois sistemas.

A utilidade do método comparado de investigação, ou do direito comparado aplicado é evidente neste contexto para o aprofundamento do conhecimento de cada sistema jurídico dentro da estrutura político-social em que se situa, com vistas à garantia de maior eficácia do direito internacional (TRINDADE, 2002, p. 148).

Considerando que vivemos num mundo globalizado, influenciado por diversos sistemas jurídicos distintos (*civil law e common law*), cujas aplicações e interpretação são realizadas conforme as particularidades de cada Estado Soberano, perpassar pelo direito comparado faz-se necessário.

[...] é fundamental a visão comparatista, porquanto se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário. (RAMOS, 2010, p. 104)

Nos países que adotam o sistema do *civil law*, como o Brasil, as fontes formais do direito estão vinculadas, em regra, ao texto de lei (norma expressa), ficando os julgadores impossibilitados de exercer o *non liquet*³¹, quando devem utilizar de outras fontes do direito, como os princípios gerais do direito, os costumes, a analogia, súmulas e as jurisprudências, para efetivação do provimento jurisdicional. Nesse caso, “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros” (DAVID, 1993, p. 120).

Já o *common law* é mais utilizados em países de origem anglo-saxônica, como os Estados Unidos e a Inglaterra. Embora esse sistema também exista o texto normativo, o direito se baseia mais na jurisprudência do que no texto legal.

Sendo a jurisprudência o conjunto de interpretações das normas do direito, pelo Poder Judiciário, num mesmo sentido, no sistema da *common law* o caso

³¹ Originado do Direito Romano, o *non liquet* era expressão aplicada aos casos em que juiz não detinha uma nítida resposta jurídica para realização do julgamento, ficando este sem decisão jurisdicional, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial o art. 4º da Lei de Introdução as Norma do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

concreto é analisado, principalmente, a partir de outros casos semelhantes, gerando sempre novos precedentes que serão utilizados em outros julgamentos.

Desta forma, a grande característica desse sistema está no fato das decisões judiciais além de concretizar determinadas situações fáticas, também assumem uma forma de aplicação das normas jurídicas em outros casos, sem assumir a função desempenhada pelo legislador.

"A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. (RE, 2004. p. 122)

São essas distinções de sistemas jurídicos que tornam importante a compreensão do instituto no Direito Comparado, inclusive, para análise da sua adequação não só ao sistema jurídico, como todo o ordenamento jurídico pátrio.

Cumprido esclarece que o estudo do Direito Comparado através da doutrina possibilita, tão só, um conhecimento perfunctório do instituto em outros países, no que tange as similaridades e diferenças.

Não se trata do conhecimento detalhado de cada um dos ordenamentos examinados, sim do confronto entre eles e a posterior análise das diferenças e das semelhanças estruturais e de disciplinas reconhecíveis³². (PIZZORUSSO, 1987, p. 80 - Tradução nossa)

É para melhor compreender o instituto do ativismo judicial que se fará o estudo de sua utilização e aplicação em outros países.

2.5.1 O ativismo judicial nos Estados Unidos da América

O império da cultura jurisprudencial é a característica preponderante do sistema jurídico norte-americano (*common law*) sendo a principal fonte utilizada pelo judiciário, tornando passíveis, inclusive, de mudanças dos entendimentos em casos concretos tratando de temas similares.

³² No tanto el conocimiento de cada uno de los ordenamientos examinados detalladamente, sino la confrontación entre ellos y el consiguiente análisis de las diferencias y de las analogías de estructura y de disciplinas reconocibles.

É por esse sistema jurídico que o direito nos Estados Unidos acaba sendo atingido pela discricionariedade da Suprema Corte Norte-americana em diversas matérias, contribuindo para essência do ativismo judicial sem limites naquele país.

O termo ativismo judicial foi utilizado pela vez primeira por Arthur Schlesinger, em janeiro de 1947, segundo Keenan D. Kamiec (2004, p. 1445/1447), em um artigo publicado numa revista popular que traçava o perfil dos juízes da Corte Suprema nos EUA, sendo os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge classificados por Schlesinger como ativistas judiciais. A classificação se deu em razão do papel ativo desempenhado por esses juízes na promoção do bem-estar social.

A intensa atividade judicial marcada pela participação da Suprema Corte na decisão dos mais polêmicos temas assevera a primazia das decisões individuais, construindo, assim, precedentes caso a caso.

Desta forma, ao julgar um caso, os juízes têm obrigação de considerar as mesmas regras já estabelecidas em julgamentos passados, proporcionando um efeito vinculante à decisão posterior como forma de garantir a segurança jurídica.

É pela característica do *common law*, de construção de precedentes caso a caso, que as noções de ativismo judicial começaram a surgir nos Estados Unidos, com a criação do *judicial review*, conforme afirma David Ball que “[...] as origens do poder constitucional de revisão judicial repousa entre desenvolvimento histórico e aplicação do direito para resistir à tirania”³³ (BALL, 2005, p. 4 - Tradução nossa).

A Constituição norte-americano preceitua-se pela unificação política-jurídica através da ponderação da ordem, liberdade e democracia os quais serão efetivados pela atuação do Poder Judiciário.

O *judicial review* foi a primeira atuação ativista da Suprema Corte, pelo julgamento do caso *Marbury v. Madison*³⁴, quando se reconheceu o controle de

³³ the origins of the constitutional power of judicial review lie in the historical development and application of the duty to resist tyranny.

³⁴ O Caso *Marbury v. Madison* foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário.

Na eleição presidencial dos EUA em 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams.

Antes do término do mandato, John Adams, em exercício de manobra política, enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei que resultou no *Judiciary Act of 1801* que criava cargos de juízes de paz, para manter certo controle sobre o Estado, que resultou na nomeação de William Marbury.

Entretanto, o secretário de justiça de John Adams não entregou o diploma de nomeação a Marbury, o que também foi negado pelo novo secretário de justiça James Madison após Thomas Jefferson assumir a presidência.

constitucionalidade pelo Poder Judiciário sem esta previsão no texto constitucional e criando, assim, um precedente ativista.

A Constituição norte-americana tem sua supremacia garantida, bem como coloca o Poder Judiciário subordinada a ela, sendo inquestionável o dever de aplicá-la pelo órgão jurisdicional.

Lado outro, existia uma grande lacuna quanto ao exercício do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, sendo tal decisão por muitos questionada, na medida em que a obrigação do Poder Judiciário era, tão só, atuar sob os ditames constitucionais, e não revisar atos emanados por outros Poderes (Executivo ou Legislativo).

Por tal razão, segundo Godoy (2002), a decisão do caso *Marbury v. Madison* foi o grande marco do constitucionalismo norte-americano fazendo surgir as primeiras discussões quanto a legitimidade e amplitude da atuação da Corte Constitucional.

Pela *judicial review* pelas Cortes sobre o atos legislativos constatou-se a existência da distinção entre um governo pelas leis (*rule of law*) do governo dos homens (*rule of people*), não bastando a existência da legislação, mas da sua correspondência com os direitos civis e políticos como garantia da soberania popular.

Em razão disso, houve uma desvalorização da legislação como fonte primária do direito e uma valorização da atuação das Cortes pelo *judicial review*, que atualmente não mais se concentra apenas no controle de constitucionalidade, ampliando sua atuação, inclusive, para questões consideradas de âmbito exclusivo dos Poderes Legislativo e do Executivo, concretizando, ainda mais, o ativismo judicial.

“O ativismo judicial ocorre quando o judiciário ultrapassa a linha que separa as esferas judicial e legislativa.

Marbury recorreu à Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma, pois o *Judiciary Act of 1789* havia ampliado sua competência originária anteriormente fixada pela Constituição Americana de 1787.

O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803 e concluiu pela parcial inconstitucionalidade do *Judiciary Act of 1789* que ampliou a competência da Suprema Corte para processar e julgar ações cujas autoridades do Governo norte-americano compunham o pólo passivo da demanda.

Foi a primeira decisão a proclamar a competência de afastar leis inconstitucionais mesmo sem previsão constitucional.

[...] nos Estados Unidos, a Constituição investe apenas o Congresso na função de poder legislativo. Entretanto, a Corte Suprema continua a exercer poder legislativo por meio do uso de ficções e evasões". (JUUL, 2000, p. 70/71)

Não obstante a existência de diversos julgados consolidando o ativismo do judiciário norte-americano, importante apresentar o julgado *Olmstead v. United States*³⁵ que reconheceu a licitude da interceptação telefônica desautorizadas e que esta não constitui violação as Quarta e Quinta Emendas.

Posteriormente, tal entendimento foi modificado pela Suprema Corte no caso *Katz v. United States*, atribuindo maior amplitude ao Direito à Intimidade Privada em face à invasão de privacidade.

Novo entendimento atribuiu maior amplitude a proteção garantida pelas Quarta e Quinta Emendas, reconhecendo que toda interferência imotivada ou desautorizada pelo Estado sobre a privacidade individual, por qualquer meio que seja, deve ser considerado como violação.

Essa "supremacia judicial" caracterizada pelo *judicial review* não é avalizada por todos juristas norte-americanos, na medida em que parte da doutrina defende a incompatibilidade dos atos da Suprema Corte com as bases constitucionais e democráticas do país, mas não se observa qualquer possibilidade de minimizar essa autonomia da atividade jurisdicional.

Até porque, para limitar o ativismo das Cortes, seria necessário retomar os debates sobre o governo pelas leis (*rule of law*), demonstrando que a soberania popular do *rule of people* foi substituída por um governo de juízes (*rule of judge*), afinal a discricionariedade interpretativa decorrente do ativismo obriga a repensar o

³⁵ Em 1928, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos analisou se o uso de grameado conversas telefônicas privadas, obtidos por agentes federais sem aprovação judicial e, posteriormente, usado como evidência, não constituiu uma violação dos direitos do réu previsto nas Quarta e Quinta Emendas.

Roy Olmstead era um contrabandista de bebidas condenado com provas obtidas a partir de escutas telefônicas mantidas no subsolo do prédio Olmstead e nas ruas perto de sua casa.

A Quinta Emenda disciplina contra a auto-incriminação, mas o réu não foi forçado ou induzido ilegalmente para conduzir as conversas. As conversas eram feitas voluntariamente entre as partes.

Em relação a Quarta Emenda, a busca e apreensão nela disposta, não pode ser compreendida apenas por escutas telefônicas, ficando adstrita a exames físicos da própria pessoa, papeis, materiais tangíveis e não há conversas telefônicas.

Salienta, ainda, que escutas telefônicas pode ser considerado ato antiético, mas nenhum Tribunal pode excluir provas apenas por razões morais.

Esta decisão foi posteriormente anulada pelo caso *Katz v. United States*, julgado pela Suprema Corte em 1967.

limite e o papel da Corte Suprema para que não torna a Constituição flexível e adaptável gerando incerteza ao direito.

2.5.2 O ativismo judicial no Canadá

O Canadá é um Estado parlamentarista, característico das Monarquias Constitucionais, onde o Primeiro Ministro exerce a função de Chefe de Governo em participação ao Parlamento, além de um Governador Geral, este sem nenhuma atividade político-administrativa, sendo apenas o representante da Rainha em território canadense.

Sob o contexto jurídico, o Canadá se destaca pelo bijuralismo, onde o *civil law* é adotado na província de Quebec e o *common law* nas demais províncias. Essa diferenciação jurídica (bijuralismo) é consequência da evolução histórica do país. A província de Quebec sujeitou-se a colonização francesa, quando foi imposto o sistema *civil law*, sendo mantido pelos ingleses mediante acordo obedecendo o direito daquele povo.

As demais províncias adotam o sistema do *common law* de origens do Reino Unido. Nesse caso, assim como ocorre nos Estados Unidos, o protagonismo judicial do sistema *common law* perpassa pelo processo de interpretação construtiva da jurisprudência, caracterizado pelo ativismo judicial.

O bijuralismo jurídico obrigou o país a conviver com profundas diferenças culturais e jurídicas. Os governos provinciais têm amplos poderes para legislar em diversas matérias, não podendo o governo federal modificar nada sem o consentimento das províncias, demonstrando a autonomia e robustez dos tribunais locais.

Ainda assim, o conflito judicial pode chegar à Suprema Corte do Canadá, ficando este obrigado a refletir de forma adequada a diversidade do sistema judicial daquele país. Para garantir uma certa tendência do *civil law* nas decisões da Suprema Corte Canadense, três dos nove juízes que compõem a Corte originam-se da província de Quebec, como forma de manter uma igualdade na desigualdade.

O Canadá possui uma Carta de Direitos e Liberdades complementando sua Constituição de 1867, que vigoram em todas as províncias, destacando a tolerância e solidariedade direcionadas para interpretação, integração e aplicação do direito, na concretude dos direitos de igualdade, negativos, positivos e de grupos.

A exceção de Quebec, onde o sistema adotado é o *civil law*, em todas as províncias canadenses as decisões das cortes são de vital importância para a interpretação da Constituição, da lei e dos regulamentos.

As decisões da Suprema Corte do Canadá possuem força vinculante a todas as cortes inferiores. O mais curioso da jurisprudência Canadense é o fato de não ser apenas aplicável pela Suprema Corte Canadense, mas também na Suprema Corte dos Estados Unidos, Cortes Superiores do Reino Unido, e das cortes supremas dos países que integram o *Commonwealth*³⁶, que inclui a Escócia, Irlanda, País de Gales, Austrália e Nova Zelândia.

Essa característica de ampla aplicação jurisprudência caracteriza o sistema jurídico do Canadá como um dos mais abertos e avançados do mundo.

Esse alargamento de fronteiras da jurisprudência canadense foi recriminado pelo Juiz Marshall ao censurar a Suprema Corte por "incursão excessiva nos assuntos públicos de competência do governo" (CHOUDHRY & CLAIRE, 2003, p. 1-2), uma vez que constituem prerrogativas do Poder Legislativo, ultrapassando, assim, as linhas do ativismo judicial.

Importante exemplo da atuação da Suprema Corte Canadense é o julgamento do caso *RJR - MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* causando grande polêmica no que tange a constitucionalidade da Lei.

A *Tobacco Control Products Act* proibia amplamente, com exceções específicas, atos que implicassem na publicidade, promoção e venda de produtos derivados do fumo sem advertências incisivas e efetivas acerca dos danos irreversíveis e até fatais que podem causar à saúde do consumidor.

As recorrentes *Imperial Tobacco Ltda.* e *RJR – MacDonald Inc.* sustentaram que a lei era *ultra vires* ("além dos poderes") caracterizado pelo abuso de poder e violação do direito à liberdade de expressão garantida pela Carta dos Direitos e Liberdades Canadense, bem como requereram a suspensão de seus efeitos até o julgamento sob pena de prejuízos irreparáveis as recorrentes pelas despesas com alteração de suas embalagens caso a lei seja reconhecida inconstitucional.

³⁶ A *Commonwealth* é uma organização intergovernamental composta por uma série de países membros independentes, que faziam parte do Império Britânico, do qual se desenvolveram. Os Estados-membros cooperam num quadro de valores e objetivos comuns, a promoção da democracia, direitos humanos, boa governança, Estado de Direito, liberdade individual, igualitarismo, livre comércio, multilateralismo e a paz mundial. Não se trata de uma união política, mas uma organização intergovernamental através da qual os países com diversas origens sociais, políticas e econômicas são considerados como iguais em *status*.

A Corte Suprema do Canadá considerou inconstitucional a lei, derrubando a proibição da publicidade de fumo, ascendendo um fervoroso debate quanto a invasão no Poder Legislativo pelo órgão jurisdicional.

Noutro caso, *V. R. Butler*³⁷ (1992), a Suprema Corte do Canadá se pronunciou sobre o limite de censura aplicável à pornografia em consonância com os direitos das mulheres, também com base no direito à liberdade de expressão prevista na Carta dos Direitos e Liberdades Canadense.

Além de considerar Butler culpado, a Suprema Corte adotou critérios para interpretação da lei, dando classificação aos objetos obscenos como sendo:

1. Sexo explícito com violência física real ou ameaças;
2. Sexo explícito sem violência, mas que submete os personagens a tratamento desumano e degradante;
3. Sexo explícito sem violência, não degradante e nem desumano. (Supreme Court of Canadá. *R. V. Butler* - 1992)

De acordo com a decisão, somente o sexo explícito sem violência, não degradante e nem desumano era suportado com razoável tolerância pela sociedade, se não utilizar-se de crianças e incapazes.

Uma pesquisa realizada por Choudhry & Hunter³⁸ (2003) a fim de aferir os limites da prática do ativismo judicial na Suprema Corte Canadense, procurando constatar se seriam regulares, tolerantes ou até abusivas.

O estudo decorreu das constantes censuras e acusações de prática de ativismo judicial exacerbado, alegadas pelo Juiz Marshall contra a Corte Suprema do Canadá, contrariando sua Carta de Direitos e Liberdades.

A denúncias de Marshall sustentavam que a Corte estaria eliminando a legislação majoritária indistintamente. O ativismo judicial estaria desenfreado e se percebia mais em razão de interpretação dos direitos e liberdades enunciados, bem como a possibilidade de deslegitimação ou derrogação prevista na Carta.

³⁷ O caso tem como parte Donald Victor Butler, proprietário da Avenue Boutique Vídeo on Main Street. Em 1987 começou a comercializar vídeos, revistas e objetos de conteúdo pornográficos. Foi preso pela prática do crime de posse e distribuição de obscenidade, sendo solto após o pagamento de pena pecuniária.

Foi detido outras sucessivas vezes, sendo sempre liberado após novo julgamento e pagamento de pena pecuniária. Inconformados pela simples aplicação de pena de multa, o GAP (Grupo contra Pornografia) e a LEAF (Associação de educação legal de mulheres) recorreram da decisão.

Desta vez, Butler foi condenado, em 27/02/1992, e recorreu para a Corte Suprema do Canadá, onde foi considerado culpado, provocando a alteração daquela lei.

³⁸ *Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canadá: A Comment on Newsfoundtand (Treasury Board) v. NAPE (A dimensão do ativismo judicial na Suprema Corte do Canadá: Um comentário sobre Terra Nova (Conselho do Tesouro) v. Associação de Empregados de Terra Nova.*

As alegações de Marshall foram refutadas por Choudhry & Hunter (2003) sob o fundamento que a grande maioria dos julgamentos da Suprema Corte era a favor do governo, mantendo-se as decisões majoritárias; não houve aumento do Ativismo Judicial; a margem de êxito do governo na Corte dependia de direito não protegido pela Carta; e a possibilidade de deslegitimação ou derrogação da lei não havia estimulado o ativismo judicial da Suprema Corte Canadense.

Constataram-se que a Suprema Corte não era tão ativista quanto declarara Marshall, mas admitiram que os dados não lhes permitiam alcançar resultados tão conclusivos e exatos como pretendiam Choudhry & Hunter (2003), pois o tema é sério na medida em que sugere o agir deliberado e inconsistente de um papel constitucional.

2.5.3 O ativismo judicial na Índia

A Índia é uma união de Estados com um sistema federal, sendo a democracia mais populosa do mundo na atualidade. A Constituição da Índia entrou em vigor em 26 de janeiro de 1950, três anos após a declaração da independência.

O compromisso constitucional, pautado na unidade, democracia e revolução social, atende não apenas aos mais ricos, mas principalmente os mais fracos, marcados pela desvalorização social em razão de classe, língua, castas, raça, gênero, religião ou qualquer outra causa decorrente do histórico domínio colonial.

No dia 26 de janeiro de 1950, vamos ingressar numa vida de contradições. Teremos igualdade na política e desigualdade na vida econômica e social. Na política, reconheceremos o princípio de "um homem, um voto e um voto, um valor". Em nossa vida social e econômica, em função de nossa estrutura social e econômica, continuaremos a negar o princípio de "um homem um valor". Por quanto tempo ainda continuaremos a negar igualdade em nossa vida social e econômica? Se continuarmos a negá-la por muito tempo, ao fazê-lo estaremos pondo em risco a nossa democracia política. Precisamos acabar com essa contradição o quanto antes ou aqueles que sofrem com a desigualdade irão destruir a estrutura democrática que esta Constituição construiu com tanto esforço. (BALAKRISHNAN, 2008, p. 09/10)

Dotada de uma Constituição mais extensa, o preâmbulo a define como uma república soberana, secular e democrática. O parlamento indiano é bicameral, e sua forma de governo foi tradicionalmente descrita como "quase federalista", sendo este cada vez mais crescente em razão das mudanças políticas, sociais e econômicas,

mas ainda com tendência à centralização, tendo os estados-membros um poder mais limitado.

