

DISCRIÇÃO E ATIVISMO: DESAFIOS DEMOCRÁTICOS DIANTE DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL¹

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini



Nos dias de hoje ninguém mais duvida, no cenário jurídico global, da importância das questões que envolvem a judicialização da política. Trata-se de fenômeno que certamente demandará de todos a necessária atualização do conceito de “controle normativo”² exercido pelo Poder Judiciário nas sociedades democráticas. Isso certamente provocará a necessidade de revisão crítica de alguns dos fundamentos teóricos que orientam o agir judicial³.

Essa problematização tem solicitado aos juristas a adoção de novos posicionamentos a respeito de princípios já há muito consolidados em nossa cultura jurídica e política, como ocorre com os *dogmas* da separação de poderes e a expectativa de neutralidade política dos órgãos jurisdicionais⁴.

¹ Professor do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Líder do Grupo de Pesquisa “O elemento hermenêutico na jurisdição Constitucional – IDP/CNPQ.

² CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luis Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 17/42.

³ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luis Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 17/42..

⁴ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luis Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 17/42..

A partir da observação da expansão do poder judicial em âmbito global, pode-se notar que tal difusão desse poder é causa e efeito de um crescente ativismo judicial que tem origem na progressiva mobilização política das sociedades ocidentais⁵.

Como ponto de partida, podemos afirmar que a chamada *judicialização da política* decorre de efeito análogo ao observado no fenômeno da *politização da justiça*. A análise desse tema diz respeito às peculiaridades alusivas à participação do Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

Nesse ponto, convém observar que a política pode ser judicializada na medida em que passe a se valer de métodos tipicamente jurídicos na solução de suas demandas de cunho político, o que se mostra possível em duas situações distintas: 1) primeiramente, por meio da possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas na órbita dos poderes executivo e legislativo. O sistema de *checks and balances* e a constitucionalização de direitos permitem, segundo Neal TATE e Torbjorn VALLINDER, uma adequada visualização desse fenômeno⁶; 2) em segundo lugar, decorre da adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do poder executivo e legislativo.

Para TATE e VALLINDER⁷ as origens históricas da expansão do poder judicial estão coerentemente conectadas a fatos como o colapso do socialismo real na Europa, bem como a imagem política hegemônica, em um âmbito global, ostentada pelos Estados Unidos da América. Para os autores,

⁵ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luis Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 17/42..

⁶ TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: University Press: 1995.

⁷ TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: University Press: 1995.

tais peculiaridades podem explicar a influência desse modelo em democracias periféricas, como decorrência de seu crescente influxo no âmbito mundial. Evidentemente, outros fatores afloram como causa desse fenômeno, sendo visíveis, por exemplo, no desenvolvimento dos mecanismos do *judicial review*.

No Brasil, muito embora seja reconhecida a escassez de estudos acerca da correlação entre o funcionamento dos tribunais e sua repercussão na democracia⁸, alguns trabalhos testificam como a atuação de juízes, advogados e demais atores dos processos judiciais acabam repercutindo na vida política da sociedade, influenciando, inclusive, “a formulação e implementação de políticas públicas, a distribuição da riqueza e a definição de identidades sociais”⁹.

Nesse particular, é conveniente examinar a repercussão política de certas decisões judiciais, e, portanto, de como ocorre a interação entre o processo judicial e o sistema da política, notadamente no que se relaciona à adoção de determinadas políticas públicas¹⁰.

De forma correlata, pode-se indagar sobre a dimensão e a intensidade dos efeitos gerados pela judicialização da política em relação ao trabalho dos juízes, disso se inferindo a importância da questão afeta à responsabilidade democrática destes no que toca ao tema da “concretização dos direitos de cidadania”¹¹. Como consequência, a discussão se alastra para o

⁸ CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, 12 (34), junho de 1997, p. 147-156.

⁹ CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, 12 (34), junho de 1997, p. 147.

¹⁰ CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, 12 (34), junho de 1997, p. 147.

¹¹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. ALCEU – Vol. 05, nº 09, pp. 105-113 – julho/dezembro de 2004, p. 110.

foro de uma tematização que certamente é essencial nos debates jurídicos a respeito da compatibilidade desse protagonismo judicial com o constitucionalismo democrático, ou acerca das consequências geradas no pressuposto consenso, ainda que formal, acerca de princípios jurídicos universais, inscritos na história política de nossa sociedade.

Essas considerações abrem margem para reflexões próprias ao tema da criatividade da atividade jurisdicional. Sobre o tema, convém rememorar a diretriz utilizada no trabalho de Mauro CAPPELLETTI. Em sua obra “Juízes Legisladores?”¹² o autor aborda explicitamente o problema alusivo à possibilidade da participação, pelo juiz, da atividade de criação do direito. Suas ponderações partem do pressuposto de que a interpretação do direito traz consigo certo grau de criatividade, que, embora relativa, consubstancia um necessário contrapeso, em uma relação de *checks and balances*, em relação aos outros ramos do poder estatal¹³. CAPPELLETTI defende ainda um necessário ativismo judicial, indispensável à atividade interpretativa de preceitos normativos, em virtude do caráter “vago, fluido e programático”¹⁴ das normas jurídicas e dos direitos referidos a elas, notadamente no que se refere ao julgamento de questões afetas a interesses coletivos ou difusos¹⁵.

Tal ativismo não pode ser confundido com atividade legislativa ou executiva, pois, diferentemente destas, o trabalho jurisdicional se caracteriza pela adoção, por parte dos juízes, de uma atitude formalmente passiva, tributária de um modelo de procedimento condicionado à iniciativa do autor em levar sua

¹² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 19.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 60.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 60.

pretensão a um tribunal¹⁶.

A importância do trabalho de CAPPELLETTI reside no fato de que não pretende dar uma solução final para a questão do ativismo judicial. Sua tese consiste na afirmação de que o grau de criatividade dos juízes é balizado por complexas situações contingentes...

[...] de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.¹⁷

Com efeito, seguindo esses parâmetros, CAPPELLETTI sustenta que não só o ativismo judicial em excesso pode ser visto como elemento de afirmação de compromissos partidários por parte do magistrado, mas também a adoção de uma demasiada “cautela conservadora do juiz”¹⁸.

Ao se posicionar criticamente a respeito da crença da representatividade plena, que decorre dos sistemas políticos de inspiração liberal, CAPPELLETTI defende uma expressiva participação dos tribunais na realização da representação política democrática, o que pode ser alcançado por meio de um amplo acesso ao processo judicial. Tal assertiva é fruto da percepção do autor no sentido de repudiar a noção de democracia como uma mera idéia majoritária, o que é correlato à proposição segundo a qual a elaboração da lei caracteriza um procedimento substancialmente democrático.

Algumas questões podem ser suscitadas a partir da análise acerca do ativismo judicial propugnado por

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 76.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 92.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 92.

CAPPELLETTI. A primeira delas diz respeito à eventual possibilidade de manutenção de um sistema democrático liberal, fundamentado na idéia de separação de poderes, diante da aceitabilidade dessa postura judicial; como consequência, a segunda está conectada ao sentido e alcance do ativismo judicial em um sistema que se orienta pelo princípio do *rule of law*¹⁹. Essa segunda questão pede ainda a devida atenção à identificação da natureza dos argumentos utilizados pelos juízes em suas manifestações e se essa conduta judicial importa, necessariamente, em discricção, ou seja, se para a consecução desse ativismo é necessária a incorporação, à retórica jurídica, de argumentos extra-jurídicos. Assim, a indagação dirige-se também à possibilidade de justificar a validade substantiva de suas decisões.

Pela ordem das proposições acima pontuadas, cumpre investigar se o ativismo judicial exposto por CAPPELLETTI tem o condão de afrontar, de alguma forma, a manutenção de um sistema democrático liberal que, segundo o senso comum reinante, está respaldado na idéia de separação de poderes.

Convém insistir que vivemos hoje sob a égide de influências marcantes de uma orientação política sustentada na neutralidade da atividade judicial, fundamentada na obrigação do juiz em se limitar a aplicar normas jurídicas pressupostas, elaboradas por um poder legislativo democrático, em um sistema político representativo. Essa construção, no entanto, deixa sem resposta os questionamentos a respeito da possível efetividade das normas jurídicas, ou, em outras palavras, à possibilidade de observância real de seus preceitos no âmbito da vida social.

Demais disso, é necessária muita cautela diante da propugnada “teoria da separação dos poderes” atribuída a

¹⁹ SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford Press, p. 102 - 107.

MONTESQUIEU²⁰. Observe-se, com efeito, que o Livro XI do *Espírito das Leis*, denominado “Das leis que formam a liberdade política em relação com a constituição”, nada menciona sobre a teoria da separação ou divisão de poderes, como consta em diversas versões e traduções da referida obra²¹.

Para Maurizio FIORAVANTI²², o sentido atribuído ao mencionado Livro XI diz respeito ao equilíbrio que deve haver entre os poderes estatais. Assim, seguindo a mesma linha do pensamento de LOCKE, a obra de MONTESQUIEU encontra-se entre duas perspectivas diametralmente opostas que eram justamente o poder absoluto, despótico, em contraposição ao poder moderado. Dessa feita...

[...] tanto la monarquía quanto la democracia pueden asumir una configuración despótica: la primera olvidando sus conexiones históricas con los “poderes intermedios”, con la nobleza y con los autónomos ordenamientos de las ciudades, y recusando además la decisiva función de los “cuerpos políticos”, en esencia de los parlamentos; la segunda, dejándose dominar por el principio de la “igualdad extrema”, que inevitablemente conduce al pueblo a querer “hacerlo todo por sí, deliberar en lugar del Senado, ejecutar en lugar de los magistrados y desautorizar a todos los jueces”²³.