O presidente da Índia é o chefe de estado eleito indiretamente por um colégio eleitoral para um mandato de cinco anos. Este nomeia o primeiro-ministro para ser o chefe do governo e exercer a maioria das funções do poder executivo.

No sistema parlamentarista indiano, o Poder Executivo está subordinado ao Poder Legislativo, estando o primeiro-ministro e seu conselho diretamente vigiados pela câmara baixa do parlamento (Câmara dos deputados ou Representantes).

O Poder Legislativo da Índia está representado pelo parlamento bicameral, que consiste na câmara alta, chamada "Rajya Sabha"³⁹ (conselho dos estados) e a câmara baixa, chamada "Lok Sabha"⁴⁰ (conselho do povo).

O Poder Judiciário indiano, estruturalmente, é bem semelhante ao brasileiro, dotado de Tribunais de primeira instâncias, Tribunais superiores e uma Suprema Corte de Justiça, encabeçada pelo chefe de justiça.

A Suprema Corte tem jurisdição original sobre casos relacionados com os direitos humanos fundamentais, e sobre disputas sobre apelações nos tribunais superiores. É judicialmente independente, exercendo papel de intérprete da constituição, podendo declarar, revogar e elaborar leis de algum estado onde sejam percebidos com inconstitucionalidades.

Com isso, a Suprema Corte é dotada do mais severo controle de constitucionalidade, através de uma postura ativista, com fiscalização segura sobre os Poderes Executivo e Legislativo, sem desobedecer a separação de poderes.

Os atos praticados pela Corte "é alimentar o povo faminto e vestir as multidões despidas e dar a cada indiano todas as oportunidades para que possa desenvolver-se de acordo com sua capacidade". (BALAKRISHNAN, 2008, p. 10), protegendo, defendendo e efetivando os direitos fundamentais previstos na Constituição.

O ativismo judicial exercido pela Suprema Corte Indiana é mais perceptível a partir do final da década de 70 quando assumiu compromisso de solucionar litígios

³⁹ A "Rajya Sabha" é um órgão permanente, conta com 245 membros, que servem o parlamento por um período de seis anos. A maioria deles (233 membros) são eleitos indiretamente pelas legislaturas estaduais e territoriais, mediante representação proporcional, e os demais (12 membros) nomeados pelo presidente.

⁴⁰ O "Lok Sabha" consiste de 545 membros sendo 543 eleitos diretamente pelo voto popular para representarem determinados grupos sociais por um período de cinco anos e os outros dois membros nomeados pelo presidente.

contribuindo para mudanças sociais, refutando injustiças e abusos por parte do Estado.

A legislação na Índia são fundados sobre os conceitos do Direito inglês, continuando fiéis aos sistemas de *common law*, a administração da justiça e ao processo pela ideia da supremacia do Direito.

As Cortes Superiores da Índia chegaram igualmente a afirmar com força o princípio dos precedentes. Elas não só determinaram que os tribunais inferiores eram obrigados a seguir suas decisões, como também declararam que toda recusa seria considerada como ato de insubordinação. (ANNOUSSAMY, 2001, p. 25)

O ativismo judicial na Índia trouxe benesses inigualáveis na efetivação dos direitos daqueles cidadãos.

O caso *Vishaka v. Estado de Rajasthan (1997)*, foram emitidas orientações pela Suprema Corte, propondo-se a instituição de instrumentos indenizatórios e punitivos de combate ao assédio sexual a mulheres no ambiente laboral, ante a ausência de norma nesse sentido.

Em *Hussainara Khatoon v. o Estado de Bihar (1980)*, detentos nos presídios do Estado de Bihar demonstraram o excesso no cumprimento da pena, tendo a Suprema Corte reconhecido que grande parte dos presidiários já havia excedido no cumprimento da pena máxima admissível para o ilícito praticado, acatando o pleito em homenagem ao direito à vida e à liberdade.

Outro caso refere-se ao Conselho Municipal, *Ratlam v. Vardichand (1980)*, onde um grupo de cidadãos insistiram no pronunciamento da Corte em face do Conselho Municipal, visando à eliminação de esgotos a céu abertos que geravam mau odor, bem como enfermidades de toda ordem na população.

Em todas as situações, a Suprema Corte não só teve uma postura ativista, como tornou efetivo direito previstos na Constituição Indiana.

Se o centro de gravidade da justiça vai ser, como de fato determina o Preâmbulo da Constituição, transferido do individualismo tradicional da legitimidade ativa para a orientação comunitária de litígio de interesse público, a corte deve considerar as questões visto que é necessário concentrar-se nos homens comuns. (BALAKRISHNAN, 2008, p. 34/35)

A Corte tem por função essencial zelar pelo cumprimento da Constituição, pronunciar-se sobre a validade das leis, quando a constitucionalidade destas é

contestada, bem como nos casos em que é alegada a violação de um "direito fundamental" garantido pela Constituição, em qualquer situação.

Consoante se extrai do julgamento *Sunil Batra v. Delhi Administration*⁴¹ (1978) no qual se reconheceu que era possível revogar prisões ilegais, bem como para impedir tratamento desumano e degradante. Tal decisão sustentou que os legisladores são morosos para atender as necessidades sociais e, ainda, que “dentro ou fora da prisão, uma pessoa não pode ser privada de sua liberdade garantida pelo Direito, pela Justiça e pela equidade. A armadura da liberdade fundamental também o contempla, apesar de fisicamente encontrar-se preso.”⁴² (SAHA, 2008)

O judiciário indiano pugna pela prevalência do Estado de Direito, contra a corrupção e pela igualdade social, ainda que assim necessite suprimir alguns formalismos processuais em casos como os de afronta aos direitos fundamentais das pessoas e quando ocorrentes outras irregularidades graves, em reconhecido ativismo judicial.

2.5.4 O ativismo judicial em Israel

O Estado de Israel surgiu politicamente em 1948, como parte dos esforços das Organização das Nações Unidas para reorganizar o mundo após a 2ª Grande Guerra. Antes de seu surgimento, a Palestina sofreu grande influência do Mandato Britânico em 1947, ocasionando uma absorção do sistema jurídico inglês (*common law*).

Atualmente, Israel adota uma democracia representativa, com um sistema governamental parlamentarista, onde o Presidente exerce o papel de Chefe de Estado, com atribuições na maioria simbólicas, e o Primeiro Ministro ocupa as chefias de Governo e do Gabinete.

⁴¹ No caso *Sunil Batra v. Delhi Administration* o requerente, um condenado à pena de morte, informou que estavam sendo torturados como meio de extorsão. Foi acatado o processo de *habeas corpus*, com nomeação de *amicus curiae* e de autoridades que deveriam comparecer ao local para averiguar os fatos.

Após diligências, concluíram pela veracidade da denúncia, confirmando que uma vítima tivera graves ferimentos anais provocados por uma haste, sendo imediatamente levado ao hospital ante a intensa hemorragia apresentada.

⁴² SAHA, Arpita. Judicial Activism in India: a necessary evil. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156979>. Acesso em: 14 de dezembro de 2011.

O Parlamento, conhecido como *Knesset*, é composto por 120 integrantes eleitos por sufrágio direto e universal.

A organização legislativa do estado israelense foi estabelecido pelo *Knesset*, dividindo-as por matéria e atribuindo quais possuem o *status* de normas constitucionais, que são identificados pela expressão *Basic Laws*⁴³, uma vez que não possui uma Constituição formal e escrita.

A ausência de uma Constituição escrita, apesar da existência de *Basic Laws*, proporciona uma dificuldade em atribuir hierarquia normativa no país. A primeira Basic Law foi elaborada em 1958, e trata exatamente da organização do *Knesset*. Posteriormente foram aprovados mais oito diplomas, todos destinados aos aspectos organizacionais do Estado de Israel.

A dificuldade para aprovação de Constituição formal deve-se, principalmente, ao acentuado conflito interno do liberalismo e da religião, que não encontram um ponto de equilíbrio para democracia.

A influência religiosa é fator preponderante para ausência de um consenso social acaba impedindo a compilação de um texto normativo rígido que atribua as regras fundamentais da sociedade.

Somente com a estabilidade entre a religião e o Estado de Israel foi possível que o judiciário adota-se uma postura mais ativa, em razão da ausência normativa positivista e em defesa de uma visão liberal, onde o *Knesset* tornou-se mais passivo, não reagindo a decisões proferidas.

Não é pela ausência de uma Constituição escrita que poder-se-ia afirmar que Israel não possui Constituição. A falta de um documento formal, produto de uma assembleia constituinte originária, influenciou o papel desempenhado pela Suprema Corte Israelense, que supriu a falta de um texto normativo positivado por meio do ativismo judicial.

A influência religiosa impediu que os direitos israelenses fossem muito abrangentes, de modo que foram excluídos os direitos à liberdade de expressão e da igualdade, o que não impediu que fossem reconhecidos pela Suprema Corte Israelense em diversos julgamentos, em afirmação à proteção ao direito à dignidade humana.

⁴³ Podem ser equiparadas às leis fundamentais.

Essa postura ativista do Poder Judiciário foi determinante para o avanço da democracia constitucional em Israel, uma vez que as decisões coletivas decorriam de precedentes jurisprudenciais e da ciência política.

Observa-se que a Suprema Corte de Israel, desde o início do exercício de suas funções, reconheceu a existência de valores superiores intrínsecos já reconhecidos no próprio sistema jurídico, ainda que não existisse uma Carta de Direitos e garantias.

Tal razão se dá pela incorporação das leis durante o Mandato Britânico, evitando lacunas e contradições nas decisões, condicionando a um regime jurídico democrático, ainda que o sistema jurídico fosse caracterizado pela repressão e dominação, típico do imperialismo.

Para o exercício do controle de constitucionalidade, o órgão jurisdicional introduz a ideia de valores e princípios não escritos, mas que devem ser respeitados pelos Poderes do Estado.

Num primeiro instante a Corte não interfere diretamente no Poder Legislativo, mas atacando atos administrativos, de forma difusa, que derivam do comando legal, fundamentando pela existência de princípios não escritos, o que introduzia a ideia de constituição oral, a luz da ideologia da *Common Law* inglesa.

Desata forma, os modelos de controle de constitucionalidade desenvolvido pela Suprema Corte de Israel ofereceram uma evolução no processo, considerado como a revolução Constitucional o ordenamento jurídico.

A decisão proferida no *Kol Ha Am*, HCJ 73/53 marca o início do controle de constitucionalidade desenvolvido pela Suprema Corte de Israel sobre atos administrativos do Poder Executivo, sendo o divisor de águas entre o modelo democrático do Estado e a atuação do Governo para limitar a Liberdade de Expressão individual.

O litígio refere-se à decisão em suspender a publicação de dois Jornais comunistas, que supostamente continham artigos que colocavam em perigo a ordem e paz pública. A Corte adotou uma técnica para balancear direitos públicos conflitantes, como a segurança estatal e o bem comum.

Ao julgar, a Corte reconhece a existência de conceitos fundamentais e, ainda, que a Liberdade de Imprensa encontra-se abarcada pelo Direito a Liberdade de Expressão, confirmando que a falta de uma Constituição formal impõe obstáculos ao exercício do Poder Executivo, mas não ao Poder Judiciário.

Noutro caso, *Bergman*, foi apresentada uma tese de defensiva onde o Direito a igualdade deveria ser interpretado de forma ampla, abrangendo o direito ao voto conferido a cada cidadão indistintamente. Por essa tese apresentada, a Corte concluiu que a hermenêutica jurídica deveria ser extensiva, reconhecendo, assim, sua inconstitucionalidade.

O caso *The United Mizrahi Bank v. Migdal – Communal Village (1995)*, o *Bank Mizrahi* apelou à Corte Suprema com base na Lei Básica de Liberdade de Ocupação, contra a vigência de lei que remiu as dívidas pendentes das aldeias *Kibutzin* e *Moshavim*, diante da decadência econômica e do alto grau de miserabilidade que atingira seus cidadãos.

A Corte de Israel considerou que realmente o direito à propriedade previsto na Lei Básica de Liberdade de Ocupação encontrava-se violado. Entretanto, deveria prevalecer o direito a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de propriedade dos cidadãos sobre os demais interesses.

Observa-se que o sistema jurídico israelense sempre consagrou-se o *judicial review*, documentando, inclusive, a permissão a Suprema Corte e demais Tribunais para efetuar a revisão de disposições que contrariassem as Leis Fundamentais, o que foi aplicado sempre na busca da justiça, da igualdade, da liberdade e da democracia.

O Ativismo Judicial se tornou um grande paradigma jurídico do território de Israel desde a sua origem. Um país que, historicamente, carrega o estigma de intensas batalhas políticas, religiosas e sociais. Mas desde o fim da colonização a organização governamental se compromete com a manutenção de uma democracia, ainda que grupos ortodoxos e extremistas insistam em confrontar o sistema.

2.5.5 O ativismo judicial na Inglaterra

Originado na Inglaterra, durante os séculos XII e XIII, o *Common Law* desenvolveu-se a partir do conjunto de decisões judiciais baseadas nas tradições, nos costumes e no precedentes judiciais.

Dá-se o nome de *common law* ao sistema jurídico que foi elaborado em Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve-se e desenvolveu-se até os nossos dias, e além disso impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa, designadamente nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, etc. [...]. o sentido de *common law* é, pois, muito

diferente do sentido da expressão direito comum, *ius commune*, utilizada no continente para designar, sobretudo a partir do século XVI, o direito erudito, elaborado com base no direito romano e servindo de direito supletivo às leis e costumes de cada país. (GILISSEN, 1995, p. ???)

O sistema do *common law* sofreu diversas modificações desde o surgimento, mas sempre com base nas decisões judiciais, em circunstâncias opostas ao *civil law*. Contudo, não corresponde a todo sistema jurídico inglês, na medida em que desenvolveu-se, paralelamente, o *equity*⁴⁴ e o *statute law*⁴⁵.

Ainda assim, as instituições e culturas jurídicas inglesas empregam o precedente e o costume nos seus *cases*, não havendo nenhuma reforma no direito inglês visando o estabelecimento de uma codificação geral, até porque a legislação positivada sempre teve papel subsidiário.

Dessa forma, não há uma Constituição escrita, mas apenas um conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem aos cidadãos as liberdades e os direitos fundamentais, além de estabelecer limites às autoridades. A fonte primária do direito está nos precedentes (decisões judiciais) a encargo dos juízes.

Trata-se de um sistema *case law* em que os juízes são práticos na aplicação da justiça, não havendo uma fórmula de direito preestabelecida. Cada situação corresponde uma regra elaborada nas bases jurídicas formadas pelos precedentes em caso similar ou em uma nova regra, devendo o juiz motivar sua decisão, bem como os fatos que distinguem ou não o caso atual de um precedente já existente, num verdadeiro ativismo judicial.

Na Inglaterra os procedimentos civis, comerciais e de famílias são da competência dos Tribunais de Condado (*Country Courts*) e do Tribunal Superior

⁴⁴ Durante o século XV, ao lado do *Common Law* desenvolveu-se um outro direito, a *equity*, conhecido como sistema jurídico emergente das decisões dos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de atender a questões de equidade.

Aqueles que não aceitavam as decisões recorriam ao Rei em pedido de reconsideração. Como o Rei não tinha condições de analisar todos os casos, foi necessário a indicação de um Chanceler (Conselheiro do Rei), a quem foi dado "poderes" para decidir diversamente do direito, no interesse da justiça, o que fez surgir a Corte da Equidade (*Courts of Chancery*).

⁴⁵ O *common law* inglês desenvolveu-se (a partir do século XX), de um lado, o direito criado pelo juiz (*judge-made law*) e, de outro, o conjunto de leis promulgadas pelo legislador (*statute law*). Neste sentido o *judge-made law* opõe-se ao *Statute Law*, mas convivem harmoniosamente, sendo ambos aplicados.

Trata-se de um método onde diante de um caso concreto a primeira verificação é a jurisprudência e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita (*statute law*).

(*High Court*), sendo este último responsável por procedimentos mais importantes e complexos.

Os Tribunais de Condado subdivide-se em primeira instância e Tribunais de Magistrados (*Magistrates' courts*), que são sobretudo tribunais penais e certas competências limitadas ao âmbito do direito de família.

As decisões destes tribunais (tribunais de magistrados e os tribunais de condado) não são vinculativas para os mesmos nem para nenhum outro tribunal, mas estão vinculados pelas decisões do *High Court*, do Tribunal de Recurso e da Câmara dos Lordes.

O *High Court* aprecia recursos provenientes dos tribunais de condado, sem falar daqueles procedimentos cuja competência é originária (a difamação e o processo de revisão) ficando suas decisões vinculadas ao juiz singular de tribunais de nível inferior, mas não o são vincula as decisões do Tribunal de Recurso (*Court of Appeal*) e da Câmara dos Lordes.

A decisão da mais alta corte de apelação na jurisprudência da Inglaterra é a *House of Lords*, é vinculativo para todos os tribunais inferiores devem seguir o conjunto de diretrizes para a interpretação do direito comunitário supranacional.

Outra característica inglesa é a supremacia relativa do Parlamento e do legislativo na defesa de que a lei não fosse criada, "mas somente afirmada ou declarada pela vontade do Soberano" (CAPPELLETTI, 1984, p. 58), complementando o *common law*, mas nunca violando-o.

A noção de supremacia do Parlamento se limita a sujeição ao *common law*, não significando algo autoritário no sentido de elaborar ou revogar qualquer lei.

É frequentemente sugerido que, se o Parlamento é supremo em fazer nova lei, os Tribunais são supremos em interpretá-la e, embora a validade da lei não seja dependente do *common law*, a sua interpretação - e, portanto, seu significado - é. Os Tribunais têm frequentemente interpretado restritivamente disposições previstas na lei, ao contrário do seu significado literal, a fim de proteger os princípios fundamentais do *common law*. Tanto as palavras expressas ou sua necessária implicação foram interpretadas de modo a não alterar ou invadir a esses princípios. Uma analogia foi estabelecida entre os efeitos das presunções interpretativas e os efeitos das disposições de modo e forma constitucionais que exijam palavras expressas ou até mesmo uma fórmula verbal especial, a fim de alterar ou revogar a legislação de um determinado tipo.⁴⁶ (GOLDSWORTHY, 2008, p. 294 - Tradução nossa)

⁴⁶ It is often suggested that, even if Parliament is supreme in making new law, the courts are supreme in interpreting it, and although a statute's validity is not dependent on the *common law*, its interpretation - and therefore its meaning - is. The courts have often interpreted statutory provisions

Observa-se que o sistema do *common law* na Inglaterra transcende gerações, externando a expressão maior do desejo coletivo, funcionando por princípios criados pelas decisões judiciais, práticas sociais e costumes ante uma Constituição não escrita.

Entretanto não é possível desconsiderar a importância da lei positivada, principalmente no que tange a garantia de liberdades individuais contra arbitrariedades, mas os precedentes são fonte primária do direito inglês, formado pelas decisões históricas dos Tribunais de Westminster (*common law*) pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*).

2.5.6 O ativismo judicial na União Europeia

A União Europeia (UE) originou-se pela junção econômica e política de 27 Estados-membros independentes localizados principalmente na Europa. O Tratado de Maastricht⁴⁷ estabeleceu a União Europeia com o seu nome atual em 1993, tendo a última alteração ao fundamento constitucional, em 2009, pelo o Tratado de Lisboa⁴⁸.

As instituições mais importantes de criação da União Europeia são Comissão Europeia, o Conselho da União Europeia, o Conselho Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Banco Central Europeu.

O Tribunal de Justiça da UE é o Supremo Tribunal com jurisdição sobre matérias de interpretação da legislação europeia como não implementação de alguma diretriz comum aos estados-membros, livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, ou exercício de autoridade excessiva em desrespeito à UE, visando a política externa e a segurança comum, nunca tratando de casos relacionados a cada cidadão individualmente.

restrictively, contrary to their literal meanings, in order to protect fundamental common law principles. Anything less than express words or necessary implication has been held not to alter or impinge upon those principles. An analogy has been drawn between the effect in interpretive presumptions, and the effect of constitutional, "manner and form" provisions that require express words or even a particular verbal formula in order to amend or repeal legislation of a certain kind.

⁴⁷ O Tratado de Maastricht (07 de fevereiro de 1992), além de modificar a nomenclatura de Comunidade Europeia para União Europeia, criou metas de livre movimento de produtos, pessoas, serviços e capital, visando a estabilidade política e econômica do continente.

⁴⁸ O Tratado de Lisboa confere à União Europeia um quadro jurídico e os instrumentos necessários para enfrentar desafios e responder às expectativas dos cidadãos por uma Europa mais democrática, transparente e eficiente, pautado em direitos e valores, liberdade, solidariedade e segurança.

Nesse caso, os sistemas jurídicos são independentes de organização por cada Estado-membro, ficando a jurisdição interna livre de interferência da UE. Até porque, após a Segunda Guerra Mundial, cada país passou por uma redemocratização, adotando novos modelos de Constituição, consolidando a hegemonia da Constituição como centro do ordenamento jurídico.

O sistema jurídico alemão se baseia nos princípios estabelecidos por uma Lei Fundamental, onde os juízes estão ativamente envolvidos na investigação dos fatos do caso. A independência do Poder Judiciário permite que quase todas ações do Estado se sujeitem à revisão judicial.

O Tribunal Constitucional alemão, aparentemente, não interfere na atuação do legislador, preocupa-se em suavizar o impacto político de suas decisões. Havendo omissões do legislador ou incompreensão quanto aos limites constitucionais, a Corte convoca os legisladores a sanarem o problema, atuando de forma retificadora ou sanadora.

Entretanto, apresentado uma queixa pela violação de direitos constitucionais, especialmente os direitos humanos, foram violados pelo Estado ou, ainda, quando se tenha esgotado todas as fases recursais no sistema judicial regular, a Corte interfere nas leis aprovadas pelo Poder Legislativo, decisões judiciais ou atos da administração.

"se é certo que, no terreno do direito em geral, a tradição germânica repousa em uma premissa de um sistema normativo racional, dedutivo, vinculado à jurisprudência dos conceitos, não é menos certo que a interpretação constitucional culminou por determinar ao Tribunal Constitucional outras aproximações do Texto Fundamental, a partir das premissas de sua unidade estrutural, e de seu compromisso em estabelecer uma ordem de valores objetiva, instrumental à garantia de um núcleo fundamental de direitos [...].

É de Donald Kommers a síntese de estratégias adotadas pela suprema corte, na Alemanha, destinadas a suavizar o impacto político de suas decisões, que pudessem, em alguma medida, traduzir uma interferência na atuação anterior do legislador. São provimentos ou cunhos admonitórios, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-la diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aquele em que a corte sustenta a constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora [...]." (VALLE, 2009, p. 27/28)

Assim, o Tribunal Constitucional se destaca por proferir decisões de grande alcance, tentando respeitar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes não

interferindo na esfera do executivo ou legislativo, mas, tendo em vista a evolução da teoria constitucional, adotará posturas ativistas.

“O que se percebe das espécies de provimento jurisdicional desenvolvido pela Corte alemã é uma sutil conciliação entre ativismo quanto ao conteúdo do texto constitucional, que busca, no entanto, caminhos de concretização no mundo da vida, que não desconsideram a indispensável intervenção das demais estruturas de poder, como estratégia – também de poder – para garantir o resultado de suas próprias decisões.” (VALLE, 2009, p. 28)

A Corte alemã preocupa-se em garantir, pelo exercício de uma jurisdição constitucional ativa, que a Constituição seja uma ordem de valores sempre deliberada pelo Poder Legislativo, não se importando em exercer o ativismo judicial na omissão deste.

Na Itália, a Constituição é considerada rígida, dependendo de um processo exigente com a participação do Tribunal Constitucional (*Corte costituzionale*), que é o órgão jurisdicional mais alto, responsável pela revisão judicial da legislação.

A autonomia privada e liberdade contratual são limitadas pelos imperativos Constitucionais visando o interesse coletivo, razão pela qual a postura ativista da Corte italiana foi determinada pela expansão jurisdicional, consagrando decisões judiciais interpretativas e aditivas, sem falar na pronúncia das leis inconstitucionais.

Ademais, há na Itália um processo de desenvolvimento da doutrina pós-modernista delimitando o exercício do ativismo judicial, tendo em vista que “estabelece as fronteiras da discussão e orienta o objeto da própria atuação da Corte Constitucional” (VALLE, 2009, p. 30).

O referencial teórico da Constituição Italiana, contém princípios gerais inerentes aos valores essenciais da gestão do Estado, dos quais devem seguir as demais leis emanadas do Parlamento.

A França tenta evitar um governo de juízes desde a Revolução Francesa, mas a partir de 1970, com a reforma do Conselho Constitucional quando a constitucionalidade das leis foi limitada, acarretando a mudança que tornou o controle mais difundido.

Em 1975, o Conselho Constitucional da França (*Conseil Constitutionnel*), no caso *Administration des Douanes v. Société Cafés Jacques Vabre*⁴⁹ considerou inválida uma legislação federal alegando que afrontava o direito comunitário.

Isso foi possível ante a ratificação de tratados e acordos internacionais pela Constituição Francesa, atribuindo *status* superior as leis ordinárias, modificando a interpretação dos dispositivos legais que estiverem contrários ao direito comunitário.

Não se trata de um controle de constitucionalidade, mas sim de simples interpretação hermenêutica de derrogação de lei inferior pela superior, tendo em vista que as regras de direito comunitário possuem *status* constitucional.

A partir de então houve um acentuado desempenho ativista pelo Conselho Constitucional Francês, embora nunca tenha havido intenção em atribuir poderes capazes de exigir do Estado a efetivação dos direitos fundamentais.

O controle, que aparentemente não possuía como função essencial a proteção dos direitos fundamentais proclamados no Preâmbulo, mas sim a constrição do parlamento, depois de 1971, abandonando a jurisprudência que havia produzido, a proteção dos direitos fundamentais é elevada ao primeiro plano das funções do controle de constitucionalidade [...]. Se passa, assim, de um controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos, particularmente no do Executivo, a um controle de constitucionalidade exercido no interesse dos cidadãos. (BON, 2001, p. 177)

Antoine Garapon (1999), analisando o sistema jurídico francês, constata-se a crescente influência da justiça sobre a sociedade, com a expansão do Poder Judiciário, que decorre do enfraquecimento do Estado e uma crise de legitimidade que assola as democracias ocidentais.

O sistema jurídico espanhol é *civil law* baseado em abrangentes codificações legais enraizadas no direito romano, em oposição à lei comum (*common law*), que é baseado em decisões judiciais precedentes

Ainda assim observa-se um papel ativista da jurisdição constitucional uma vez que o Tribunal Constitucional espanhol atua como garantidor dos preceitos estabelecidos pelo legislador.

⁴⁹ O *Administration des Douanes v Société Cafés Jacques* diz respeito a uma cobrança de impostos considerada exacerbada e injusta, no período de 05/01/1967 a 05/07/1971, em prejuízo da Empresa Vabre, responsável pela importação de café solúvel da Holanda.

Os impostos cobrados era maior que o aplicado aos cafés solúveis fabricados na França, fato proibido pelo art. 369 do Código Aduaneiro, conjugado com o art. 95 do Tratado de 25.3.1957, por ser caracterizado como discriminatório.

A decisão final foi pela restituição integral dos valores recolhidos indevidamente.

O Tribunal Constitucional não considerado parte do judiciário, mas como um ramo independente do estado responsável pela interpretação da constituição, com funcionalidade, organização e atividades similares aos do resto do Judiciário.

Desta forma, o Tribunal Constitucional tem a liberdade de exercer uma postura ativista sempre que houver uma inércia do Parlamento.

“[...] desenvolvimento jurisprudencial de técnicas e modalidades de provimento que permitem a concretização de atividades distintas da simples chancela de validade ou nulidade dos temas submetidos a controle. É no espaço da eventual baixa de densidade de normas constitucionais, já advertia Gomez Puente, que a atividade interpretativa encontrará maior liberdade de atuação; e justamente esses espaços proporcionaram na Espanha o desenvolvimento das sentenças interpretativas e aditivas, veículos da concretização do ativismo judicial”. (VALLE, 2009, p. 31)

Por toda essa análise comparatista em diversos países pode-se concluir que a partir do momento em que o Órgão Jurisdicional desempenha uma participação ampla, ainda que alegando que apenas concretizam os valores e princípios constitucionais, acaba interferindo na órbita de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo pelo exercício do ativismo judicial.

3 O PROCESSO NO DIREITO DEMOCRÁTICO

Passados os conceitos básicos do ativismo judicial, cumpre descrever o desenvolvimento do direito processual e as teorias que tiveram relevante contribuição para que, ao final do presente trabalho, seja realizado paralelo entre o ativismo e o processo.

A evolução das teorias processuais ocorre desde os primeiros debates acerca dos princípios da separação de poderes e do princípio da legalidade, até o entendimento do processo judicial como garantia de direitos individuais e coletivo, sob uma ótica constitucional com participação dos envolvidos no exercício da atividade jurisdicional.

A teoria processual contemporânea objetiva efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, mas se desenvolveu a partir de teorias que influenciaram todo o sistema jurídico nacional e, até hoje, são grandes obstáculos a serem superados para total afirmação do Estado Democrático de Direito.

Devemos, então, tratar da crise do Direito que, em verdade, é antes de tudo crise do processo, com olhos verdadeiramente críticos e realistas, sem perder de vista, no entanto, a premissa de que os fatores que a provocam e sustentam, encontram-se fora de seu domínio; ou decorrem de um descompasso entre as concepções jurídicas ainda dominantes no mundo moderno, embora concebidas para servir a sociedade menos complexas, e a estrutura, as exigências e as aspirações das novas organizações sociais extremamente complexas da sociedade pós-industrial. No fundo, não seria o direito processual, como técnica de tratamento de conflitos sociais, que estaria em crise irremediável, e sim a forma tradicional de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdeiros do Direito Romano. (SILVA, 2006, p. 99/100)

Assim, o desafio principal seria apresentar uma estrutura efetiva e legítima para o exercício de um processo jurisdicional legítimo para implementação dos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Principalmente em razão da transição pelo de Estado Liberal e Social, quando evidenciou-se uma certa tensão entre a prevalência da liberdade, com a possibilidade concreta de gerar desigualdades e injustiças, ou a igualdade, que representou a limitação da liberdade por um controle rígido da estrutura jurídica.

Esta tensão entre os princípios da liberdade e da igualdade, que foram tomadas isoladamente durante os Estados Liberal e Social, tornou-se grande desafio

a efetivação do Estado Democrático de Direito. Essa relação principiologica (liberdade e igualdade), inclusive, proporcionou relevante debate sobre o direito na atualidade, com a busca para solução da legitimidade das decisões judiciais pelo processo.

Para esta análise, cumpre apresentar às teorias processuais incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, que foram determinantes para contribuição no desenvolvimento de uma teoria processual no paradigma do Estado de Direito Democrático.

Em posição doutrinária quase unânime, as principais concepções sobre as teorias processuais são subdivididas entre o processo como contrato; como quase-contrato, como relação jurídica; como situação jurídica; como instituição; procedimento em contraditório, constitucionalista e neoinstitucionalista.

A importância do estudo de cada uma delas proporciona uma análise mais aprofundada sobre qual é mais adequada para realização de um processo judicial democrático capaz de legitimar as decisões judiciais pautadas no ativismo judicial.

3.1 O processo como contrato e quase-contrato

Ante as várias teorias processuais existentes, reservamos este tópico para trabalharmos a cerca da teoria do processo como contrato e quase-contrato, que mesmo não tenha grande relevância, fez parte do desenvolvimento das teorias processuais.

O criador desta teoria é Pothier que buscou inspiração nos fundamentos do pensamento do jurista romano Ulpiano e nos reflexos da teoria do Contrato Social de Rousseau.

Colucci e Almeida (1999, p.123) sustentam a teoria do processo como contrato “desenvolveu-se ligada às raízes romanas do processo, em que este se apresentava como um pacto (*liticontestatio*) em que os litigantes voluntariamente se submetiam à autoridade do árbitro, por eles escolhido”.

A teoria pressupõe que as partes submetem-se voluntariamente a uma composição e seus resultados, como verdadeiro negócio jurídico de direito privado com características típicas de uma relação contratual, onde as partes não são obrigadas a comparecer em juízo, se fossem, porém, se sujeitariam a qualquer decisão tomada pelo árbitro.

Sempre que se referir a qualquer contrato, a primeira lembrança é de um acordo de vontades. No período romano, o Estado ainda não detinha forma de imposição de sua vontade sobre as partes em litígio, necessitando-se, portanto, de uma justificativa para coercitividade da solução dada às partes.

Um dos principais fundamentos no direito romano para eficácia da decisão era a *litiscontestatio*, que dependia de um acordo prévio entre as partes de comparecer em juízo e aceitar a decisão, fosse ela favorável ou desfavorável.

“Na fase remota do direito processual romano, O Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução, capaz de permitir-lhe impor a sua vontade sobre a das partes litigante. Procurava-se, por isto, uma justificação, pela qual a sentença pudesse ser coercitivamente imposta aos contendores. Isto era possível em virtude da *litiscontestatio*, em virtude da qual as partes convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo *index* ou *arbiter*” (ALVIM, 2003, p.150)

Tanto Pothier, estudioso do sistema jurídico romano, “instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz será o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 77/78), não restando dúvidas que o processo para Pothier é um contrato realizado entre os litigantes que se efetivava mediante “o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do conflito” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 77).

Não é coincidência a similitude do processo como contrato com a consensualidade do direito contratual. Para os Romanos, segundo Alvim (2003), o processo estava incluído no Direito Privado, sendo considerado verdadeiro negócio jurídico de direito privado, o que é amplamente criticado na atualidade, tendo em vista que a *litiscontestatio* “desapareceu por completo: o juiz não é mais um mero árbitro, mas representante do Estado (é órgão do Estado); a jurisdição é verdadeira função estatal” (ALVIM, 2003, p. 151).

Por volta de 1850, surgiu a teoria do processo defendida por Savigny e Guényvau que procuraram contornar as críticas da teoria como contrato, sustentando que “o processo não era um contrato, visto que não pressupunha a vontade das partes (MACEDO, 2001, p. 54) logo seria um quase-contrato”.

Tratava-se de uma tentativa de “enquadrar o Processo na esfera do direito privado, [...], em não sendo o Processo tipicamente um contato deveria ser um quase-contrato” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 78).

Mesmo os adeptos a teoria do processo como quase-contrato insistiam no enquadramento no ramo do direito privado e defendiam que "[...] não sendo o processo como fonte de obrigações, nem um contrato, nem um delito [...] deveria ser, por eliminação, um quase-contrato" (COUTURE, 1998, p. 40).

Segundo entendimento de Rosemiro Pereira Leal o processo era considerado um quase-contrato, na medida em que "a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide" (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 78).

Nesta teoria, o entendimento sobre a *litiscontestatio* é modificado, uma vez que o consentimento das partes não era inteiramente livre, motivo este que levou os autores a acreditar que o processo "não era um contrato, que pressupõe vontade livre, sendo algo semelhante a um contrato, algo como se fosse um contrato, embora contrato não fosse" (ALVIM, 2003, p.152), mas se afastou do âmbito do direito privado.

O quase-contrato tem suas obrigações determinadas pela lei, em razão do código de Napoleão, com a presunção de vontade das partes, que somente é exercida para a prática do ato e não para a produção das obrigações jurídicas, que são determinadas pela lei.

As críticas à teoria sustentada por Savigny e Guényvau diz respeito a um erro metodológico que "consiste na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 282)

Ainda assim, não é possível desmerecer o valor histórico dessas duas teorias que foram determinantes para evolução do direito processual, principalmente pela modificação da característica do magistrado que deixou ser visto como um árbitro, passando a representante do Estado no exercício da jurisdição, tornando necessário o surgimento de novas teorias.

3.2 O processo como relação jurídica

A teoria do processo como relação jurídica surgiu como avanço no estudo do processo, onde os indivíduos não exerciam real poder sobre o processo jurisdicional, ante a proibição Estatal sobre o exercício da autodefesa dos bens jurídicos (com

exceção a legítima defesa), atraindo para si o exercício da jurisdição, incluindo os procedimentos coercitivos e executórios, em contrário ao tratado nas teorias contratualistas.

Conforme salienta Alvim (2003, p. 163), "desde o momento em que o Estado vedou ao particular a autotutela ou autodefesa dos próprios interesses, permitindo-a apenas em algumas hipóteses restritas, assumiu para si a obrigação de solucionar o conflito de interesses".

Inclusive, a teoria do processo como relação jurídica é predominante quando da elaboração da legislação processual, sendo produto da sistematização de uma relação existente entre o juiz, autor e réu, desenvolvida por juristas como Bülow, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman.

[...] o direito processual civil determina os poderes e deveres que vinculam mutuamente as partes e o tribunal. Dessa forma, afirma-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações, ou seja, uma relação jurídica.⁵⁰ (BÜLOW, 1964, p. 01 - Tradução nossa)

Desta forma, a relação jurídica processual apresenta-se para resguardar um direito subjetivo material, sob ameaça iminente ou decorrente da violação da obrigação de uma parte com relação a outra, acarretando uma situação de conflito de interesses.

Assim, o Estado será provocado pelas partes através do processo a fim de resolver o conflito de interesses onde, pelo provimento judicial, uma parte poderá exigir da outra a realização de conduta que satisfaça a sua pretensão.

Sendo o Estado detentor da jurisdição, conceituação desta teoria, Alvim (2003, p. 163) esclarece que "o Estado-juiz não age de ofício; aguarda sempre a provocação de quem se julga com direito a uma prestação por parte de outrem", para que conduza do processo até o seu desfecho final.

Aroldo Plínio (2001, p. 74) conceitua a relação jurídica como sendo um "enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico", sendo este composto por um complexo de procedimentos nos quais são atribuídos às partes deveres e direitos que podem ser apresentado ao magistrado antes de decidir sobre a pretensão discutida.

⁵⁰ ... el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculacion a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se há afirmado, también, que el processo es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica.

Liebman esclarece que o processo é resultado de diversos procedimentos específicos e direcionados como “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo” (CINTRA; GRINOVER; DINARMACO, 1997, p. 88), pela decisão final.

Bülow desenvolve sua teoria afirmando que no processo existem duas relações jurídicas completamente distintas, sendo uma de "direito material, que no processo se discute, e a de direito formal, que se estabelece entre os sujeitos do processo" (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p. 124).

O grande mérito de Bülow foi justamente a sistematização da relação processual. Enquanto alguns procuravam fora do direito a explicação para a natureza jurídica do processo (como Guasp), Bülow buscou dentro da própria ciência do direito esta explicação, utilizando-se de um conceito já bastante consolidado nesse campo, que foi o conceito de relação jurídica. (ALVIM, 2003, p. 162)

A indistinção entre processo e procedimento é o ponto de grande destaque nessa teoria é que, no desenvolver dos procedimentos, o processo se encerra pela atividade final do órgão jurisdicional responsável pelo provimento, ou não, do direito subjetivo material em litígio.

O referido conceito, no entanto, não resistiu às críticas que se lhe seguiram. Uma delas diz respeito à própria ideia de relação jurídica, que, nos moldes tradicionais do Direito Privado, implica a sujeição entre pessoas, no sentido de que uma delas pode exigir o cumprimento de uma obrigação, ou dever jurídico, em face da outra. (LEAL, André, 2002, p. 82)

A grande crítica contra teoria da relação jurídica está na atribuição de competência para decidir discricionariamente, para “valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso (*fattispecie*)”. (LIEBMAN, 1985, p. 04)

Agravam-se as tentativas de classificação de processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumentalista), quando, além de se perderem em elucubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectaram o Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definido o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a jurisdição hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em

sua atividade jurisdicional, pelo PROCESSO. É, portanto, o PROCESSO validador e disciplinador da jurisdição e não instrumento desta.

[...] O Quadro de reflexão desta teoria ainda é mais nebuloso, quando seus defensores, resolvem, a exemplo de Wach, Hellwing e Köhler, excursionar pela indagação inútil se a relação processual entre juiz, autor e réu é triangular (Wach), angular (Hellwing) ou linear (Köhler), o que, por óbvio, nada acrescenta ao seu perfil lógico que, ainda impregnado das teorias voluntaristas do velho direito subjetivo, vincula autor e réu em pólos de subordinação (ativos e passivo), como se o autor pudesse, à margem da lei, por um impulso íntimo de um direito idiossincrático e apriorístico, exigir do réu uma obrigação. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 88/89)

Assim, a relação jurídica decorre da sujeição de um indivíduo em face de outro na exigência do cumprimento de uma obrigação com total controle pelo Estado.