O regime político moderado pressuponha, ao contrário,

²⁰ MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, Barón de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: EdUnb, 1982.

²¹ GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Introdução à História do Pensamento Político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211-235.

²² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion – De la antigüedad a nestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 97.

²³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion – De la antigüedad a nestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 97..

uma Constituição que fosse capaz de manter esses poderes “diferenciados e em posição de equilíbrio”²⁴.

Como se sabe, a inspiração de MONTESQUIEU, para a concepção dessas idéias, partiu da observação do sistema político inglês do Século XVIII. Seu escopo foi o de conciliar a liberdade política com o exercício do poder estatal, afirmando que o regime político moderado, ou seja, aquele em que se mostra possível o estabelecimento de freios e contrapesos entre o poder executivo e legislativo, é o que pode, efetivamente, garantir a existência dos direitos individuais²⁵.

Nessa mesma linha, a afirmação de três espécies de poder estatal, elencadas no Capítulo VI do Livro XI, como “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem os direitos das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil”²⁶, sendo este último o “poder de julgar”²⁷, não corresponde, seguramente, ao que ficou posteriormente conhecido como fundamento dos estados democráticos de direito, inscrito como tal nas constituições modernas, mas como a “divisão ponderada do poder entre rei, a nobreza e o povo”²⁸. *Não representou*, ademais, justificativa histórica para a afirmação de poderes “independentes”, mas afirmou a divisão e o equilíbrio entre os três distintos modos de afirmação do poder público. *Não pretendeu*, em absoluto, naturalizar uma divisão de poderes isolados, mas sim proporcionar a

²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitution – De la antigüedad a nestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 97..

²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitution – De la antigüedad a nestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 98.

²⁶ MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, Barón de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: EdUnb, 1982, p. 187.

²⁷ MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, Barón de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: EdUnb, 1982., p. 187.

²⁸ GRIESBACH, Carlos Fabrício. *A teoria política em Montesquieu*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Introdução à História do Pensamento Político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232.

combinação de potências²⁹, passíveis de determinação de suas possibilidades ou exclusões³⁰. *Não afirmou* a “separação dos poderes no sentido jurídico”³¹, mas lançou as bases para a fundamentação de um equilíbrio dos próprios poderes sociais, tendo como *telos* a consolidação da liberdade em seu sentido político³².

Foram as revoluções americana e francesa, do final do Século 18, que promoveram uma radicalização do conceito de separação das diferentes funções do poder estatal, na mesma medida em que se observava uma revolução no conceito de soberania. A partir da afirmação da soberania do povo, a separação dessas funções passou a significar, a um só tempo, uma eficaz imunização contra os perigos do totalitarismo despótico e, como consequência, a possibilidade de consolidação de direitos subjetivos em face do Estado.

Por outro lado, como traço indelével da modernidade, a

²⁹ Aqui é conveniente reiterar a célebre advertência de ALTHUSSER a respeito desse tema: “Contentando-se em revelar, sob as aparências míticas da separação dos poderes, a operação real de uma divisão dos poderes entre diferentes forças políticas corre-se o risco, parece-me, de alimentar a ilusão de uma divisão *natural* que se explica por si e responde a uma equidade evidente. Passamos dos poderes às potências. Mudaram os termos? O problema continua o mesmo: trata-se sempre de equilíbrio e de divisão. Este é o último mito que desejaria denunciar. O que pode esclarecer o significado desta divisão e de seus pressupostos é, bem entendido, o facto de em MONTESQUIEU se tratar de combinação de potências e não de separação de poderes, de se examinar quais são entre todas as interferências possíveis de um poder sobre outro, entre todas as combinações possíveis dos poderes entre si, as interferências e as combinações absolutamente excluídas.” ALTHUSSER. Louis. *Montesquieu a política e a história*. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença, 1977, p. 135.

³⁰ Para ALTHUSSER (*ibidem*, p. 136) excluem-se as combinações em duas circunstâncias, quais sejam, quando o legislativo se imiscui nas funções do executivo ou quando o executivo adentre nas atribuições do judiciário. Neste último caso cairia a monarquia no despostimo.

³¹ GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Introdução à História do Pensamento Político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233.

³² GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Introdução à História do Pensamento Político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233.

mencionada separação provocou, sobretudo, a aceleração de um processo de diferenciação funcional do direito segundo as prescrições de uma positividade que, assumindo a condição de aquisição evolutiva da sociedade, propiciou a criação de estruturas de expectativas de comportamento devidamente institucionalizadas como invariáveis e variáveis, como expectativas normativas de comportamento e como expectativas cognitivas de comportamento³³.

Não há dúvida de que os lineamentos modernos que margeiam a distinção entre política e direito se fundamentam na perspectiva histórica de legitimação da resistência aos excessos do poder estatal. Essa tematização, que decorre da teorização da sociedade política empreendida originalmente pelos pensadores tomistas, passa necessariamente pela definição dos direitos dos sujeitos como poderes, a partir do desenvolvimento da teoria de Guilherme de OCCAM e seus seguidores³⁴, e, posteriormente, por Jacques ALMAIN e John MAIR³⁵, e também por Francisco SUÁREZ. O núcleo dessa afirmação, que ganhou força a partir da segunda metade do Século 16, foi constituído a partir da redefinição do conceito de *ius* que, para SUÁREZ, além de denotar apenas o que é certo³⁶, passou a significar...

[...] uma certa capacidade moral que todos possuem – uma capacidade que permite justificar a participação em certos tipos de ação normativa.

³³ DE GIORGI, Rafaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979.

³⁴ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 450-462.

³⁵ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 450-462.

³⁶ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 450-462.

Assim, *ius* não diz respeito somente a “justeza”, mas também a “direitos”, no sentido de ter-se direito em relação a determinada coisa.³⁷

Tal proposição teve uma enorme influência na teoria política de SUÁREZ que, a partir da concepção subjetiva dos direitos, passou a afirmar que os súditos de um governo tirânico têm o direito de resistir à autoridade do príncipe³⁸.

Segundo Niklas LUHMANN³⁹, essa questão da resistência é central para a compreensão da tensão entre os sistemas do direito e da política, na medida em que seu histórico estabelecimento constitui premissa no sentido de legitimar a resistência contra os excessos do poder político.

Com efeito, o fechamento operacional dos sistemas do direito e da política corresponde à própria democratização da política e à positividade do direito, como fenômenos reciprocamente considerados. Convém lembrar, nesse sentido, que a democratização da política cria demandas jurídicas de proteção dos indivíduos, notadamente em face dos direitos constitucionalmente assegurados. É inegável, mesmo assim, que o direito e a política, enquanto sistemas operacionalmente fechados, se orientam por códigos próprios que, embora sujeitos a irritações e interferências recíprocas e simultâneas, todavia não sincrônicas, estão respaldados na idéia de clausura autopoietica, a denotar a impossibilidade de transgressão dos códigos dos sistemas considerados⁴⁰.

A diferença entre os referidos códigos fica evidente ao

³⁷ SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 450-462.

³⁸ SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 450-462.

³⁹ LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Transl. Kalus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, p. 361.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Transl. Kalus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, p. 357.

considerarmos que a política rege-se por critérios de poder hierárquico, inseridos na estrutura burocrática do Estado e no binômio governo/oposição⁴¹. Com efeito, para LUHMANN...

...The schema government/opposition becomes the 'form', the 'code' of political system in the sense that the form has an internal side and the code has a positive, connective side, where the action is. But the inner side of the form is only what it is because there is the other side where alternatives are available.⁴²

Quer parecer curial, nesse particular, que a política, ao se confrontar com um contexto altamente complexo, tem em seu código os vetores decisórios para um posicionamento acerca da escolha das matérias a serem tratadas, o momento da decisão e a articulação do necessário acordo e de consenso⁴³, suficiente e possível, alcançado por meio de coalizões que legitimem suas operações intrassistêmicas.

O direito é regido por uma programação condicional, em uma relação se/então. Essa operação realiza-se segundo a lógica da dupla negação do *non liquet*, princípio segundo o qual o juiz não está autorizado a não decidir.

Essa sofisticada correlação entre sistemas determina, de forma recíproca, a democratização da política e a positividade do direito. Logo, a clausura operacional do direito e da política consubstancia um pressuposto indispensável para a existência de um regime democrático, pois, a partir dessa interferência recíproca, a Constituição passa a ser significada por um sentido político e um sentido jurídico.

Firmados esses lineamentos, cumpre destacar que o

⁴¹ LUHMANN, Niklas. Teoría política en el Estado de Bienestar. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 57.

⁴² LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Transl. Kalus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, p. 367.

⁴³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ativismo proposto por CAPPELLETTI não se respalda em uma teoria que tende a abolir o princípio ou pretenda superar o *dogma* da separação dos poderes.

A associação da assertividade judicial, denominada de ativismo, no que se entende com a interpretação de normas jurídicas, deve ter em mente que o problema do direito, a partir de meados do Século 20, não está mais necessariamente conectado à “Jurisprudência dos Conceitos”, tampouco deve ser vista como o voluntarismo que dominou o cenário a partir das proposições do Movimento do Direito Livre.

Segundo Karl LARENZ, a “discussão metodológica atual do direito”⁴⁴ está ainda fundamentada na questão da passagem da jurisprudência dos interesses à jurisprudência dos valores.

O termo *ativismo*, nesse contexto, não denota *militância política* ou *ideológica*, que são apenas os sentidos possíveis que lhe são coloquialmente atribuídos, mas aponta, em termos filosóficos, para uma primazia da ação. É essa a questão que está dimensionada nas tematizações empreendidas por Friedrich MÜLLER e Joseph ESSER, para citar apenas estes nomes.