E o entrelaçamento da teoria do processo como relação jurídica com o insuficiente paradigma do Estado Social leva vários desses autores a examinar o processo como relação jurídica desenvolvida entre partes, que se encontra à disposição do Estado, ao entendimento de interesses públicos de origem extralegal (escopos metajurídicos). (LEAL, André, 2002, p. 82)

A jurisdição entendida como atividade do juiz na teoria Bülowiana era o reforço do papel de destaque dos juízes onde as partes eram subordinadas a estes este, como também, do processo como instrumento da jurisdição.

Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto.

Por esse motivos, entendemos possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador. (LEAL, André, 2008, p. 60).

A atividade jurisdicional sob o prisma da relação jurídica não atende aos princípios do Estado de Direito Democrático, uma vez que os provimentos não se amoldam a legitimidade constitucional, remetendo apenas aos ultrapassados paradigmas dos Estados Liberal e Social.

O conceito de relação jurídica foi elaborado nesse quadro. Seus elementos se definiram com a contribuição definitiva de WINDSCHEID para as novas bases científicas do Direito subjetivo, a partir das quais o “vínculo de exigibilidade”, ligando “sujeito ativo” e “sujeito passivo”, por um poder da vontade, se estruturava para logo se alastrar por todo o campo do Direito. (GONÇALVES, 2001, p. 74/75)

E ainda complementa:

A teoria da relação jurídica em breve se revelou insuficiente para responder às situações jurídicas que, à evidência, não correspondiam a vínculos entre sujeitos. O problema do direito de propriedade recebeu novas formulações, mas o pátrio poder, a nacionalidade, o direito à honra e, genericamente, o que mais tarde se denominaria direitos personalíssimos ficavam sem respostas adequadamente pelo *vinculum iuris*. (GONÇALVES, 2001, p. 78)

Ainda assim, é importante reconhecer que essa teoria representou importante marco no estudo do Direito Processual na defesa da autonomia processual e do direito material, ainda que destacasse, inadequadamente, a sujeição dos envolvidos ao Estado-juiz.

Mas não é possível concordar que “as críticas, [...], não destruíram o que havia de verdadeiro na doutrina da relação jurídica processual, a qual ainda hoje é a que maior número de adeptos conta” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 280).

Não significa que a teoria da relação jurídica, uma vez aceita pelo ordenamento jurídico processual pátrio, deve permanecer enraizado nas suas origens, impossibilitada de avanço, até porque o direito necessita de permanente desenvolvimento, principalmente para atender a nova concepção processual democrática baseada nos princípios constitucionais de 1988.

3.3 O processo como situação jurídica

O conceito de processo como relação jurídica, desenvolvida por Bülow, baseou-se na relação de direitos e deveres entre as partes mutuamente, e estes, juntamente com o magistrado, que prestará a tutela jurisdicional, restabelecerá a "paz social".

Posteriormente, James Goldschmidt (2003) apresentou sua teoria do processo como situação jurídica, evidenciando várias falhas na teoria bülowiana da relação jurídica, contrariando o vínculo traçado entre os envolvidos e ampliando o entendimento sobre a fenomenologia processual.

Pode conceber-se o Direito como um conjunto de imperativos que devem ser seguidos pelos submetidos às regras jurídicas, porém também como uma série de normas que devem ser aplicadas pelo juiz. Esta última concepção é a adequada para o Direito judicial, e, por conseguinte, para o

Direito Processual civil. A partir deste ponto de vista, as normas jurídicas constituem, para os submetidos a ela, as cominações de que o juiz observará determinada conduta, e, em última análise, de que ditará uma sentença judicial de determinado alcance. Os vínculos jurídicos que nascem aqui entre as partes não são propriamente “relações jurídicas” (consideração “estática” do Direito), isto é, não são faculdades nem deveres no sentido de poderes sobre imperativos ou mandatos, senão “situações jurídicas” (consideração dinâmica do direito), quer dizer, situações de expectativa, esperanças da conduta judicial que há de produzir-se e, em última análise, da decisão judicial futura; numa palavra: expectativas, possibilidades e ônus. Somente aquelas são direitos em sentido processual – o mesmo direito à tutela jurídica (ação processual) não é, desde este ponto de vista, mais que uma expectativa juridicamente fundada -. E os últimos – os ônus -, “imperativos do próprio interesse”, ocupam no processo o lugar das obrigações. A situação jurídica diferencia-se da relação jurídica não somente pelo seu conteúdo, senão também porque depende, não da “existência”, senão da “evidência” e muito especialmente da prova de seus pressupostos. O conceito da “situação jurídica” deve-se a Kohler, o qual vê nela uma relação jurídica imperfeita. Porém, em todo caso, é um conceito especificamente de direito processual, e até talvez seu conceito fundamental. (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 21)

Para o teórico, o processo é um conjunto de situações jurídicas por onde as partes transitam até a decisão definitiva, considerando a norma processual mais dinâmica pela sua incerteza e o direito material estático por ser imutável, além de negar a existência de direitos e obrigações processuais.

O conceito de situação jurídica diferencia-se do de relação processual, no qual este não se encontra em relação alguma com o direito material, que constitui o objeto do processo, enquanto aquele designa a situação em que a parte se encontra com respeito ao seu direito material, quando o faz valer processualmente. É errôneo crer, por isso, que o conceito de “situação jurídica” não é diferente do de relação processual, e por isso é impossível admitir que esta se desenvolva até chegar a ser uma “situação jurídica”, esta não é uma mera situação da relação processual, senão do direito material que constitui o objeto do processo. Resulta por isso desnecessário recorrer ao conceito de relação processual, para assegurar a unidade do processo, uma vez que tal unidade vem predeterminada pelo direito material, objeto de referência das “situações jurídicas” que surgem no processo. Também é equivocado discutir o valor do conceito de “situação jurídica”, uma vez que, graças a ele, determina-se não somente o conceito e caracteres dos direitos e ônus processuais, senão que dele emana o conceito de “atos de postulação” (cf. mais adiante §39, n^{os} 2 ss., e §§ 42 ss.) e a peculiaridade de sua qualificação como “admissíveis” e “fundamentados”, assim como a luz que clareia os conceitos de litisconsórcio especial, de sucessão processual etc. É igualmente errônea a suposição de que o conceito de situação jurídica em geral, e em particular o de “expectativa” juridicamente assegurada, sejam de caráter sociológico; para dizer a verdade, não tem esse caráter, como tampouco participa dele o conceito de “expectativa” do Direito Civil, ainda que, como esta, não é estado jurídico mais que em caso de que o benefício que se espera esteja seguro na sua efetividade futura, quer dizer, quando o árbitro judicial não seja livre frente a ela, senão vinculado por normas jurídicas ou da experiência.” (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 22/23)

A crítica de Goldschmidt (2003) explica que a relação jurídica processual é impossível ante a ausência de nexos entre as partes e o juiz, e, mesmo entre as próprias partes. A única obrigação no processo seria o dever funcional do magistrado de decidir, estando as partes simplesmente sujeitas a sua autoridade, o que desvincula a participação dos interessados na formação do provimento.

Essa teoria bem se assemelha ao estado de guerra estratégica que desconsidera a segurança e o controle da relação jurídica, passando a esfera da incerteza, onde a sucessão de atos geram situações jurídicas que se bem aproveitadas (liberação de cargas) caminhará em direção favorável, caso contrário a perspectiva é desfavorável.

Nesse caso, as expectativas de uma decisão favorável dependerá do aproveitamento das oportunidades pelas partes praticando um ato processual com êxito.

Os direitos processuais são as expectativas, possibilidades e liberações de uma carga processual. Existem paralelamente os direitos materiais, isto é, os direitos subjetivos, potestativos e permissivos [...]. As chamadas expectativas são esperanças de obter futuras vantagens processuais, sem a necessidade de algum ato próprio, que raramente se apresentam no desenvolvimento normal do processo; [...] (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 194/195 - Tradução nossa)⁵¹

Assim, sempre que as partes estiverem em situação de obter uma vantagem processual, pelo exercício de um ato (produção de provas, refutar uma alegação, apresentação de documentos, etc.), tem grandes possibilidades de uma decisão favorável; entendimento veementemente criticado por Rosemiro Leal.

Percebe-se que Goldschmidt, embora rompendo com a escola privatística e ortodoxa da relação jurídica, onde, como vimos, se põe as partes em vínculos subjetivos de subordinação, em que o juiz tem poderes e faculdades carismáticas na condução do processo, concebeu a sua teoria do PROCESSO, como situação jurídica, em moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definia simplesmente um duelo entre partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. Não precisava a sentença apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, segundo Goldschmidt, a sentença é uma resolução do conflito que não guardava uma “relação causal” com o processo, não passando os “direitos

⁵¹ [...] se entiende por derechos procesales las expectativas, posibilidades y liberaciones de una carga procesal. Existen paralelamente a los derechos materiales, es decir, a los derechos facultativos, potestativos y permissivos [...]. Las llamadas expectativas son esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto alguno propio, y se presentan rara vez en el desenvolvimiento normal del proceso; [...].

processuais” de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores.

Deduz-se que, em Goldschmidt, o direito subjetivo, que ele tanto combateu, migrou, em sua teoria, para a atividade jurisdicional do juiz que, conforme doutrinou, poderia emitir sentença sem nexos jurídicos de causalidade imperativa com as situações criadas pelas partes no curso do processo.

Para Goldschmidt, o juiz, ao errar, não violava a lei processual. Em sendo o processo um meio de seu livre manejo, incorreria o juiz nas sanções das leis materiais criminais ou civis, jamais processuais, porque, diz ele, não gera “consequências processuais, senão criminais ou civis, a consequência jurídica de uma infração da lei cometida pelo juiz. Por fim, para Goldschmidt, o processo era uma forma alegórica de canteiro judicial onde as palavras lançavam suas alegações que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 90)

O pensamento de Goldschmidt demonstra que o processo é uma espécie de jogo, envolto de incerteza e insegurança por atribuir aos juizes poderes de proferir julgamento com base no aproveitamento de oportunidades pelas partes, o que não atende as necessidades de um direito processual pautado na democracia participativa jurisdicional e constitucional que busca a efetiva garantia de direitos fundamentais.

3.4 O processo como instituição

Teoria desenvolvida pelo espanhol James Guasp com base nas ciências sociais onde o processo representa a escolha de determinados valores e comportamentos sociais, democráticos ou não, e adotado no direito privado.

Segundo Guasp, o conceito de instituição corresponde a uma ideia força, que emerge de um ou de vários sujeitos promotores e recebe a adesão de vários outros; ideia que, em si mesma, eleva seu programa e seu plano, para lograr a sua realização, cujo objetivo é o bem comum dos seus associados. (ALVIM, 2003, p. 156)

Seria uma manifestação de conveniências dos cidadãos em face dos seus litígios que seriam resolvidos por um magistrado, sendo o processo meio para garantir tranquilidade nas relações sociais, sendo proibida a autotutela e limitada a autodefesa.

A maior crítica a teoria está na imprecisão da definição de instituição apresentado por Guasp, na medida em que está fundado apenas em elementos sociológicos que não tem correlação com a esfera jurídica constitucional ou democrática.

O defeito desta teoria, [...], está no impreciso conceito de instituição, pois tudo pode ser reduzido ao esquema institucional, uma vez que tão elástico e impreciso é o significado de instituição; e diante de circunstância desta ordem, razão não há para substituí-se a noção de relação processual por aquela de instituição. (ALVIM, 2003, p. 157)

Há, também, quem defenda que a teoria do processo como instituição não deveria ser assim nominada, como demonstra Rosemiro Leal:

Sequer se poderia nominar essa escola de teoria do processo como instituição jurídica, porque, o espanhol Guasp, por volta de 1940, como acentua Jacy de Assis em magistral monografia – em que descreve as razões de Couture para abandonar essa teoria que anteriormente abraçara – idealizou essa teoria sob o impacto do sociologismo reinante na época.

[...] Destaque-se que Couture, ao se afastar da teoria, realçando o seu retorno à escola do processo como relação jurídica, registrou, com inescusável lucidez, que tinha ela fundo sociológico sem qualquer balizamento jurídico da ideia de uma instituição processual e até ressaltou que, “pelo menos até o dia em que a concepção institucional do direito” projetasse suas ideias em planos mais rigorosos, não lhe era possível sustentar tal teoria que, como Renard, a via entre brumas que lhe provocaram vertigens inescapáveis. [...] É claro que Jaime Guasp, ao acolher o processo como instituição, não poderia mesmo assentar essa teoria em outros pilares, senão os sociológicos que, entre os anos 30 e 40, com a propagação das ideias positivistas, faziam sucesso entre os intelectuais.

[...]

Na época de Guasp, como também de Wach, Schonke, Hauriu e Renard, que já visualizavam o direito como instituição, o Processo ainda se conduzia pelas mãos jurisdicionais dos juizes. Atualmente, o Processo, desatando-se do fatalismo sociológico e historicista, vem assumindo o status de direito fundamental constitucionalizado. O Constitucionalismo, como arcabouço de garantias no Estado Democrático de Direito, é um movimento do nosso tempo, a partir da reorganização do mundo após a Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945). Procurou-se estabelecer instituições jurídicas (criadas pelas normas) e não mais um direito que reproduzisse servilmente a realidade sociológica ou a homologasse pelo discurso da jurisdição. O movimento constitucionalista, após 1945, afiora o golpismo de caserna que ainda marca algumas nações atrasadas, aflorou-se em necessidade de assegurar direitos fundamentais de liberdade e dignidade dos povos, por sua autodeterminação, em estatutos jurídicos-políticos básicos (CONSTITUIÇÕES). votadas e aprovadas pelo povo, ou seus representantes diretos, como fonte, núcleo e paradigma dos ordenamentos nacionais. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 90/91)

O processo judicial institucional não pode ser concebido com bases sociológicas, em função das conveniências de grupos sociais, mas sim fundado em princípios processuais constitucionalizados conforme será demonstrado no desenvolvimento dos tópicos seguintes.

3.5 O processo como procedimento em contraditório

Embora Elio Fazzalari trabalhe sua teoria durante no paradigma do Estado Social, a democratização do direito no Estado democrático, ultrapassa os tempos em que havia intervenção estatal na vida econômica e social, exigindo uma análise dos institutos processuais sob uma ótica constitucionalizada, com objetivo de implementação de direitos individuais.

Hoje em dia, a ação democrática baseia-se na associação cada vez mais estreita dessa democracia negativa, que protege a população do arbitrário ruinoso do poder, com uma democracia positiva, isto é, do aumento do controle do maior número de pessoas sobre sua própria existência. Durante muito tempo, designamos como democracia a intervenção do Estado na vida econômica e social para reduzir as desigualdades e garantir uma certa ajuda educativa, médica e econômica a todos. Já não podemos considerar essa definição como suficiente porque a intervenção do Estado deve ser apenas um meio a serviço do objetivo principal: aumentar a capacidade de intervenção de cada um sobre sua própria vida. (TOURAINÉ, 1996, p. 51/52)

É através da democracia positiva que o cidadão poderá exercer, discutir e implementar os direitos constitucionais fundamentais por propostas concretas e objetivas para seu exercício. Principalmente porque

A democracia não é um fim em si, mas a condição institucional indispensável para a criação do mundo por atores particulares, diferentes uns dos outros; no entanto, estes são levados a produzir em conjunto o discurso da humanidade que nunca estará completo ou unificado. (TOURAINÉ, 1996, p. 180)

O exercício da democracia pelo cidadão, quando não realizado pelo órgão legislativo, ganha maior visibilidade quando realizado pela via processual.

“O Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade.

Ao caráter constitucional e impostergável do processo – no caso, judicial –, ressalta-se o contraditório como a sua característica fundamental, que o eleva ao paradigma democrático, transformando a prestação jurisdicional numa “consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 92).

Atento as conceituações sob o viés de uma Constituição democrática, característica de sociedades contemporâneas, Fazzalari reelaborou o conceito de processo e procedimento, onde a presença do contraditório é primordial para esta diferenciação.

O procedimento passa a ser considerado uma sequência de atos necessários para construção do provimento jurisdicional, que provocará efeitos na esfera dos direitos dos cidadãos.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “interessados” (aqueles que aspiram a emanção do ato final – “interessados” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “contra-interessados”) estejam sob o plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do genus “procedimento” é possível extrair a species “processo”.⁵² (FAZZALARI, 2001, p. 60 - Tradução nossa)

O procedimento é, com bastante clareza, definido como sendo uma:

[...] estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direitos, que se configura pela sequência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativas do modelo procedimental. De conseguinte, o procedimento é manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica. É a estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo princípio da reserva legal que, na CR/88, está inscrito no art. 5, II. Há de se notar, a rigor, que o procedimento, em sua construção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este pré-condição do ato seguinte que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato), o qual encerra uma etapa significativa ou o ciclo total do Procedimento. Por óbvio, o procedimento não se concretiza pela lógica diretiva da atividade jurisdicional do juiz, mas pelas condicionantes-lógicas dos princípios e institutos do Processo constitucionalizado. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 107/108)

O processo, para Fazzalari, somente será possível se o procedimento proporcionar a realização do contraditório. O contraditório não se trata apenas da oportunidade de manifestação das partes interessadas, mas pela participação em

⁵² Se, poi, el procedimento è regolato in modo che ci partecipino anche coloro nelle cui sfera giuridica l'atto finale è destinato svolgere effetti (talché l'autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è consegnata in modo che i contrapposti “interessati” (quelli che aspirano alla emanazione dell'atto finale – “interessati” in senso stretto – e quelle che vogliono evitarla – “controinteressati”-), siano sul piano de simetrica parità; allora il procedimento comprende il contraddittorio, si fa più articolato e complesso, e dal genus procedimento è consentito enucleare la species processo.

paridade, através de um procedimento dialógico, para construção conjunta do provimento jurisdicional.

O processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. (FAZZALARI, 2006, p. 118/119)

Tanto o processo, quanto o procedimento (realizado em contraditório) objetiva a construção do provimento final, afastando o antagonismo de partes como apresentado pela teoria da relação processual, ficando a legitimidade definida pela realização dos atos em contraditório daqueles que construíram a decisão.

O contraditório não é apenas 'a participação dos sujeitos do processo'. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os 'interessados', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (GONÇALVEZ, 1992, p. 120)

Sob a ótica Fazzalariana, a atividade jurisdicional assume um conceito mais constitucionalizado, pautado na democracia participativa, na medida que proporciona uma legitimidade obtida pela efetiva participação de todos os interessados na decisão final, por uma estrutura dialógica verdadeiramente compartilhada.

O ilustre processualista explicou que o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual.

[...] a sentença (provimento) não é nessa teoria, um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 92)

Embora os defensores do instrumentalismo pensem o contrário⁵³, não é possível constatar uma similaridade entre as teorias da relação jurídica ou instrumentalista e a teoria Fazzalariana, vez que o contraditório nessa última proporciona uma garantia de participação, em simétrica paridade, na construção da sentença jurisdicional, afastando a existência de vínculos de subordinação entre os sujeitos do processo característica da teoria da relação jurídica.

Os conceitos de garantia e de sujeição vêm de esquemas distintos, de momentos sociais distintos, de concepções distintas. Pela evolução do conceito de contraditório, a categoria da relação jurídica processual já não é logicamente admitida. Perante o contraditório, não se pode falar em relação de sujeição ou de subordinação; as partes se sujeitam ao provimento, ao ato final do processo, de cuja preparação participam, e não ao juiz. A categoria da relação jurídica já não é própria para a concepção de processo centrada na garantia do contraditório, porque não é com ela compatível: ou existem vínculos de sujeição ou existe liberdade garantida de participação. (GONÇALVEZ, 1992, p. 193)

A teoria do procedimento realizado em contraditório idealizado por Fazzalari foi o início do desenvolvimento do direito processual, distinguindo o processo e o procedimento, tornando o processo autônomo e desvinculando-o da jurisdição.

Apesar das críticas que se poderiam opor à teoria fazzalariana, temos que o estudioso italiano poderia ser apontado como o fundador da Ciência do Processo da atualidade, porque, embora ainda vinculado à teoria da jurisdição como atividade estatal pelo julgador, torna-se fundamental à atividade jurisdicional a teoria jurídica do processo (ou de procedimento, quando não houver contraditório) como preparatório do ato (provimento) que determinará, a partir do direito legislado vigente, o restabelecimento de dada situação de fato à sua conformidade com o direito.

Isso implica o abandono, como já expusemos, de uma jurisdição a priori, ou seja, como poder que o juiz tem de dizer o direito, como poder ou como função estatal à qual o ordenamento atribuiria uma eficácia represada a exigir, apenas, um meio adequado ou técnica apropriada para fluir, e que garantisse, a partir do ato de criação do Estado, do sentimento dos juízes, ou de escopos meta-jurídicos, o mais alto grau de violência realizante possível.

Por consequência, em Fazzalari, a rigor, sequer se poderia conceber uma jurisdição sem (ao menos) procedimento, porque o ato de dizer o direito é 'provimentalizado', sendo, assim, obrigatoriamente conduzido e balizado pelo Direito Processual. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 96)

Não bastante a diferenciação realizada entre processo e procedimento, a concepção fazzalariana sobre a atuação do juiz e a legitimidade do provimento final

⁵³ Os adeptos a teoria da relação jurídica ou instrumentalista valorizam o contraditório, mas atribuem escopos metajurídicos ao processo (sociais e políticos) permitindo a construção solitária da decisão pelo magistrado.

é de grande relevância para democracia constitucional, pois houve uma “reflexão constitucional do direito garantia, diante da necessidade de observação por intermédio do “discurso jurídico constitucional das democracias” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 93). "Essas considerações correspondem à reabilitação do procedimento na teoria processual, especialmente mediante seu retorno ao conceito de processo, do qual estivera banido desde quando formulada a teoria da relação jurídica". (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 286)

A efetivação de direitos fundamentais será efetiva com a ampla participação em contraditório dos interessados, de modo que construam a solução que se afigure constitucionalmente adequada.

3.6 A teoria constitucionalista do processo

A idealização da constitucionalização do processo e do procedimento realizado em contraditório por Fazzalari, foi determinante para desenvolvimento de estudos sobre a relação entre a Constituição e o Processo.

Dessa forma, surgiu a Teoria Constitucional do Processo, desenvolvida por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, onde o processo se forma pelo conjunto de princípios expressos na Constituição que devem ser observados em todos os atos procedimentais sob risco de inconstitucionalidade.

O contraditório deixa de ser mero atributo procedimental para realização do processo, mas continua existindo na teoria constitucionalista do processo uma vez que faz parte dos imperativos constitucionais.

[...] que o processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo, que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição. (LEAL, Rosemiro, 2008, 98/99)

O constitucionalismo desenvolvido nos paradigmas dos Estados liberal e social, ateve-se com a estruturação normativa relacionados à organização e funcionamento Estatal e na instabilidade da tensão entre justiça e segurança

jurídica, ficando as garantias a direitos fundamentais em segundo plano como também, por consequência, a democracia.

Mas o constitucionalismo acaba avançando com decorrer do tempo, assegurando direitos fundamentais e instituindo mecanismos de controle estatal (controle de constitucionalidade), demonstrando uma aproximação com o direito processual, mas ainda sem se importar com a participação dos legítimos interessados.

Com a aproximação do Direito Processual ao Direito Constitucional que o processo passa a adotar um modelo constitucionalizado que estrutura os procedimentos jurisdicionais pela “principiologia do instituto constitucional do devido processo legal” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 94), na medida em que “a constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais, colocando o processo no centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais” (CHAVES, 2004, p. 125).

Andolina e Vignera desenvolvem "uma teoria que se destina à explicitação dos aspectos que devem ser atendidos para que os procedimentos criados pela norma infraconstitucional se amoldem às determinações presentes na Constituição" (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 87), sendo "forçoso entender o processo como modelo constitucionalizado a ser obedecido na construção dos procedimentos na infraconstitucionalidade" (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 88).

O processo compreendido pela principiologia constitucional do devido processo legal *lato sensu* compreende a reserva legal, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia todos previstos na Constituição da República.

“[...] em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania, como referente lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 94)

Em que pesem as relevantes contribuições da teoria constitucional do processo, este modelo se efetiva a partir de princípios expressamente previstos na Constituição da República, mas não esclarece quando não existe previsão expressa, o que pode ser respondido pela teoria neo-institucionalista do Processo.

3.7 A teoria neo-institucionalista do processo

O desenvolvimento do direito processual no paradigma do Estado Democrático de Direito é de grande importância para proporcionar a legitimidade das decisões proferidas nas esferas legislativa, administrativa e judicial, que ocorrerão dialogicamente através do processo.

A expressão Estado Democrático é que, no contexto das cogitações feitas, não pode mais significar instituição inesclarecida e agente fantasmal de direitos legislados ou adotados numa ordem jurídica qualquer, sequer pode esse Estado se jactar como recinto axiológico de uma decidibilidade governista, administrativa e judiciária, comprometida com uma pauta de valores não juridificados e não processualmente dada à fiscalidade irrestrita. No direito democrático, o que primeiro se impõe é a despersonalização do Estado (*disregard doctrine*) para tornar visíveis as individualidades componentes da Administração Governativa em todos os seguimentos da Comunidade Jurídica cuja proposta constitucional é sua transformação em Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito pela possibilidade cognitiva de todos no espaço processual (Estado Democrático) de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 337)

Por esse entendimento que Rosemiro Pereira Leal desenvolveu uma visão do processo, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, denominada teoria neo-institucionalista do processo, suprimindo as lacunas não abrangidas pela teoria constitucional do processo.

Nesse contexto, é considerada a eficácia plena da norma Constitucional por tratar de direitos líquidos e certos, bem como pela subordinação de qualquer regras às suas disposições principiológicas.

A teoria do processo que se institucionalize constitucionalmente pelos princípios jurídicos do contraditório, ampla defesa e isonomia suprime a tensão entre republicanos e liberais à medida que a fiscalidade legitimante do ordenamento jurídico instalador do Estado democrático de direito se processualize pelo direito-de-ação irrestrito, assegurado o contraditório como oportunidade legal de produzir ou não produzir argumentos jurídicos na construção estrutural dos procedimentos, bem assim a isonomia como princípio de igualdade, para as partes, do tempo de realização estrutural e a ampla defesa como direito ao contraditório em tempo isonômico indistintamente para todos. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 180)

Ao esclarecer sua concepção sobre o processo, Rosemiro Leal afirma que:

Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a

denominação jurídica de PROCESSO, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 95)

Contudo, a legislação infraconstitucional brasileira não relaciona-se com as modernas teorias processuais como instituições⁵⁴ constitucionalizadas, uma vez que foram elaboradas sob paradigma do Estado Liberal, atribuindo amplos "poderes" ao julgador que, "no plano da teoria neo-institucionalista do processo, torna-se alvo de um ataque frontal que se pode utilizar para desconstruir as argumentações baseadas na legitimidade prévia da função ou poder jurisdicional" (LEAL, André, 2008, p. 139).

A teoria neo-institucionalista de Rosemiro Leal tem parte de seu conceito pelo critério da falseabilidade explicitado por Karl Popper que aponta a necessidade de uma teoria propugnando por uma sociedade aberta e democrática.

A democracia é uma proposta para resolução do que Popper chama de paradoxo da liberdade, pelo desenvolvimento da limitação as liberdades individuais em favor de uma convivência harmônica e pacífica.

“O chamado paradoxo da liberdade é o argumento de que a liberdade, no sentido de ausência de qualquer controle restritivo, deve levar a maior restrição, pois torna os violentos livres para escravizarem os fracos”. (POPPER, 1998a, p. 289).

O Estado intervencionista, segundo Popper, é caracterizado pela proteção à liberdade não restringida, no qual é buscada "isonomia entre os indivíduos pela impossibilidade da intimidação dos fracos pelos fortes" (POPPER, 1998a, p. 130).

“[...] O intervencionismo é, portanto, extremamente perigoso. Isso não é argumento decisivo contra ele; o poder do estado deve sempre permanecer

⁵⁴ [...] a palavra instituição em nossa teoria não tem o significado que lhe deram Hauriou e Guasp, ou que lhe possam dar os cientistas sociais e econômicos antigos ou modernos. É que instituição não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, Rosemiro, 2001, p. 99/100)

um mal perigoso, ainda que necessário. Mas é uma advertência de que, se relaxarmos nossa vigilância, se não fortalecermos nossas instituições democráticas ao mesmo tempo que dermos maior poder ao estado através de „planejamento” intervencionista, então poderemos perder nossa liberdade. E, se a liberdade for perdida, estará perdido tudo mais, inclusive o „planejamento”. Por que, de fato, se levariam avante planos para o bem do povo, se o povo não tem poder para apoiá-los? Só a liberdade pode tornar segura a segurança.”. (POPPER, 1998b, p.137)

Os indivíduos devem obediência a lei por uma compreensão teórica que foge à moralidade tradicional, cuja construção se deu pela legitimidade e não por atos de coação. A operacionalização da legitimidade, com fins democráticos, ocorre pela educação do povo na construção de um espaço que proporcione aos cidadãos compartilhar a vida social.

Uma sociedade fechada é caracterizada pela dominação de seus cidadãos por classes governantes. É paternal, facilitando o aparecimento de pessoas autoritárias que concentram poderes para combater qualquer força desagregadora da sociedade, uma forma de coação que pode, também, ser utilizada para gerar eficácia às decisões proferidas.

Uma sociedade fechada, no seu aspecto mais completo, pode ser justamente comparada a um organismo. A chamada teoria orgânica ou biológica do estado pode ser-lhe aplicada em considerável extensão. Uma sociedade fechada se assemelha a uma horda ou tribo por ser uma unidade semi-orgânica cujos membros são mantidos juntos por laços semi-orgânicos – parentesco, coabitação, participação dos esforços comuns, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns. [...]”. (POPPER, 1998a, p.188/189).

É caracterizada pela desigualdade, evitando indesejáveis mudanças voltadas apenas para efetivação de interesses individuais. Nessa perspectiva, para Popper, o Estado ideal é aquele que busca a eliminação dos fatores de desunião, minimizando o peso dos interesses pessoais.

Uma sociedade aberta, ao contrário, é construída por instituições sociais com objetivos específicos, na busca consciente dos interesses pessoais e coletivos. O homem passa a ser dono de si mesmo, responsável por se construir perante o outro.

Na área do Direito Processual, a teoria Popperiana relaciona-se com a atividade humana na busca de resultados práticos por meio da criação e sistematização de normas procedimentais.

Para aplicação de um direito democrático, Popper aponta critérios de refutabilidade, falseabilidade ou testabilidade, uma vez que, “[...] para serem

classificadas como científicas, as assertivas ou sistemas de assertivas devem ser capazes de entrar em contato com as observações possíveis ou concebíveis.” (POPPER, 1982, p. 63)

O critério da falseabilidade (refutabilidade ou testabilidade) “[...] separa duas classes de enunciados perfeitamente significativos: os falseáveis e os não falseáveis; traça uma linha divisória no seio da linguagem dotada de significado e não em volta dela.” (POPPER, 1972, p. 42)

O critério de falseabilidade Popperiano e a teoria da verificação elaborada pelos positivistas se distinguem entre o pensamento crítico para modificar as leis por testes de refutabilidade e o pensamento dogmático com a simples verificação, aplicação e confirmação das leis.

Mas a distinção entre o pensamento crítico e o dogmático nos traz de volta ao problema crucial. Com efeito, a atitude dogmática está claramente relacionada com a tendência a verificar nossas leis e esquemas, buscando aplicá-los e confirmá-los sempre, a ponto de afastar as refutações, enquanto a atitude crítica é feita de disposição para modificá-los – a inclinação no sentido de testá-los, refutando-os se isso for possível. O que sugere a identificação da atitude crítica com a atitude científica e a atitude dogmática com a que descrevi qualificando pseudocientífica. (POPPER, 1982, p. 80)

Rosemiro Leal aponta a necessidade da testabilidade do ordenamento jurídico, esclarecendo que é impossível haver realidade jurídica fora do espaço processualizado. Nesse sentido, afirma que “[...] na democracia, o direito é um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual.” (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 39)

O pensamento popperiano, recentemente tão bem aproveitado por Habermas em obra que expõe uma revolucionária reviravolta em seu próprio discurso científico, é que traz para a cogitação jurídica a possibilidade do exercício e aplicação de um direito democrático pelo devido processo constitucional atualmente concebido em seus elementos dialógicos e institutivos de um medium lingüístico-jurídico pela coextensão procedimental (devido processo legal) propiciadora de um espaço estruturante da linguagem jurídica de discussão dos direitos argüidos e preparatória de decisões cuja teorização construtiva é aberta a todos os participantes procedimentais habilitados ou a se habilitarem à movimentação da atividade jurídica (judicial, executiva e legislativa) por um direito-de-ação incondicionado (direito de petição) constitucionalmente garantido. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 118/119)

Através da teoria do conhecimento objetivo, Popper refuta qualquer teoria subjetivista, o que reforça ainda mais a teoria da falseabilidade.

[...] O conhecimento subjetivo não é sujeito à crítica, embora possa ser alterado por vários meios – por exemplo, pela eliminação (morte) do portador do conhecimento subjetivo, ou disposição, em foco. Assim, o conhecimento no sentido subjetivo cresce ou obtém melhores ajustamentos pelo método darwiniano de mutação e eliminação do organismo. Em oposição a isto, o conhecimento objetivo pode alterar-se e crescer pela eliminação (morte) da conjectura lingüisticamente formulada: o portador pode sobreviver, pode até, se for uma pessoa autocrítica, eliminar sua própria conjectura. A diferença está em que as teorias formuladas lingüisticamente podem ser discutidas criticamente. (POPPER, 1999, p. 71.)

A testabilidade é fundamental para verificação da falseabilidade de maior ou menor intensidade. Uma teoria é falseável quando ela rejeita um evento e não apenas uma ocorrência.

[...] a propósito de uma teoria, contanto que ela se mostre falseável, que ela rejeite ou proíba não apenas uma ocorrência, mas pelo menos um evento. Assim, a classe dos enunciados básicos proibidos, isto é, dos potenciais falseadores da teoria, conterà sempre, se não for vazia, um número ilimitado de enunciados básicos, pois uma teoria não se refere a indivíduos como tais.” (POPPER, 1972, p. 95)

As demais teorias do processo, quando testadas pela teoria neo-institucionalista, não viabilizam o discurso democrático.

[...] essas teorias, quando testificadas pela teoria neo-institucionalista, apresentam-se incompatíveis com a teoria discursiva do direito democrático, porque admitem resquícios republicanos, liberais e voluntaristas para conduzirem a democracia, bem como uma modalidade estratégico-instrumental-metodológica de produção e aplicação do direito, contemplando a tópica e a retórica, desviam-se das aporias da linguagem, tornando a decisão compulsória.” (ALMEIDA, Andrea, 2005, p. 58)

Qualquer provimento, para ser legítimo, no Estado Democrático de Direito, deve observar o devido processo legal, conforme preceitua a teoria neo-institucionalista do processo. O devido processo legal, em um espaço discursivo passível de testabilidade, viabiliza a construção da democracia pela sociedade.

“A instituição constitucionalizada do Estado democrático de direito põe-se em construção continuada pela comunidade jurídica, haja vista que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídico-principlológica instituinte dos direitos fundamentais como

ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente.” (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 31)

Em busca da legitimidade democrática das decisões, que a teoria neo-institucionalista do processo, com respaldo da falseabilidade Popperiana, é capaz de proporcionar uma releitura de institutos processuais sob o prisma da discursividade democrática.

O processo deve ser reconhecido como uma instituição composta pelo Estado e o povo, como efetivo exercício de cidadania e da soberania popular, que estão reunidos no princípio constitucional e democrático do devido processo legal, compreendidos pelo contraditório, ampla defesa e isonomia⁵⁵.

A partir da vigência da CR/88, ao positivizar o paradigma de Estado democrático de direito em nome do povo brasileiro (comunidade jurídica), os compromissos de factibilização de um Estado assim constitucionalmente instituído, para realizar a integração social (sociedade política), na democracia não são garantidos pelo Poder Judiciário (“como último intérprete da constituição”), porque, se assim afirmado, nega-se o princípio discursivo da isonomia em seus conteúdos isegóricos (plenários) de isotopia, isomenia e isocrítica, mediante uma interpretação reducionista (solipsista) da constituição por hermeneutas éticos de última trincheira e depositários de valores comunitaristas desvinculados das estruturas procedimentais do devido processo constitucional. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 132/133)

É por esta razão que deve-se refutar a teoria da relação jurídica que sustenta o processo como "mero instrumento e meio do exercício da jurisdição" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 27), na medida em que esta dependeria do processo para sua realização se confundindo, inclusive, com a figura do juiz.

A jurisdição constitucional assim compreendida como desempenho (performance) do “Poder Judiciário” vinculado à eticidade substantiva de “guardião de valores” conformador do “sentimento constitucional da comunidade” em nada caracterizaria o Estado democrático de direito, de vez que essa concepção extirparia o princípio do discurso (neutralidade deontológica), que absurdamente seria trocado pela razão prescritiva de uma Assembléia de Especialistas construtora de decisões por uma jurisprudência de valores calcados na tradição e autoridade (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 132).

⁵⁵ A isonomia, para Rosemiro Leal, somente "se exercita pelos aspectos isotópicos (igualdade perante a lei), isomenicos (igualdade de interpretar a lei) e isocríticos (igualdade para destruir ou recriar leis)" (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 109).

A sentença judicial não pode envolver-se em critérios de discricionariedade⁵⁶ e parcialidade do julgador. Por isso, a jurisdição deve ser compreendida como a "atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo" (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 41), o qual inclui a participação dos envolvidos, devidamente reconhecido o contraditório, ampla defesa e isonomia, para construção de um provimento final mais imparcial possível.

Infere-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes de cidadania (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 100)

Essa percepção de jurisdição realizada por um juiz solipsista que a teoria neo-institucionalista procura contraditar. Nem o processo, nem o provimento podem ser um ato solitário, discricionário, magnânimo, de forma a impedir que as partes envolvidas participem da construção do provimento final da qual serão destinatários.

O processo não deve ser manejado como uma marionete, a mercê da clarividência e subjetividade do magistrado, mas sim construído através de uma "estrutura procedimentalizadora dos atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão jurisdicional pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo". (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 41).

Não basta, portanto, como salientamos, positivar um modelo de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direito fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do status democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigente.

O princípio da ampla defesa na teoria neo-institucionalista do processo é que vai permitir defesas não só em face de defeitos procedimentais ou contra o mérito, mas numa concepção expansiva da negação ou afirmação de constitucionalidade dos atos e conteúdos jurídicos das pretensões e de

⁵⁶ O exercício discricionário pressupõe a vinculação as convicções pessoais, religiosas, morais e culturais para o exercício funcional, o que não pode ocorrer sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

sua procedimentalidade formal. Ampla defesa é nessa concepção o direito processualmente garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões. A teoria neo-institucionalista como *medium* hermenêutico da procedimentalidade realizadora do direito democrático é devolutiva ao povo, por habilitações de todos ao devido processo legal, da fiscalidade soberana, direta e simultânea, das esferas de produção e aplicação do direito pela plebiscitarização processual (legitimação plenária *ad processum* e *ad causam*) do controle irrestrito e incessante de constitucionalidade. Quando, nas democracias, constitucionalmente é dito que o direito (poder) emana do povo, é este, por todos os componentes da sociedade jurídica, construtor do fundamento de confirmação legitimante do direito no espaço procedimental garantido pelo devido processo constitucional. Por consequência, a instituição do processo reúne princípios de autogarantias popular constitucionalizada do espaço jurídico da procedimentalidade possibilitadora da configuração paradigmática do Estado democrático de direito, no qual se exerce testabilidade e fiscalidade confirmatória ou correicional, ampla e irrestrita, da validade do ordenamento jurídico.

Assim, o processo como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos também se oferece, no Estado de direito democrático, por garantia teórica de seus conteúdos paradigmáticos, ao debate total de fiscalidade de incidência, preservação e aperfeiçoamento de seus próprios princípios, com os quais é promovida a estabilidade legitimadora da atuação provimental em todos os níveis da judicacionalidade. De conseguinte, não é qualquer teoria procedimental que se compatibiliza com a teoria do direito democrático, mas aquela processualmente institucionalizada como referente lógico-jurídico-constitucional (devido processo constitucional) equivalente a uma teoria argumentativa que seja, mediante a instauração judicial de procedimentos (devido processo legal), auto-includente de todos os destinatários da normatividade no âmbito de pleno exercício e confirmação dos direitos fundamentais como agentes de sua própria integração social. Afasta-se assim uma jurisdição constitucional guardiã e paternal de direitos que se faça pela atividade dos juízes (assembleia de especialistas) que, em nome de uma razão estratégica que entende ilusórios ou decorativos os direitos fundamentais processualmente constitucionalizados, pudessem forjar uma realidade em louvor a uma artificiosa “paz social” sistêmica em nome de todos sustentada por uma jurisprudência de valores topicamente axiomatizada. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 170/172)

Assim, a teoria neo-institucionalista do processo propõe uma conceituação dentro dos paradigmas do Estado Democrático de Direito, proporcionando a legitimidade das decisões judiciais se o processo for realizado não só em contraditório, pois esse é princípio regente do procedimento, mas visto como instituição jurídica definido pelos fundamentos normativos constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia, para, dessa forma, dosar a atuação discricionária do julgador.