Como sabido, a tese de MÜLLER a esse respeito está respaldada na afirmação segundo a qual o texto da norma é apenas um ponto de partida mediante o qual determinado problema jurídico é resolvido. A decisão, nesse sentido, deve apenas guardar compatibilidade com o texto, “que constituiria baliza da concretização possível”⁴⁵.

Ao proceder à distinção entre o domínio e o programa da norma, como uma dialética entre fatos que compõem a “realidade da vida”⁴⁶ e o preceito normado, aqui considerado

⁴⁴ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Trad José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 162-166.

⁴⁵ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Trad José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 183.

⁴⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Trad José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 184.

uma pauta ordenadora obtida no decurso da interpretação do texto da norma⁴⁷, MÜLLER esclarece seu entendimento de que a norma, que está na lei, demanda, para sua aplicação, uma necessária intermediação do juiz no sentido de clarificar e determinar seu sentido.

A distinção entre os sistemas da legislação e da jurisdição não se resume, portanto, à determinação de funções de produção e aplicação de regras jurídicas, respectivamente, em sentido estanque. Em verdade, o que afirma a distinção das operações realizadas em ambos os sistemas é que seus códigos demarcam as condutas levadas a efeito por seus partícipes. Dessa feita, o complexo código do sistema do direito se diferencia do código da política, não em virtude da obrigação do juiz em se manter passivo no plano substancial, mas em decorrência, em princípio, do imperativo de sua neutralidade no plano procedimental, a denotar uma atitude de imparcialidade diante das partes⁴⁸.

Essas considerações atestam o acerto das conclusões de CAPPELLETTI, assinaladas acima, sobre a linha distintiva entre as atividades jurisdicional e política, reiterando ser dispensável, para justificar o ativismo judicial, a substituição de uma pela outra. Aliás, o próprio mestre italiano é enfático ao afirmar que cabe ao juiz temperar sua conduta de acordo com as contingências percebidas na órbita de ambos os sistemas assinalados, a fim de buscar a neutralidade, que é a marca de sua conduta no processo⁴⁹.

Logo, se aceitarmos ditas premissas, podemos concordar com a afirmação de que a quebra da neutralidade do juiz não se dá apenas diante de seu ativismo, mas pode restar também

⁴⁷LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Trad José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 184.

⁴⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Ideología e Interpretación Jurídica. Madrid: Technos, 1993, p. 111.

⁴⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Ideología e Interpretación Jurídica. Madrid: Technos, 1993, p. 92.

evidenciada com a manifestação de atitudes conservadoras. Ambos os extremos se mostram como formas de partidarização do juiz, e, a abstenção do magistrado, por comodismo, inclinações pessoais, timidez ou qualquer característica pessoal sua, diante de situações peculiares da atividade judicante, também consubstanciará uma forma de compromisso político com certas tendências dominantes na sociedade, em dados momentos de sua história.

A propugnada neutralidade do juiz, no campo substancial demandará, para CAPPELLETTI, uma certa audácia ativista do juiz, um esforço na obtenção do equilíbrio e uma atitude alerta diante das peculiaridades da vida social circundante.

Não se deve atribuir, por conseguinte, uma feição partidária ao agir criativo do juiz pelo simples fato de ser criativo, tampouco confundir a passividade processual – essa bem entendida como a atitude de imparcialidade do juiz – com omissão no âmbito substancial. A lição de Luis Prieto SANCHÍS corrobora tal assertiva, senão vejamos:

Tal vez por ello es corriente encontrar, sobre todo en la literatura más “realista”, la expresión “juez-legislador”; una terminología que resulta sin duda expresiva y que, en mi opinión, puede ser aceptada si concibimos la función legislativa en sentido amplio, como proceso de creación jurídica. En términos rigurosos, sin embargo, no parece que la creatividad judicial pueda ser equiparada a la legislativa, y ello no solo en virtud de los principios de supremacía y reserva de ley, cuya virtualidad es al fin e al cabo contingente por más que en los sistemas modernos desempeñe una real eficacia, sino sobre todo por la especial posición que ocupan los jueces y por las características que definen el proceso jurisdiccional.

Creo que este aspecto ha sido estudiado

correctamente por CAPPELLETTI: lo que hace que un juez sea un juez y que un tribunal sea un tribunal, no es su no creatividad y, por tanto, su pasividad en el plano sustancial, sino más bien su pasividad procesal, es decir, la conexión de su actividad decisional con los casos y controversias, y especialmente con las “partes” que aparecen en tales casos concretos, lo que por su vez exige una actitud de imparcialidad, así como un grado suficiente de independencia.⁵⁰

Nesse sentido, a atividade jurisdicional só pode efetivamente ser levada a termo se os magistrados abandonarem uma visão dos fenômenos sociais sob o prisma de um “positivismo legalista estreito”⁵¹, passando a compreender a atividade criadora da jurisdição e sua responsabilidade enquanto idealizador e concretizador do processo de desenvolvimento do direito⁵². Tal compreensão passa pela observação do direito segundo um critério de realização contínua do direito enquanto *law in action* e demanda, seguramente, uma posição ativa do juiz ao aplicar e revelar o direito.