4 A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES E O ATIVISMO JUDICIAL

4.1 A jurisdição, o processo e a decisão

O Estado moderno possui estruturação definida por normas e princípios descritos na Constituição da República de 1988, definindo o exercício de funções estatais e mecanismos específicos de controle.

O Estado realiza-se por meio de um conjunto de atos, tarefas e atividades em geral, que se assentam na legislação positiva, conseguindo, dessa maneira, promover seus fins. É de acordo com esse entendimento que Zanobini afirma que o Estado provém a consecução de seus fins, por meio de uma série de atividades que constituem suas funções.

Para que possa realizar estes fins essenciais, o Estado deve constituir-se mediante um sistema de órgãos, através dos quais manifesta vontade e exerce funções. (BARACHO, 1984, p. 62).

Os órgãos que constituem o Estado não possuem soberania, na medida em que "é o Estado que detém a soberania em nome do povo, a comunidade política, sem a qual lhe faltaria o poder de criação e de aplicação das normas que edita para composição do seu ordenamento jurídico" (DIAS, 2004, p. 74).

Os "Poderes" estatais são unos e indivisíveis, mas não soberanos, tendo a legitimidade do exercício de suas funções limitadas ao texto normativo que são emanadas pela vontade popular, sendo, portanto, democráticas.

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 1998, p. 8).

Canotilho (2003, p. 892) define a jurisdição como sendo um "complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes".

O caráter instrumental da jurisdição, quando destinada a atuação dos conteúdos da lei, é bem elucidado por Ronaldo Bretas de Carvalho Dias.

[...] jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a

garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico. (DIAS, 2004, p. 83/84)⁵⁷

Em análise superficial e tradicionalista, a atividade legislativa se distingue da jurisdicional, uma vez que na primeira as partes assumem postura mais passiva, dependente do órgão legislativo; já na atividade jurisdicional, os envolvidos tem condições de participar efetivamente no processo formativo do direito através do devido processo legal.

Por essa característica de “que o direito, embora produzido superpartes no processo, seria preparado interpartes” (DIAS, 2004, p. 79) que não é possível aceitar uma “certa tendência incorreta de se situar o juiz no centro de gravidade do processo, reduzindo as partes à posição meramente passiva” (DIAS, 2004, p. 80).

Demonstra-se, portanto, que o processo não detém as mesmas finalidades da jurisdição estatal, tampouco que seja instrumento desta. Embora seja vinculado a uma estrutura procedimental, o processo decorre de uma racionalidade própria, balizando a jurisdição e legitimando as decisões pelo contraditório, ampla defesa e isonomia (devido processo legal).

Entretanto, tais distinções, na maioria das vezes, não são consideradas durante o exercício efetivo da jurisdição, tendo em vista as incoerências existentes no sistema jurídico-constitucional brasileiro, a jurisdição e a formação dos juizes que ingressam na magistratura.

O judiciário brasileiro possui competência ordinária e extraordinária, bem como controle difuso e concentrado da ordem constitucionais, além de garantir a efetividade do exercício de direitos e garantias constitucionais fundamentais. Mas não possui legitimidade constitucional para esse exercício funcional dentro da ordem democrática e da soberania popular.

Assim, a princípio, pode-se acreditar que a falta de legitimidade da jurisdição brasileira pode ser atribuída a falta de independência do judiciário, a incoerência

⁵⁷ O autor considera que a jurisdição é atividade do Estado-juiz na medida em que trata a jurisdição como atividade-dever do Estado, o que é refutado no presente trabalho. Contudo sua perspectiva de garantia do devido processo constitucional é de grande relevância para elucidação da dissertação. Inclusive, em recente trabalho, Dias (2012, p. 127) afirma que “[...] o processo constitucional concorre marcadamente para o fortalecimento da apontada legitimação democrática do Estado de Direito, seja o processo constitucional legislativo, seja o processo constitucional jurisdicional.”

entre o sistema jurídico e a falta de participação democrática, mas esse não é o caminho.

Há quem defenda que "a independência da magistratura é necessária para o povo" (DALLARI, 2008, p. 47) esquecendo-se que não é admissível que juízes não eleitos pelo sufrágio universal possam criar, invalidar ou controlar leis elaboradas por quem possui competência democrática para tanto.

Ademais, o juiz, ao julgar, não está sozinho no exercício de suas atribuições jurisdicionais, "afinal, do procedimento que prepara a decisão judicial, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os destinatários desse provimento jurisdicional" (CATTONI DE OLIVEIRA 2001, p. 153/154).

É certo que o princípio da separação de poderes não pode sobrepor a realização dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, mas não é necessário que o magistrado seja um Hércules, como defendido por Ronald Dworkin.

A participação do cidadão é determinante para caracterização da democracia, não necessariamente no processo legislativo, mas através de qualquer procedimento como afirma Baracho.

"A participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder. Essa participação é consagrada através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes." (BARACHO, 2006, p. 118)

Rosemiro Leal, em sua teoria neo-institucionalista do processo, afirma lucidamente que não há "jurisdição salvadora" pois

existem procedimentos discursivos implementáveis que podem concretizar a democracia prevista constitucionalmente e construída discursivamente. Inflar de poderes uma "jurisdição alternativa" é uma forma de "direito livre" que pode criar uma cultura de subversão da legalidade e da própria constitucionalidade em prol de fins justos e éticos que no fundo não são construídos democraticamente, mas milagrosamente por iluminados, por 'dadores de sentidos' tal quais pitonisas antigas que adivinham o justo. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 104)

Somente pela participação dos envolvidos, através de uma teoria processual adequada (neste caso defende-se a teoria neo-institucionalista do processo), que podemos efetivar uma jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional no direito democrático se opera pelos conteúdos do devido processo constitucional que é instituição discursiva e legalmente garantidora, a todos, de correição procedimental permanente da falibilidade do ordenamento jurídico e de confirmação popular das garantias e direitos constitucionalmente legislados, e não pela atividade guardiã do Estado-juiz numa relação jurídica entre pessoas (partes e decididores) sob a presidência majestática e livremente decisional do julgador. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 98)

Assim, a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito deve ser realizada obedecendo o princípio do devido processo legal (compreendido o contraditório, ampla defesa e isonomia), permitindo a participação efetiva dos destinatários na construção do provimento final, evitando, assim, qualquer subjetivismo, "discricionariedade ou a utilização de "hermenêutica canhestra", fundada no "prudente (ou livre) arbítrio do juiz" (DIAS, 2004, p. 86).

A teoria neo-institucionalista do processo possibilita a construção de um direito democrático dentro de um discurso participativo pelo conjunto dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 99/100)

A atenção a esses princípios pelos procedimentos coloca o processo numa posição decisiva para legitimidade do direito e da democracia, evitando decisões arbitrárias fazendo prevalecer o melhor argumento.

Tudo em razão da abertura de um espaço discursivo apropriado a participação na criação e aplicação do direito, possibilitando o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a partir da teoria neo-institucionalista que se compreende a necessidade do processo, onde estão presentes todos os envolvidos,

para o exercício da jurisdição sob o paradigma democrático, que não mais é compreendido com bases estatais.

A exposição sobre a jurisdição e o processo que possibilita maior compreensão procedimental no Estado Democrático de Direito que "passa pela institucionalização das condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las" (LEAL, Andre, 2008, p. 148), permitindo uma legitimidade decisória.

Os provimentos jurisdicionais não devem estar desvinculados de legitimidade democrática, que somente será possível no processo quando realizado pela teoria neo-institucionalista.

No plano do Direito Processual, em sua matriz neo-institucionalista, encontra-se uma proposta teórica consistente que explica como a principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) pode ser entendida como assecuratória dessas condições de legitimidade decisória, explicando como o princípio do discurso pode ser institucionalizado (princípio da democracia). (LEAL, André, 2008, p. 148)

Observa-se que a jurisdição e o processo (dentro da teoria neo-institucionalista) estão diretamente ligados à legitimidade decisória na bases do Estado Democrático de Direito, não podendo prevalecer qualquer resquício de solipsismo ou discricionariedade judicial.

4.2 Os princípios processuais constitucionais

Tendo em vista a preocupação pela manutenção de uma teoria da democracia e sua consistência, fez-se necessário estudar e compreender com atenção o processo e a jurisdição constitucional para assegurar os direitos e garantias fundamentais e a supremacia da Constituição.

"os direitos elencados na Constituição podem ampliar-se, de modo que a juridicidade, a efetividade e a justiciabilidade possam tornar concretos os direitos da cidadania. A jurisprudência constitucional propiciou a ampliação dos conceitos básicos de direitos e liberdades fundamentais." (BARACHO, 2003, p. 11)

Os direitos constitucionais não podem permanecer em abstrato na Constituição da República ou a sorte da sua efetivação por parte do poder público, sendo importante que estejam acessíveis aos cidadãos, procedimentos processuais,

também resguardados pela constituição (Princípios do acesso à justiça e do devido processo legal), que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais.

“O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua referência a valores ou da sua proximidade axiológica (da justiça, da ideia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios têm uma função normogênica e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as regras e os princípios, para serem activamente operantes, necessitem de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *'law in the books'* para uma *law in action* para uma *'living constitution'*”. (CANOTILHO, 2003, p. 1089)

Quando se falar em devido processo legal, Rosemiro Pereira Leal entende pela abrangência do contraditório, ampla defesa e da isonomia, na medida em que o processo constitucionalizado é uma:

“instituição jurídica com caracteriologia própria definida nos princípios que lhe são integrantes [...].
[...] não se definiria o Processo em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 109).

Na visão neo-institucionalista, marco teórico da presente dissertação, o processo é uma instituição constitucionalizada pelo devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia) como referência lógico-jurídico da procedimentalidade e pressuposto da legitimidade dos provimentos.

Segundo André Leal (2012, p. 344) somente "com um pensar crítico aberto a todos e demarcado pelos princípios constitucionais, do contraditório, da ampla defesa, e da isonomia, o devido processo passa a ser eixo de criação, interpretação, aplicação e reconstrução do direito democrático."

Dessa forma, os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e isonomia, que serão devidamente apresentados, são de observância obrigatória no exercício da jurisdição constitucional.

4.2.1 A inafastabilidade da jurisdição

Também conhecido como direito ao exercício de ação e de defesa ou do acesso à justiça, embora esta última expressão seja equivocada conforme bem esclarece Rosemiro Leal.

"modernamente, já não se pode confundir ação, no sentido de procedimento e ação como palavra integrante da expressão jurídica direito-de-ação, destinada a significar direito constitucionalizado incondicional de movimentar a jurisdição (...). (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 183)

Reafirma um princípio assegurado pela ordem constitucional que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (art. 5º, inciso XXXV da CR/88).

Trata-se de um dos marcos do direito democrático por possibilitar a abertura da via jurisdicional que, através do processo, irá proteger e assegurar os direitos fundamentais do cidadão contra atos lesivos pelos particulares ou pelo Estado.

A jurisdição não pode atuar sem a devida provocação pelo titular da pretensão resistida, sendo caracterizada pela sua inércia.

Assim, a jurisdição deve ser exercida, através do processo democrático, de modo a evitar violações a direitos, assegurando a dignidade da pessoa humana e permitindo a participação dos destinatários na construção de um provimento dentro dos parâmetros democráticos.

"O direito de ação consolida-se na compreensão de que todas as pessoas têm de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais, na concretização e exercício de seus direitos e interesses legítimos. A ação, considerada como direito público constitucional, é aceita pela doutrina." (BARACHO, 2000, p. 53)

O cidadão tem o direito à atividade jurisdicional necessária à realização do seu direito, ante a proibição da autotutela, e não somente ao acesso formal aos órgãos judiciais. "Desta forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social" (MARINONI, 1994, p. 57/58).

A inafastabilidade da jurisdição deve permitir que todos os temas e questionamentos problematizados, pela via jurisdicional, sejam democrática e

participativamente debatidos, através do processo, pelas partes (destinatários) que receberão seus efeitos.

A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos. (GONÇALVES, 1992, p. 171)

É pelo discurso e participação que os cidadãos conseguirão potencializar seus direitos com maior clareza e efetividade.

4.2.2 O devido processo legal

A Constituição da República de 1988, assumindo a democracia constitucional, dispõe expressamente, em seu artigo 5º, inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", como uma das garantias fundamentais para a plenitude da cidadania.

A amplitude deste princípio está além das bases do Estado Democrático de Direito, pois, ao lado da garantia da inafastabilidade da jurisdição, abrange o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, arcabouço de garantias processuais constitucionais.

Nesse caso, representa o direito de provocar a jurisdição para dedução de uma pretensão ou de defender-se amplamente em juízo, com direito a um provimento final do qual será afetado.

O devido processo legal é pressuposto necessário a construção da jurisdição democrática, não estando ligado ao direito material controvertido, mas a possibilidade de participação da construção do provimento, se respeitado o contraditório, a ampla defesa e a isonomia; é dizer o direito como resultado legítimo do processo e não como função do Estado-juiz.

"O devido processo exige que os litigantes tenham o benefício de um juízo amplo e imparcial, perante os tribunais. Seus direitos não se medem por leis sancionadas para afetá-los individualmente, mas por disposições jurídicas gerais, aplicáveis a todos aqueles que estão em condição similar." (BARACHO, 1980, p. 81)

Esse princípio, quando efetivado, revela-se como fonte de legitimidade para jurisdição constitucional ao proporcionar decisões participadas e coerentes, afastando a discricionariedade e o livre arbítrio do magistrado, confirmando que "em uma democracia o poder judiciário não pode de nenhuma forma escapar da opinião pública [...]"⁵⁸ (ANDOLINA, VIGNERA, 1990, p. 174/175 - Tradução nossa)

Rosemiro Leal esclarece que o devido processo legal ao adquirir status de direito fundamental assegurando constitucionalmente passou a ser conhecido como devido processo constitucional, sendo definido como

[...] a garantia (como dever do Estado) de realização desses procedimentos no plano do direito construído, mediante instalação do contraditório, observância da defesa plena, isonomia, direito ao advogado, gratuidade da jurisdição nas hipóteses de haver um conflito ou contenciosidade dos direitos pretendidos." (LEAL, Rosemiro, 2005b, p. 21)

Examinando o devido processo constitucional, Rosemiro Leal conclui pela correspondência entre devido processo legal e devido processo legislativo. O devido processo legislativo é realizado pelo próprio povo; e o devido processo legal pela realização do procedimento, garantido o contraditório, ampla defesa e isonomia, com a participação dos envolvidos na construção do provimento final.

Para Rosemiro Leal, o legítimo devido processo constitucional, além de compreender o texto normativo e sua interpretação, abrange a participação de todos que serão afetados pela decisão em um *process*.

o tópico da legitimidade de criação e aplicação do direito pelos marcos formais do PROCESSO CONSTITUCIONAL (sic) (due process of law), porquanto, no sistema de civil law em que a conduta só tem validade, eficácia e legitimidade pela dotação normativa da lei, não quer colocar em situações antagônicas as esferas de justificação e aplicação normativa, como se aquela fosse a vontade do legislador e esta a vontade do juiz, com exclusão da articulação argumentativa das partes (indivíduos, pessoas) que se faz pela estrutura procedimental constitucionalmente processualizada concretizadora do due process. (LEAL, 2005b, p. 17)

Nesse entendimento, a atuação das partes é essencial para construção da lei democraticamente pelo devido processo constitucional.

PARTE é o agente processual do DEVER-SER jurídico e não o SER jurídico que é a LEI em si mesma. A LEI é conquista histórica que, uma vez

⁵⁸ in una democrazia il potere giudiziario non può sottrarsi a forme di controllo della pubblica opinione [...]

construída democraticamente pela humanidade, só é modificável substituível ou extinguível, nas democracias plenas, pelo DEVER-SER jurídico in fieri, porque não seria possível, a não ser manu militaria, eliminar ou alterar a existência jurídica a partir de uma realidade popular (político-espacial) não jurídica, como querem os sociologistas (culturalistas, comunitaristas, empiristas)". (LEAL, 2005b, p. 22/23)

Observa-se que o devido processo é fundamental para o exercício da jurisdição, quando presentes o contraditório, ampla defesa e isonomia, momento em que os destinatários estarão em simétrica participação na construção da decisão, sob uma perspectiva democrática do processo.

4.2.3 O contraditório e a ampla defesa

Como demonstrando, o devido processo legal tem de comportar o contraditório e a ampla defesa, em sólida relação com o Estado Democrático de Direito, em um processo dialógico, possibilitando "efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, realizados através da distribuição de posições de simétrica igualdade, mutuamente implicadas entre si"⁵⁹ (PICARDI, 1998, p. 679 - Tradução nossa).

O devido processo legal, como instituição constitucionalizada e expressão maior das garantias processuais fundamentais do cidadão, explicitamente previsto na Constituição da República (art. 5º, incisos II, XXXV, LV e LIV da CR/88⁶⁰).

Importante ressaltar que, embora tratados conjuntamente, o contraditório e a ampla defesa são distintos. O contraditório visa disciplinar interesses contrapostos, oportunizando que os envolvidos participem em simétrica paridade de tratamento, com plena igualdade em todos os atos procedimentais, exercendo seus direitos e pretensões perante o órgão jurisdicional, contribuindo na construção do provimento final.

⁵⁹ effettiva corrispondenza e equivalenza fra i vari partecipanti, realizzata attraverso la distribuzione de posizioni simmetricamente uguali e mutuamente implicate fra loro.

⁶⁰ Art. 5º [...]

[...]

II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

[...]

XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

[...]

LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

[...]

LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

o contraditório entre os interessados e os contra-interessados não pode ser entendido como mera participação destes sujeitos no processo, mas a participação em simétrica paridade. É esta participação em simétrica paridade que define o contraditório, nesta nova concepção. (BARROS, 2003, p. 07)

Por sua vez, a ampla defesa é extensiva ao contraditório e a isonomia, cujo escopo principal é regular a efetiva "participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, [...], porque a defesa apenas poderá ser exercida de forma plena e ampla quando o direito à liberdade e de acesso a informação não for limitado". (ALMEIDA, Andrea, 2005, p. 71)

Assim, O contraditório e a ampla defesa permitem que todos envolvidos tenham as mesmas oportunidades, já que devem estar presente em todos os atos procedimentais, participando na construção do provimento e legitimando as decisões jurisdicionais para, dessa forma, garantir um provimento nos parâmetros democráticos.

"O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados." (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 78/79)

A integração entre o processo e a jurisdição constitucional demonstra o reconhecimento da supremacia da Constituição da República e a consagração dos princípios do contraditório e da ampla defesa como forma de repelir a arbitrariedade judicial.

Por isso, releva acentuar que outra finalidade não pode ter o processo para o juiz, senão, por sua principiologia instituída em norma fundamental, ensejar às partes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, da simétrica paridade (isonomia) de oportunidades e de efetiva participação na construção do provimento.

O dever-função jurisdicional cinge-se a garantir a vigência do instituto constitucional do *due process of law*, criado por norma fundamental no direito brasileiro (CR/88, art. 5º, LIV, LV), cuja teorização, na proposta de JUAN MONTERO AROCA e DI IORIO, desenvolve-se como direito jurisdicional criado pela instituição constitucional do PROCESSO.

No magistério de MELLO FILHO, a locução devido processo legal tem o sentido da cláusula *due process of law* do direito processual americano que, em suma, significa direito à citação, direito ao contraditório, direito à

assistência judiciária, direito à prova plena. O instituto do devido processo legal, mais que conjunto normativo de regência principiológica do proceder, há de ser entendido, também, tal qual se vê das lições de MICHEL STASSINOPOULOS, como *substantive due process of law*, porque tem fonte no princípio da legalidade (reserva legal). Com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da legalidade foi instituído por norma fundamental inscrita no art. 5º, II.

Eis por que não se pode aceitar, na atualidade do direito brasileiro, a versão trivial e emotiva de que o processo é instrumento da jurisdição e que esta, em se fazendo pelo juiz, tenha escopos metajurídicos que possam medir-se pelo sentimento de justiça do julgador e não pelos comandos e paradigmas da lei. O *due process* significa, em primeiro lugar, no quadro constitucional brasileiro, que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus actum sine lege*): é a precedência da lei à vontade jurisdicional e, se a lei constitucional assegura o contraditório, é este *conditio sine qua*, como afirma COMOGLIO, tanto do "direito-de-ação" quanto do "direito de defesa" que também é um "direito-de-ação-contrária".

[...]

Com efeito, se a ação é procedimento instaurado, proposto ou inaugurado pelo instrumento da petição inicial, o processo - que é o procedimento em contraditório - só correrá com a oportunidade legal ao réu, mediante citação válida, de se contrapor ou não ao pedido do autor. O contraditório, como bem esclarece o prof. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, é "garantia de participação, em simétrica paridade, das partes", é garantia de liberdade de dizer e contradizer, não é a contestação gráfica, o ato de excepcionar expressamente a ação do autor, mas a liberdade de as partes desdizerem ou não, de resistirem ou não, pretensões divergentes. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 18).

O contraditório e a ampla defesa não são princípios meramente formais ou escritos que possam ser aplicados, ou não, ao livre arbítrio judicial, mas sim de imperativos que devem ser efetivamente observados pelo magistrado, oportunizando o exercício pelos envolvidos, proporcionando uma construção deliberativa e participada da decisão.

São ferramentas processuais poderosas para exercício da liberdade e garantia constitucional com "a participação dos destinatários da atividade jurisdicional na construção de todas as etapas que levam ao provimento final em condições de igualdade e simetria" (FAZZALARI, 2001, p. 51).

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na "simétrica paridade" da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos. (GONÇALVES, 1992, p. 115).

O direito ao contraditório e a ampla defesa devem ser amplos, não podendo ser suprimido ou estreitado ao ponto de prejudicar seu exercício sob o risco de inconstitucionalidade do provimento final.

“A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 111).

Não se trata da efetiva participação das partes, mas sim da garantia de participação, uma vez que as partes não são obrigadas a agir ou exercer esse direito, podendo permanecer-se inertes, mas a critério individual e não a livre escolha do magistrado, na medida em que os envolvidos influem diretamente no provimento final do qual serão destinatários.

4.2.4 A isonomia

O imperativo constitucional dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. (art. 5º, *caput*, da CR/88), consagrando o princípio da isonomia.

Sua finalidade é garantir os mesmos direitos em todas as relações que envolverem o homem, de forma que a lei seja aplicada de modo igual para todos, mas não simplesmente de um tratamento igual perante o direito.

Para Rosemiro Leal (2008) a isonomia compreende uma igualdade processual pelo equilíbrio dos envolvidos no processo e não a tradicional conceituação de tratamento de igualdade entre os iguais e desigualdade entre os desiguais, na medida de suas desigualdades, pois o processo não procura criar direitos diferenciados, mas sim assegurar igualdade e a realização "construtiva do conhecimento" (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 88).

A isonomia jurídica pode ser considerada pela igualdade formal ou igualdade material. A igualdade material decorre do tratamento uniforme a todos homens perante o direito e qualquer tipo de oportunidade.

A Igualdade Formal está consagrada, expressamente, no texto constitucional, de forma expressa, desvinculando do pensamento, como dito anteriormente, de que igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam.

A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 111).

Dessa forma, o princípio da igualdade formalmente prescrito no texto constitucional tem força absoluta e integral quando se tratar de aplicá-lo às garantias processuais do cidadão, que serão destinatários da decisão jurisdicional, não havendo lugar para impedimentos ou privilégios.

O princípio da isonomia, assim como o contraditório e a ampla defesa, está inserido na abrangência do devido processo legal, tendo todos posição de relevância para construção do provimento final.

O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do Procedimento. Por isso é oportuno distinguir isonomia e simétrica paridade, porque essa significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 111).

Assim, a isonomia como princípio jurídico e processual pressupõe a existência de paridade a todos os sujeitos (igualdade), em qualquer esfera estatal (legislativa, administrativa ou judiciária), tendo em vista não ser possível que se estabeleçam privilégios e discriminações (ainda que econômica), sob pena de se ferir o conteúdo principiológico processual constitucional e, por consequência, a democracia.

4.3 A importância da constitucionalização dos princípios

Quando tratamos da constitucionalização dos princípios jurídicos, destacam-se como referencial as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, com a ideia de princípios como normas de caráter vinculativo, definindo, critérios para a diferenciação entre princípios e regras.

“regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. (ALEXY, 2008, p. 87)

Nesse sentido, Humberto Ávila esclarece que:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (AVILA, 2007, p. 78/79)

Para Alexy, tanto os princípios quanto as regras são normas jurídicas, ficando a distinção no âmbito de aplicação.

“Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. (ALEXY, 2008, p. 90/91).

Ronaldo Brêtas Dias, tratando da teoria de Alexy, salienta que a "diferença entre regras e princípios, segundo referido doutrinador, seria qualitativa e não de grau, porque, afinal de contas, conclui, toda norma é bem uma regra ou um princípio” (DIAS, 2004, p. 121)

A caracterização dos princípios com valores desenvolvida tanto por Alexy quanto por Dworkin, embora hajam relevantes distinções, acabam por, equivocadamente, concentrar nas mãos do julgador o destino das partes que serão afetados pela decisão, retirando qualquer possibilidade argumentativa.

Dworkin, consoante os ensinamentos de André Leal,

[...] mantém uma preocupação constante com a certeza e segurança jurídicas, Seu esforço concentra-se na demonstração de que existem direitos individuais que não podem ser afastados pelo Estado, sob pena de perda da legitimidade do Direito.

E a legitimidade do Direito, em Dworkin, assenta-se na condição de que todos os cidadão sejam tratados como iguais e que possam, por conseguinte, participar das deliberações acerca de seu destino e o de sua comunidade. (LEAL, André, 2002, p. 55)

Com esse entendimento, Dworkin critica os positivistas, na medida em que a simples aplicação de normas possibilita margem para lacunas jurídicas, razão pela qual defende a força da aplicação dos princípios jurídicos (escritos ou não), o que é criticado por Alexy.

Segundo Alexy, a teoria de Dworkin falha por não oferecer nenhum critério que estabelecesse preferibilidade entre princípios, o que dá origem à falha de operacionalidade de sua proposta.

[...]

E se princípios são comandos otimizáveis (e cambiáveis), incube ao juiz estabelecer a hierarquia de sua aplicação no sentido de buscar uma decisão justa. (LEAL, André, 2002, p. 71)

Embora, hajam semelhanças e distinções, são de grande relevância para o Direito as contribuições dos autores citados, mas sob a perspectiva democrática são totalmente inadequadas.

“No mundo de hoje, em que as conquistas teóricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, as decisões *secundum conscientiam* não têm substrato legal, porque adotam juízos de convicção íntima, sem que esta convicção esteja balizada em critérios legais. Atualmente, os princípios jurídicos se mostram fecundos em todas as legislações dos povos civilizados, não sendo mais acolhível apoiar-se em juízos de sensibilidade, clarividência e magnanimidade como fundamento dos provimentos jurisdicionais”. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 124)

A principiologia constitucional deve ser considerada sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, delineada a partir dos ensinamentos de Fazzalari (com a teoria do procedimento realizado em contraditório) e Habermas (com a teoria do discurso) e das teorias constitucionalista e neo-institucionalista, para compreensão do processo como instituição constitucionalizada.

“principiologia do processo na teoria neo-institucionalista exige o pressuposto jurídico-discursivo-autocrítico de exercício continuado de autoilustração e de fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo – POVO) sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma sociedade política a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada.

Caracteriza-se assim um paradigma teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante da normatividade expressa em possibilidades juridificantes de uma existência jurídica não posta por realidades sociais autopoiéticas nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos legislados”. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 507).

Apenas pela noção de processo como instituição constitucionalizada, fundada nos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, que se chega ao processo sob uma ótica democrática, isento de valores pessoais e morais, bem como do solipsismo do julgador, como defende Rosemiro Leal.

A principiologia constitucional que elevou o processo a um patamar superior ao conceituado pela relação jurídica (autor, réu e juiz), bem como desmistificou a ideia de ser o processo um instrumento da jurisdição, tornando-o mais adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

A interpretação tradicionalista dada à principiologia do Código de Processo Civil (CPC) coloca a jurisdição como atividade do juiz, como um ser dotado de poderes sobre-humanos, igualando a um herói, um Hércules⁶¹, responsável pela promoção da justiça, afastando qualquer participação democrática daqueles que realmente serão destinatários dos efeitos decisórios.

Sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, mostra-se impossível o processo sob prisma não constitucional, como o efetivo exercício da garantia de seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia), consoante a teoria neo-institucionalista do processo.

“cabe indagar o que significaria na Teoria do Direito a categoria do princípio que, para muitos, é grosseira e dogmaticamente entendido com a fonte dogmática de um texto, discurso ou exposição sobre determinado assunto. Entretanto, em direito, princípio é marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes”.(LEAL, Rosemiro, 2008, p. 96/97).

⁶¹ O juiz-hércules é uma figura construída por Dworkin (1999) para definir um juiz dotado de capacidade, sabedoria, paciência e conhecimentos para atribuir uma decisão justa para todos os casos.

Em um ambiente democrático, é inconcebível a concentração de poderes nas mãos de um julgador sob a atrasada perspectiva da jurisdição nas mãos de um Estado-juiz.

Os juízes devem assumir a função conferida pela norma constitucional, mas em um sistema de regras e princípios, respeitando o contraditório, à ampla defesa e à isonomia, não em exercício decisional solipsista.

Por isso é de grande relevância a contribuição de Fazzalari, ao apresentar o processo como uma série de procedimentos de estrutura dialética, com a participação dos destinatários na construção do provimento, a teoria do discurso habermasiano e a falseabilidade das teorias de Karl Popper, para evolução das teorias processuais na contemporaneidade.

4.4 A legitimidade do direito e a teoria normativa da democracia por Habermas

Quando se discorre sobre a democracia, principalmente quando relacionada aos princípios processuais constitucionais, o exercício da atividade jurisdicional e suas decisões proferidas, mister analisar as contribuições da teoria do discurso Habermasiano para a reflexão sobre a legitimidade do direito

O conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático desenvolvido por Kant e Rosseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais. (HABERMAS, 1997, p. 53).

A razão comunicativa de Habermas (1997) transporta-se para a atividade procedimental e processo jurisdicional, onde o discurso ocorre de forma livre, racional e crítica, como efetivação da democracia e da legitimidade das decisões para que decorram de discussões livres e igualitárias pela sociedade para que não predominem a força ou argumentos autoritários.

[...] possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um

esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade. A normatividade no sentido da orientação obrigatória do agir não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo. (HABERMAS, 1997, p. 20)

A legitimidade do direito em Habermas não está relacionado a positivação do direito, mas por razões que justificam os procedimentos para serem considerados legítimos quando reconhecido e obedecido por todos.

[...] legitimidade significa que há bons argumentos para que um ordenamento político seja reconhecido como justo e equânime; um ordenamento legítimo merece ser reconhecido. Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido. Com essa definição, sublinha-se que a legitimidade é uma exigência contestável; e que é (também) do reconhecimento (pelo menos factual) dessa exigência que depende a estabilidade de um ordenamento de poder. (HABERMAS, 1997, p. 219/220)

Em sua obra, "Direito e Democracia: entre facticidade e validade" a legitimidade do Direito é possível nos processos democráticos com formação da vontade e da opinião, não havendo uma subordinação entre o direito e a moral pois "são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais". (HABERMAS, 1997, p. 142)

A teoria do discurso no paradigma do Estado Democrático é fundamental para garantir que a sociedade participe na tomada de decisões que lhes afete, afastando a tradicional concepção de "poderes" estatais.

Se considerarmos as coisas pelo lado empírico, constataremos que há várias instituições envolvidas nessa produção e reprodução do direito em sociedades como a nossa, que preenchem simultânea e respectivamente várias funções. No Estado de Direito Democrático, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisões dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam, a função da aplicação de leis não assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. A função de execução das leis é exercida pelo governo pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas. (HABERMAS, 1997, p. 243).

Habermas sustenta que é pelo discurso que se exerce a integração social do direito, na medida em que "saem do papel de sujeitos privados do direito e

assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada" (HABERMAS, 2003a, P. 52).

Possibilitando que os indivíduos participem na elaboração da norma e não tenham postura passiva como meros destinatários, refuta-se o autoritarismo estatal e atraindo a legitimidade do processo legislativo democrático.

o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica -, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas do direito. (HABERMAS, 1997, p. 313)

Assim, a teoria do discurso deve assumir uma forma jurídica denominado princípio da democracia, onde as leis passam por um processo jurídico de normatização discursiva.

[...] o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário. (HABERMAS, 1997, p. 158)

Sustenta, ainda, que "a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas" (HABERMAS, 1997, p. 245)

Em que pesem a relevantes contribuições trazidas pelo discurso habermasiano, Rosemiro Leal faz uma crítica salientando que a teoria não se efetiva por simples interações comunicativas.

Habermas só poderia ser factível pelo modelo e estrutura espaço-temporal regida pelo Processo como instituição constitucionalizada jurídico-principiológica e não por quaisquer interações comunicativas procedimentais ocorrentes na base cultural de produção do direito, ainda que constitucionalmente permissíveis. (LEAL, Rosemiro, 2005b. p. 98)

Assim, embora a teoria discursiva tenha importância para legitimação democrática do Direito, ao enfatizar a co-originariedade entre direito e moral na construção da racionalidade discursiva e colocar o procedimento no centro de sua reflexão, sua teoria não traz sustentação conceitual para uma teoria processual democrática.

Assim, a teoria da democracia em Habermas carece da principiologia jurídica da teoria do processo institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque ao imaginar uma procedimentalidade como médium lingüístico da passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia não se estabeleceu a índole dessa procedimentalidade neutra e canalizadora de argumentos que se conduziram por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade jusracionalista pelos direitos humanos com abandono do médium discursivo autoilustrativo de sua própria construção jurídica. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 178)

É pelas consideráveis contribuições da teoria do discurso, conjuntamente com outras já apresentadas, bem como a falta de uma principiologia jurídica da teoria do processo que Rosemiro Leal sustenta a importância da teoria neo-institucionalista do processo para legitimidade dos provimentos jurisdicionais.

Por conseguinte, é de se reclamar uma teoria (neo) institucionalista do processo, voltada a qualificar o discurso da procedimentalidade fundante do direito democrático, a que nos dedicamos, em que seja o processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberania legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. Estes princípios, que são integrantes conceituais do processo nessa concepção, assumem, nas comunidades constitucionalmente implantadas, caráter jurídico-instrumental de tornarem irrestrito o direito-de-ação à fiscalidade processual, popular e incessante, dos direitos fundamentais assegurados. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 178)

O que importa são os valiosos ensinamentos trazidos ao direito, em principal ao direito processual, no sentido de repensar a legitimidade do direito e das decisões judiciais, por meio da lógica discursiva, refutando as decisões solipsistas, reafirmando as bases do Estado Democrático de Direito.

4.5 A ilegitimidade das decisões e o Estado Democrático de Direito: Uma resposta pela teoria neo-institucionalista do processo

Passado por todo este acervo teórico, verifica-se que a teoria da relação jurídica Bulowiana foi o marco histórico da fundação do direito processual moderno. Mas é importante ressaltar que, na perspectiva atual, a teoria da relação jurídica apresenta falhas ao atribuir ao juiz a liberdade de interpretação, onde a sentença é um ato solipsista, vinculadas as convicções pessoais, gerando grave problema de legitimidade.

O que se tem, portanto, é que a jurisdição dos processualistas tradicionais fica confinada ao resultado da atividade cerebrina (solipsista e monológica) do julgador na solução de conflitos, e com o objetivo de restaurar a paz social, fazendo-o em nome de um Estado que, ademais, não raro, é a própria nacionalidade encarnada, como se vê em Bülow. (LEAL, André, 2012, p. 339)

Em contrapartida, Elio Fazzalari desenvolve a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, com a participação efetiva dos interessados, em simétrica paridade, na construção do provimento final.

Se, então, o procedimento é regulado de modo que as pessoas envolvidas participem na esfera jurídica, cujo ato final está destinado a produzir efeitos (de modo que o autor desse deva ter em conta suas atividades), e se tal participação é combinada com interesses contrapostos (aqueles que aspiram à emanção do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que pretendem evitá-la – ‘contra-interessados’-) estejam em plano de simétrica paridade; então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do gênero ‘procedimento’ é permitido destaca a espécie ‘processo’.⁶² (FAZZALARI, 2001, p. 61 - Tradução nossa)

Nesta teoria, embora numa perspectiva distinta da relação jurídica quanto a diferenciação do processo e do procedimento, Fazzalari não afasta totalmente a jurisdição como atividade do Estado-juiz.

⁶² Se, poi, il procedimento è regolato in modo che vi partecipino anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti (talché l'autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è congegnata in modo che i contrapposti ‘interessati’ (quelli che aspirano alla emanazione dell'atto finale – ‘interessati’ in senso stretto – e quelli che vogliono evitarla – ‘controinteressati’-) siano sul piano di dimmstrica parità; allora il procedimento comprende il ‘contraddittorio’, si fa più articolato e complesso, e dal genus ‘procedimento’ è consentito enucleare la species ‘processo’.

[...] embora o processo seja preparatório do provimento, e não mais relação jurídica a serviço da jurisdição, o próprio provimento ainda permanece no âmbito da vontade de órgãos públicos, cuja emissão é precedida pelo processo. Isso se reforça quando o autor trata do provimento que denomina de jurisdicional.

[...]

Ora, se ainda que preparado pelo procedimento ou se em contraditório, pelo processo, o provimento continua sendo comando ou ordem judicial, o processo encampa novamente a questão da atividade do julgador e da força do Estado, mantendo-se intocado o problema da jurisdição como atividade do juiz a minar o esforço fazzalariano. (LEAL, André, 2008, p. 115/116)

Mesmo vinculando a jurisdição como atividade estatal pelo magistrado, a teoria do procedimento realizado em contraditório como preparatório para o provimento final "determinará, a partir do direito legislado vigente, o restabelecimento de dada situação de fato à sua conformidade com o direito". (LEAL, André, p. 118)

Tem-se, em suma, o 'processo' quando em uma ou mais fases de formação de um ato é contemplada não só pela participação – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que estes possam desenvolver atividade cujo autor do ato deve ter em conta os resultados, ou seja, ele pode desatender, mas não ignorar⁶³. (FAZZALARI, 2001, p. 83 - Tradução nossa)

Em momento seguinte, os estudos feitos por Italo Andolina e Giuseppe Vignera para Teoria Constitucionalista do processo apontam a relevância dos princípios constitucionais para uma jurisdição democrática e a legitimidade das decisões.

Normas e princípios constitucionais concernentes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas em sua complexidade, possibilitam ao intérprete determinar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, susceptível de formar o objeto de uma exposição unitária⁶⁴. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 07 - Tradução nossa)

Os teóricos afirmam, segundo André Leal, que sua teoria "se destina à explicitação dos aspectos que devem ser atendidos para que os procedimentos

⁶³ C'è, insomma, 'processo' quando in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto; i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare".

⁶⁴ Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete de disegnare um vero e próprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto de uma esposizione unitária.

criados pela norma infra-constitucional se amoldem às determinações presentes na constituição." (LEAL, André, 2002, p. 87)

[...] por meio de garantias processuais constitucionais também chamadas de tutela constitucional do processo [...]. Com isso, impõe-se ao Estado o exercício da jurisdição constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais em situações concretas, além do clássico controle de constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos normativos estatais, que já era alcançado pela jurisdição constitucional. (DIAS, 2004, p. 91)

Observa-se que toda construção do direito processual foi no sentido de tornar as decisões judiciais legitimadas por uma democracia participativa, livres de discricionariedade e do solipsismo judicial.

Assim, incorporando as propostas do modelo constitucional do processo, Rosemiro Pereira Leal propõe uma teoria neo-institucionalista do processo, atento as contribuições de um procedimento pautado no discurso e no devido processo constitucionalizado, e não como simples procedimento realizado em contraditório.

O contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, conveniência ou de discricionariedade do julgador". (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 49)

Utilizando-se dos princípios processuais constitucionais e da teoria de falseabilidade de Popper, a teoria neo-institucionalista trabalha o processo jurídicos sob o prisma de uma sociedade democrática, suprimindo a lacuna deixada pela teoria discursiva de Habermas.