Em direção análoga, mas sob prisma distinto, Fábio Konder COMPARATO afirma que a política, no sentido de um programa de ação, consubstancia “uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”⁵³, sem olvidar de que cabe ao

⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Ideología e Interpretación Jurídica. Madrid: Technos, 1993, p. 111.

⁵¹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Trad José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 190.

⁵² LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Trad José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.190.

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 351-355.

judiciário deliberar a respeito de questões políticas. De fato, é requisito indispensável para a existência de um regime democrático o respeito aos direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário ser estruturado para cumprir a função de garantir a soberania do povo, dirigida à realização desses direitos⁵⁴. Quanto ao mais esclarece:

Ao judiciário, segundo entendo, não se haveria de atribuir o poder constitucional de criar políticas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas na própria Constituição ou em lei, ou adotadas pelo governo dentro dos quadros legais.⁵⁵

A par dessas considerações, podemos entender que o ativismo judicial, no sentido de afirmar uma ação para impor a execução de políticas públicas já determinadas pela Constituição e pelas leis, aptas à realização dos direitos fundamentais, se realiza por meio de uma atividade estritamente judicial. Esse agir é desencadeado por meio de um remédio jurídico constitucional próprio, devidamente previsto no ordenamento jurídico pressuposto.

Dessa feita, é imperioso concordar com Andréas KRELL⁵⁶ quando afirma que o Judiciário deve aceitar essa feição mais ativa de seu agir, controlando e exigindo o cumprimento “do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social”⁵⁷. Um Judiciário “intervencionista”⁵⁸ que assuma

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Regime Democrático. São Paulo: Revista Estudos Avançados, vol. 18, nº 51, 2004.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. As Novas Funções Judiciais no Estado Moderno. In: Revista da Ajuris, n.º 37, Porto Alegre: Ajuris, 1986.

⁵⁶ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54-57.

⁵⁷ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54-57.

suas responsabilidades legais, controlando a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos à vida social, “exigindo a implementação de políticas sociais eficientes”⁵⁹, o que, embora demandem uma crescente criatividade do julgador, “não o torna um legislador”⁶⁰.

Outro aspecto importante da discussão ora examinada consiste em saber se o ativismo propugnado por CAPPELLETTI se compatibiliza com o princípio do *rule of law*⁶¹, ou seja, se as decisões na esfera jurisdicional devem ser determinadas por um direito a elas preexistente, condição tal que, se observada, pode determinar a possibilidade de proferimento de uma resposta correta a um determinado caso concreto, sem a intervenção do arbítrio do juiz.

A determinação da norma jurídica como dado deontológico prévio produz ainda o efeito de estabelecer as regras básicas de comportamento social, criando expectativas a respeito das condutas humanas, bem como as consequências que decorrem das obrigações e pretensões criadas em favor dos sujeitos de direito. Demais disso, o que garante o princípio da *rule of law* é a prévia determinação de direitos subjetivos básicos que devem ser observados pelo legislador e pelos tribunais, sendo considerados verdadeiras condições de existência de uma Constituição democrática.

⁵⁸ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54-57.

⁵⁹ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54-57.

⁶⁰ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54-57.

⁶¹ SUNSTEIN, Cass. Legal Reasoning and Political Conflict. Oxford: Oxford University Press, p. 102 - 105.

Para Cass SUNSTEIN⁶², o princípio da rule of law é orientado por normas jurídicas consistentes e determinadas, devidamente diferenciadas quanto aos seus momentos de elaboração e de aplicação.

Isso se explica pelas determinações históricas de seu processo de criação, diretamente conectadas a dois eventos de magnitude, como o desenvolvimento dos estatutes no direito inglês e, posteriormente, o conceito, em evolução, da constitutio, emergente da experiência revolucionária norte-americana⁶³. Tais fenômenos foram fundamentais para a afirmação do moderno constitucionalismo como imposição de limites ao poder.

Partindo-se do pressuposto de que as ponderações de Mauro CAPPELLETTI a respeito da discricção do juiz têm em conta uma justificada responsabilidade do julgador ao eleger suas escolhas, é inegável o acerto da conclusão no sentido de que a conduta do magistrado é matizada por elementos de apreciação relativos a valores e balanceamentos. Esses valores, a seu turno, serão sempre orientados de acordo com critérios práticos e atentos às implicações morais de cada escolha⁶⁴.

No âmbito das possibilidades discursivas dos magistrados, é inegável também que o apelo aos argumentos da lógica abstrata ou da análise linguística puramente formal, acaba cedendo, muitas vezes, ao uso de linhas argumentativas mais diversificadas, com acesso aos temas afetos à política, economia, história e outras matérias afins⁶⁵. Dessa feita, não se

⁶²SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 102/106.

⁶³ ROSENFELD, Michel. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity*. In Rosenfeld M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 3.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 33.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 33.

pode afastar a ligação entre a discricção e a ação intencional de escolha desses parâmetros, sendo aqui conveniente estabelecer as devidas distinções e conexões entre a discricção judicial e o ativismo dos juízes.