Rosemiro Leal faz uma comparação entre a teoria discursiva e a discricionariedade, passando pelo critério de falseabilidade, e propõe na teoria neo-institucionalista "uma visão do processo ligada às condições de legitimação das decisões judiciais já alinhada ao paradigma do Estado Democrático de Direito." (LEAL, André, 2002, p. 90)

A cidadania, como núcleo da democracia, não pode permanecer fora da esfera a jurisdição e do processo, devendo não só o ordenamento jurídico, como as decisões, ser passível de fiscalização por aqueles que serão destinatários de seus efeitos.

Esse é um conceito da contemporaneidade, visto que a legitimidade do direito não está adstrito a norma escrita, mas na possibilidade de construção e fiscalização irrestrita por toda comunidade jurídica.

Por conseguinte, o Estado na pós-modernidade, seja como Administração-Governativa ou espaço da procedimentalidade jurídica, não é mais o todo do ordenamento jurídico, mas está no ordenamento jurídico em situação homotópica (isonômica) com outras instituições e com esta se articula de modo interdependente e num regime jurídico de subsidiariedade recíproca. O Processo, como instituição jurídica desse mesmo ordenamento jurídico, define-se como bloco de condicionamentos do exercício da Jurisdição na solução dos conflitos e da validade da tutela jurisdicional, que, não sendo um ato ou meio ritualístico, sentencial e solitário do Estado-juiz, é o provimento construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do Processo. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 53)

O Estado Democrático de Direito é construído pelo devido processo constitucional (devido processo legal e o devido processo legislativo), um espaço constitucionalizado para que os destinatários das normas também sejam considerados autores destas.

O Estado democrático de direito, em sua acepção pós-metafísica e pósconvencional, é um espaço judicemente institucionalizado a uma constante aprendizagem processual de exercício testificador dos direitos fundamentais (criados e garantidos pelo devido processo constitucional) em que os destinatários da normatividade legislada legitimam a validade e a eficácia do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal irrestrito (aberto a todos como fundamento da soberania popular), mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis por um controle confirmativo ou recriativo de constitucionalidade do direito posto (plebiscitarização da fiscalidade jurídica). (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 145)

Inclusive, para melhor elucidação do tema proposto, ao afirmar a incompatibilidade do ativismo judicial com o Estado Democrático de Direito, não nos referimos sob a perspectiva de uma postura ativista do magistrado em impulsionar os procedimentos judiciais de forma a garantir o exercício do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia).

A incompatibilidade proposta é aquele ativismo judicial exclusivamente no momento de proferir o provimento final, oportunidade em que o magistrado acaba por excluir a participação democratizada pelos que serão afetados pela decisão, para proferir um julgamento solipsista e autoritário.

É nessa perspectiva que as decisões pautadas no ativismo judicial são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, devendo os provimentos ser legitimados pela teoria neo-institucionalista do processo.

A democracia pressupõe o governo do povo, pelo povo e para o povo, onde a normatização é função legislativa e a solução de litígios função do judiciário. O ativismo judicial encontra-se exatamente no ponto de divisão entre o direito e a política, onde o juiz assume a postura de legislador para criar normas ou fazer cumprir direitos fundamentais sob argumentos de morosidade legislativa, legislação ineficaz ou lacunosa.

Quando o direito se confunde com a política estamos diante de uma patente violação ao princípio da tripartição de poderes e uma grave violação a democracia nacional.

Por mais que existam problemas políticos, desprestígio da lei, ineficiência legislativa, malversação de recursos públicos, dentre outros problemas conhecidos pela sociedade, não pode o Poder Judiciário, na busca de uma solução, assumir um papel de competência exclusiva do legislador.

Assim, para atender aos preceitos de um Estado Democrático de Direito, deve-se atribuir legitimidade as decisões jurisdicionais, o que só acontecerá através do processo nos moldes da teoria neo-institucionalista e não pelo ativismo judicial, por total incompatibilidade.

É preciso afastar qualquer ideia que coloque o órgão jurisdicional em posição de superioridade ou como atividade solipsista e discricionária do Juiz.

É muito comum, nos livros de Direito Processual, falar-se em livre arbítrio e discricionariedade no exercício da jurisdição quando, atualmente, com as conquistas históricas de direitos fundamentais incorporadas ao PROCESSO, como instrumentalizador e legitimador da Jurisdição, a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos seqüenciais a que se obriga o órgão jurisdicional pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao PROCESSO. Portanto, não há para o órgão jurisdicional qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, quebrar-seia a garantia da simétrica paridade dos sujeitos do processo” (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 41)

Essa estrutura processual, além de ultrapassada, é incompatível com os paradigmas democráticos contemporâneos. A democracia somente é alcançável por

uma estrutura normativa constitucional com atuação dos indivíduos como exercício de cidadania.

[...] é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 28)

O exercício de cidadania, nesse caso, se concretizaria pelo processo, fundamentado no princípio do devido processo legal, englobando o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, construindo, assim, uma sociedade democrática.

Não mais nos orientamos atualmente por um processo histórico (causalidade histórica) fora das constituições em concepções fatalistas e inescapáveis (ortodoxomarxista) a determinar a consciência dos homens, mas o que se busca é a construção de uma sociedade (não causalidade sociológica) que passe pelo processo democrático do exercício coletivo das conquistas históricas jurídico-normativas de todos igualmente decidirem o devir. Claro que tal esforço teórico tem seus fundamentos na instituição constitucionalizada do PROCESSO que se define pelos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, condutores dialógicos (afirmações-negações) no espaço político de juridificação (edificação jurídicosistemática) dessa nova realidade esperada. (LEAL, Rosemiro, 2008, p. 95)

Por tal razão a teoria neo-institucionalista demonstra a debilidade das decisões monológicas, refutando a decisão judicial discricionária e solitárias e propugnando sua submissão ao devido processo legal como garantia do Estado Democrático de Direito.

Essa perda semântica do sentido interdito da decisão (decisionismo pela autoridade-vontade executiva), cujo resgate ainda foi lamentavelmente tentado por Carl Schmitt, possibilitou o enquadramento teórico da decisão no conceito de provimento do hodierno direito processual italiano, que, com Fazzalari, significando julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes, adquiriu conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento. Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 26/27)

Considerando que os provimentos devem se submeter ao devido processo constitucional (devido processo legislativo e devido processo legal), os destinatários não podem permanecer passivos, uma vez que estes serão afetados pelos efeitos dessas decisões.

É na pós-modernidade concebida por um direito que não se contenta com pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação de uma paz sistêmica, em que os destinatários das normas são clientes passivos da legalidade produzida, é que se realizaria a legitimidade do direito, mediante a estruturação procedimental criadora de situações jurídicas pelo devido processo legislativo. Tais situações jurídicas se submetem a correções também processualizadas pelo devido processo legal, como ponto de fuga da modernidade secularizada cuja produção jurídica se manifesta insuficientemente validada por uma razão prescritiva que, mesmo ocasionalmente apartada da tradição, ainda assim se impõe por uma deontologia (árbitro) do saber técnico-jurisprudencial de assembléias de especialistas paternalizadoras de decisões não preparadas procedimentalmente numa relação normativa espaço-temporal em simétrica paridade construtivo-estrutural com os componentes da comunidade jurídica. (LEAL, Rosemiro, 2002, p. 29)

Assim, para que os destinatários da decisão se reconheçam como seus autores é imprescindível que participem, em contraditório e simétrica paridade, na construção do provimento para, assim, "gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões" (LEAL, André, 2002, p. 105).

o magistrado é apenas mais um dos interlocutores, aquele que, por função, mediará, através das regras construídas por uma legislação processualizada, as pretensões das partes, tudo de forma a visar, sempre, o esclarecimento e pacificação pela razão. A função jurisdicional, portanto, é a que responde pelo dever de garantir a vigência da instituição do Processo (LEAL, Rosemiro, 2005c, p.42)

Trata-se de uma democracia participativa onde as decisões precisam ser legítimas através de um processo de aceitação social. Nesse sentido, a legitimidade democrática do Poder Judiciário só é possível se os provimentos forem construídos por seus interessados dentro do processo com a presença dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia nos preceitos da Teoria neo-institucionalista do Processo.

Ao proferir decisões o magistrado não pode desconsiderar a argumentação das partes sob pena de furto o devido processo legal, imperativo constitucional que deve ser observado, ou tornará o provimento ilegítimo e até, inconstitucional. Somente com a observação dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia, que é possível a construção discursiva do provimento dentro dos moldes do Estado Democrático de Direito.

Compete às partes, e não ao juiz por um ato isolado, a construção das "bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões" (LEAL, André, 2002, p. 105).

A questão de fundo que é deslembada pela afirmativa de que o juiz é livre para decidir, bastando que motive 'racionalmente' sua decisão, é exatamente a da própria 'racionalidade' decisional no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante mera indicação de textos legais e de fórmulas de que se utilizara para aplicação das normas ao caso posto extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória. (LEAL, André, 2002. p. 104/105)

Por isso que o processo como instituição constitucionalizada pelo contraditório, ampla defesa e isonomia (devido processo legal), por uma estrutura procedimental com a participação daqueles que serão destinatários dos efeitos decisórios, que será possível a legitimidade dos provimentos dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

O ativismo judicial surgiu, supostamente, como forma de resolver a omissão legiferante e efetivar direitos fundamentais por imperatividade constitucional, sendo adotado não só pelo Supremo Tribunal Federal, como também, em instâncias inferiores.

O grande aumento das ações judiciais e a impossibilidade do *non liquet* tem sido a justificativa para esse protagonismo do Poder Judiciário e da criação do direito pela jurisprudência, que viabiliza diversas interpretações ativistas a pretexto de, supostamente, efetivar direitos e garantias fundamentais, bem como preencher lacunas não suprimidas pelo órgão legislativo.

Ronald Dworkin preconiza um modelo teórico na tentativa de habilitar o Poder Judiciário a superar os obstáculos e lacunas normativas comparando a figura do magistrado a um Hércules dotado de conhecimentos superiores (sobre-humano) a qualquer indivíduo, capaz de apresentar a resposta mais adequada ao caso em julgamento.

A teoria Dworkiana não é adequada no paradigma democrático por possibilitar uma interpretação construtiva da lei e dos princípios (escritos ou não) a ser aplicado em determinado caso concreto. Entretanto, essa interpretação estará eivada de discricionariedade e autoritarismo, características incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

O solipsismo decisório conduz a um "governo de juízes" que acabam criando direitos vinculados a valores morais e pessoais, ainda que se tratem de decisões motivadas em princípios; sem falar na grave ofensa ao princípio da separação de poderes e, por consequência, a democracia.

É certo que o sistema jurídico brasileiro exige mudanças pontuais que nem sempre são atendidas pelo Poder Legislativo, que, por omissão ou ineficiência, acaba obrigando o cidadão a recorrer ao Poder Judiciário, que deverá proferir uma decisão ao direito pretendido.

Mas não é porque houve provocação que o órgão jurisdicional deve excluir qualquer possibilidade de integração ou participação social na construção da decisão, dando preferência ao ativismo judicial, ainda que seja fundado na efetivação do exercício de direitos fundamentais ou suprir lacunas normativas.

O ativismo judicial é incompatível com o Estado Democrático de Direito, sendo inconcebível aceitar que os provimentos ocorram por atos solipsistas e discricionários, não tendo como se falar em legitimidade dessas decisões.

A democracia é princípio basilar da Constituição da República de 1988 que preceitua, também, princípios básicos que devem ser observados para assegurar a democracia, bem como proporcionar a legitimidade das decisões, que será possível através do processo.

A teoria discursiva de Habermas, o processo como procedimento realizado em contraditório de Elio Fazzalari e a teoria da falseabilidade de Karl Popper, são determinantes para contribuir a legitimidade das decisões judiciais através da institucionalização de procedimentos que permitam a participação para construção de um provimento livre de discricionariedade, autoridade, convicções pessoais e opiniões políticas.

Para tanto, é imprescindível uma teoria processual adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito capaz de especificar condições essenciais para que prevaleçam o devido processo legal, com a participação dos envolvidos em contraditório, ampla defesa e isonomia, e não pela arbitrariedade solipsista.

Essa participação no procedimento é cabível aos destinatários do provimento, para que possam se reconhecer como seus autores, até porque a jurisdição não pode ser considerada como atividade exclusiva do juiz. Fazzalari, ao distinguir processo e procedimento, não afasta por completo a jurisdição como exercício do poder Estatal.

Ante as teorias processuais apresentadas no curso do trabalho e pelos princípios expresso na constituição que se torna possível a reflexão sobre a legitimidade das decisões pela teoria neo-institucionalista do processo, a mais adequada para proporcionar um discurso participativo.

Demonstrou-se que o processo é concebido como conjunto de princípios constitucionais processuais (contraditório, ampla defesa e isonomia) capaz a efetivar garantias dos quais resultaram os provimentos, que somente será possível pela participação daqueles que serão destinatários de seus efeitos.

O Processo deve servir como instrumento de cidadania, sendo inconcebível a construção das decisões sem observância do devido processo legal pautado na teoria neo-institucionalista do processo, em que devem ser observadas as razões deduzidas pelas partes durante todo procedimento.

Se o ativismo judicial fosse utilizado numa perspectiva de em impulsionar os atos procedimentais de forma a garantir o exercício do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia) pelas partes, poderia ser compatível com o Estado Democrático de Direito.

Mas sendo o ativismo judicial verificado tão só durante o provimento final, como ato discricionário e isolado do magistrado, não podemos aceitar como compatível com as bases democráticas do ordenamento jurídico.

Por tal razão que o processo, sob um paradigma discursivo democrático sustentado pela Teoria neo-institucionalista, seguindo o princípio do devido processo legal, abrangendo o contraditório, ampla defesa e a isonomia (isomênia, isotopia e isocritica), propiciando a auto-inclusão dos destinatários, fazendo com que se sintam interpretes e criadores do provimento dentro de um procedimento constitucionalizado.

A legitimidade decisória é construída a partir da abertura de um espaço discursivo a todos os envolvidos, dentro de uma estrutura procedimental constitucionalizada, livre da arbitrariedade, discricionariedade, de valores morais e pessoais, respeitando as bases do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Heck, Luis Afonso. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica & legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512/ativismo-judicial/1>>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 8. 3d. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano** – Corso di Lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

ANNOUSSAMY, David. **la Justice en Inde, les Cahiers de l'IHEJ**. Paris-França: Institut des Hautes Études sur la Justice, 1996.

ANNOUSSAMY, David. **Le droit Indien en marche**. Paris-França: Société de Législation Comparée, 2001.

APPIO, Eduardo. **Ativismo Judiciário: Em uma democracia, os fins nunca justificam os meios** – disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/69219,1>. 2008. Acesso em 16 de janeiro de 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALAKRISHNAN, K. G. (Presidente da Suprema Corte da Índia). **Prática do controle de constitucionalidade nos dias de hoje**. Palestra em 15 de agosto de 2008 no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bicentenarioPalestra/anexo/IndiaPortugues.pdf>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2011.

BALL, David T. **The historical origins of judicial review: 1536-1803. The duty to resist tyranny**. Queenston: The Edwin Mellen Press, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo e Constituição**: O Devido Processo Legal. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG (Nova Fase), Belo Horizonte, ns°. 23,24,25, p. 59 – 103, 1980,81,82.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. In: Revista de Direito Comparado da UFMG, v.4, p. 49 – 131, Belo Horizonte, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional** – aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. v. 1. Belo Horizonte: VirtuaJus, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. disponível em http://www.abecip.org.br/imagens/corpo_da_home/publicacoes_e_artigos/art20100204-04.pdf, acesso em 15 de dezembro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, in Atualidade Jurídicas, n. 4, jan/fev 2009, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 15 de dezembro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). **Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional**. In FERANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação Constitucional: Reflexão Sobre a (Nova) Hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8 ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional**. 2. Vol. Coleção curso e concurso. Edilson Mougnot Bonfim (Coordenação). São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo: Editora Manoele, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BON, Pierre. **Le conseil constitutionnel français**. In: LAVROFF, Dimitri, et. al. La Pratique Constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.783, de 23 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade**. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1981. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social**. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade. nº 12. DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Carlos Brito. Julgada em 20-08-2008. Publicada no DJ de 18-12-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. último acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12-11-2008. Publicado no DJe-071 de 17-04-2009. Disponível <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. último acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção nº 712-8 - Pará**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, julgado em 25-10-2007. Publicado no DJ de 25-10-2008. Disponível <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção nº 721- 7. Distrito Federal.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, julgado em 30-08-2007. Publicado no DJ de 30/11/2007. Disponível <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>. último acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20916-0-DF.** Tribunal Pleno. Relator:p/ Acórdão. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11-10-1989. Publicado no DJ 26-03-1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85366>. último acesso em 27-05-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20927-DF.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 11-10-1989. Publicado no DJ 15-04-1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>. último acesso em 27/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23780-5. Maranhão.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF. Julgado em 28/09/2005. Publicado no DJe- 03-03-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021>. acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 579.951-4- Rio Grande do Norte.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Julgado em 20/08/2008. Publicado no DJe- 24-10-2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>. acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22610.** Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília. 25-10-2007. Republicada no DJ de 11 de março de 2008. Disponível em <http://www.tse.jus.br/internet/legislacao/eleitoral.htm>. acesso em 12 de janeiro de 2012.

BÜLOW, Oskar Von. **Excepciones y presupuestos procesales.** Buenos Aires: Europa-América, 1964.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** 3ª Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição.** 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAVES, Terezinha Ribeiro Chaves in **Estudos continuados de teoria do processo**. LEAL, Rosemiro (coord.). v. III. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CHOUDHRY, Sujit and HUNTER, CLAIRE. **Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE**. In: McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill. vol. 48, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido **Teoria Geral do Processo**. 14^a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COLUCCI Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto. **Lições de Teoria Geral do Processo**. 4. ed – 3^o tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Uma introdução ao estudo do Processo Constitucional**. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords). **Direito Processual** - estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Pádua: Cedam, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Ativismo Judicial e Política**. Revista Jurídica Consulex,. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. de A. M. Botelho Hespanha e I.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Unwritten Constitutional Principles**. In: HUSCROFT, Grant (Ed.) *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>><<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

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

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

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

JULL, Robert. **Some Reflections on Judicial Activism**. USA: Library of Congress, 2000.

JUNIOR, Faustino da Rosa, **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**. disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833, acessado em 16 de dezembro de 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. Tradução Luis Carlos Borges. Martins Afonso: São Paulo. 2007.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **Inconsistências do direito ao recurso como meio de acesso ao duplo grau de jurisdição**. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords). **Direito Processual** - estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das ações afirmativas**. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada – Temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e Hermenêutica constitucional a partir do Estado Democrático de Direito**. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada – Temática processual e reflexões jurídicas**, 2005b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria da Defesa no Processo Civil**. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005c.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 7 Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC**. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords). **Direito Processual** - estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LERNER, Hanna. “**Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case**”, in *Constellations*, vol 11, n. 2, 2004.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MELLO, Celso de. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>, acesso em 17 de janeiro de 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social** – revitalizando as regras do jogo democrático. Manole, 2002.

PEKELIS, Alexander. **La tecla para una ciencia jurídica estimativa**. in El actual pensamiento jurídico norteamericano. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951.

PICARDI, Nicola. **Il principio del contraddittorio**. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 03, p. 673 – 681, luglio/settembre, 1998.

PINHEIRO, Victor Marcel; DA SILVA, Virgílio Afonso. **O STF como legislador negativo**. 2006. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2012.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de derecho comparado**. Barcelona: Ariel, 1987.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. 5. ed. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UNB, 1982.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. (tradução de Milton Amado). V. I. 3. Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998a.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. (tradução de Milton Amado). V. II. 3. Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998b.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo**: uma abordagem evolucionária. (tradução de Milton Amado) Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. Princeton: Princeton University Press, 2006.

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

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA JUNIOR, Faustino da. **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**, disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833, acessado em 13 de janeiro de 2012.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. **Politização e Legitimidade Discursiva do Judiciário na Democracia Constitucional**. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/13_62.pdf. acesso em 11 de dezembro de 2011.

SAHA, Arpita. **Judicial Activism in India: a necessary evil**. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156979>. Acesso em: 14 de dezembro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional: justiça, segurança jurídica e verdade**. 2008. 237 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Reflexões sobre o método comparado no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjorn e& TATE, Neal. **The Global Expansion of Judicial Power.** The judicialization of Politics. New York, New York University Press, 1995.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e Interpretación.** Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho. Madrid: Dykinson, 2007.