A discricção é tema afeto ao poder de escolha dentro de uma determinada ordem normativa e diante das margens impostas por essas mesmas normas pressupostas. A importância da discricção judicial pode ser justificada pelo princípio do *non liquet* e em virtude da indispensabilidade da jurisdição. O tema já foi suficientemente desenvolvido na concepção do direito segundo os moldes do positivismo clássico, sendo muito visível nos critérios de integração de lacunas de normas, sobretudo em virtude do desenvolvimento, no direito continental europeu, da Escola Pandectista.

No direito administrativo, está bem difundida na doutrina a idéia da discricção já pressuposta “na hipótese ou no mandamento da norma”⁶⁶, no sentido de que a análise dos elementos alusivos ao motivo e ao objeto do ato administrativo “podem conter juízos discricionários”.⁶⁷

A discricção é preponderante ainda na densificação de conceitos jurídicos indeterminados, em virtude da textura aberta da linguagem jurídica, uma vez que a atividade judicante contém, em si, uma acentuada carga de criatividade, no sentido de produzir o ato jurídico “dentro da moldura da norma jurídica aplicanda”⁶⁸.

Sobre esse tema, a doutrina de Herbert HART⁶⁹

⁶⁶ KRELL, Andreas. Discricionarietà Administrativa e Protezione Ambientale – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004, p. 34.

⁶⁷ KRELL, Andreas. Discricionarietà Administrativa e Protezione Ambientale – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004, p. 34 .

⁶⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: 1976, p. 470.

⁶⁹ HART. Herbert. O Conceito de Direito. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 335.

preconiza que os casos de ocorrência de indeterminação ou incompletude das regras de direito devem ser solucionados com recurso à discricção judicial⁷⁰. Nesse sentido, o juiz cria direito para o caso concreto, “em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente”⁷¹. No particular, HART enfatiza que o juiz, ao apreciar casos não previamente regulados, cria direito, e, ao mesmo tempo, aplica o direito posto, na medida de sua adequação às restrições ao seu poder de criação⁷².

Para Ronald DWORKIN⁷³, no entanto, além do problema da legitimidade de uma atividade de criação do direito, afeto ao critério de escolha dos juízes, que se daria sem sufrágio dos cidadãos, não há como se defender uma discricção judicial no sentido forte, ou seja, em uma feição claramente legiferante para casos não atingidos pela legislação precedente.

Essa visão, sob o prisma de uma feição normativa dos princípios, tem em conta a possibilidade de levar-se a efeito a discricção judicial somente para o caso de tratar-se de sua feição fraca, ou seja, para aquelas hipóteses em que a decisão verse sobre situações jurídicas intrincadas, a demandar um raciocínio jurídico complexo, no sentido de buscar uma resposta jurisdicional correta⁷⁴.

A discricção forte, no sentido atribuído por HART⁷⁵,

⁷⁰ Também a esse respeito: CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 93.

⁷¹ Também a esse respeito: CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 93.

⁷² CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 93.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50/51.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 53-57.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 53-57.

sugere a possibilidade de escolha entre diversas alternativas de ação, quando não existir, pelos critérios normativos precedentes, uma decisão correta para o caso, devendo o julgador proceder como um “legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas crenças e valores”⁷⁶.

A questão objeto de dissenso entre HART e DWORKIN mostra sua importância na medida em que pressupõe um caráter substantivo do ordenamento jurídico, perguntando-se sobre a viabilidade do conceito hartiano de indeterminação do direito e de adoção da discricção judicial como forma de remediá-lo. Em verdade, seja na perspectiva de um agir discricionário forte, em virtude da crença na indeterminação do sistema de normas, seja na adoção de uma discricção débil, em decorrência da complexidade dos casos a examinar, a verdade é que o juiz acaba por fazer escolhas.

Ora, as opções de estratégia do agir judicial podem bem ocorrer nas hipóteses de predileção a um, entre os princípios concorrentes levados em conta no procedimento analógico de construção dos silogismos que orientam sua decisão, e que são frutos da dialetização própria ao processo, pois pode haver a possibilidade de que dois ou mais princípios contraditórios tenham igual dimensão normativo-constitucional. Convém admitir que inexistente um critério minimamente plausível de prefiguração dos pesos que os respectivos princípios possam ter quando da averiguação do caso concreto. Tal critério seria justificável somente diante de uma homogeneidade de princípios e valores, compatível com um modelo de objetivismo moral que, para nós, é completamente inadmissível.

As precisas lições de Marina Gascón ABELLÁN corroboram tais assertivas, na medida em que afirmam os sistemas jurídicos como uma “produção normativa muito

⁷⁶ HART. Herbert. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 336.

dilatada no tempo”⁷⁷, e que, por isso mesmo, “são fruto não de uma, mas de muitas políticas jurídicas contrastantes entre si”⁷⁸ que determinaram a incorporação, no sistema de normas, de “uma grande quantidade de princípios e regras incompatíveis”⁷⁹, mostrando-se insustentável a crença no sentido de que apenas o critério estabelecido por uma linha doutrinária política tenha a idoneidade de justificar a aplicação de regras e princípios subsistentes em um sistema altamente complexo.

Diante da ausência desses critérios constitucionais, conformadores das escolhas principiológicas resultantes de uma determinada linha argumentativa adotada em uma decisão judicial, poder-se-ia muito bem cogitar na possibilidade de que dois ou mais juízes, que encarnassem a figura heróica de Hércules, pudessem chegar a decisões diametralmente opostas em certas circunstâncias, ante a análise de uma mesma situação fática⁸⁰.

Demais disso, a réplica de HART⁸¹ propugna ainda que as críticas de DWORKIN à sua concepção de poder discricionário judicial...

[...] condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta. Os juízes não são, em regra eleitos e, em uma democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes

⁷⁷ ABELLÁN, Marina Gascón. La técnica del precedente y la argumentación racional. Madrid: Tecnos, 1993, p. 25.

⁷⁸ ABELLÁN, Marina Gascón. La técnica del precedente y la argumentación racional. Madrid: Tecnos, 1993, p. 25.

⁷⁹ ABELLÁN, Marina Gascón. La técnica del precedente y la argumentación racional. Madrid: Tecnos, 1993, p. 25.

⁸⁰ HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 337-338.

⁸¹ HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 299-339.

de criação do direito.⁸²

A principal linha de resposta a esse argumento de DWORKIN, com efeito, é no sentido de que o fato de serem confiados aos juízes os poderes de criação do direito para resolver os litígios que o próprio direito não consegue regular...

[...] pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controlo residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos E.U.A., os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um órgão legislativo democraticamente eleito pode encontrar-se na situação de não poder modificar um acto de legislação judicial. Então, o controle democrático em última instância só pode ser

⁸² HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 338.

assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar pela consagração de limites jurídicos ao poder político⁸³.

A discricção e o ativismo judiciais estão, ambos, voltados à realização de um *telos* específico e denotam a possibilidade de escolhas que orientam o agir judicial, permanecendo assim umbilicalmente conectados. A discricção é orientada por uma linha de ação que abre o horizonte de possibilidades de adoção de certas condutas. O ativismo pode ser descrito, outrossim, como o *animus* que serve de motor para essa mesma ação, contrapondo-se à neutralidade, ao quietismo⁸⁴.

O ativismo se realiza, nesse contexto, pela ação que gera inquietude, propiciando, segundo a retórica política corrente, a tomada de partido em questões éticas e políticas, segundo juízos válidos⁸⁵.

Em que pesem as diretrizes criativas da retórica política não objetivista, bem como a possibilidade de que seus argumentos produzam persuasão⁸⁶; considerando ainda as dúvidas que são invariavelmente suscitadas quanto às pretensões da objetividade, com suas verdades auto-evidentes,

⁸³ HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, 338-339.

⁸⁴ O termo é aqui utilizado, com a extensão semântica que lhe deu Bárbara Herrnshtein SMITH (Crença e Resistência – A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP, 2002, p. 31-32), para “evocar presumidas conseqüências politicamente debilitantes de uma rejeição do objetivismo, que, segundo se supõe, se recusaria a realizar juízos válidos, teria uma inclinação a não tomar partido em questões de ética política, e, conseqüentemente, apoiaria (ou, na fase corrente, seria “cúmplice” de) todos e quaisquer regimes atuais”.

⁸⁵ SMITH, Bárbara Herrnshtein. Crença e Resistência – A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP, 2002, p. 37.

⁸⁶ SMITH, Bárbara Herrnshtein. Crença e Resistência – A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP, 2002, p. 37.

universais e transcendent⁸⁷, não podemos esquecer que a perspectiva de fundamentação da discricão e do ativismo judicial, em um molde objetivo, não afasta o imperativo de que as decisões dos juízes devem ser determinadas no âmbito mesmo do direito, perseguindo o proferimento de uma decisão objetivamente correta a um determinado caso concreto, sem, portanto, cogitar-se na atuação arbitrária do juiz.

Assim, dentre as várias escolhas possíveis em seu agir judicante, o magistrado acaba por optar por uma linha de atuação ativa ou passiva, diante de seu maior ou menor empenho em acelerar transformações sociais. Desse modo, o ativismo proposto por CAPPELLETTI, embora consista em uma escolha que pode potencializar ou frear ditas transformações, não corresponde necessariamente a um agir arbitrário, voluntarista, tampouco afronta os lindes do trabalho jurisdicional segundo os critérios do *rule of law*.

Dessa feita, podemos obter que a defesa da criação judicial do Direito e a ênfase em uma postura ativista por parte do juiz, presentes no pensamento de CAPPELLETTI, não significa uma ruptura com os critérios de positivação do direito que nos foram legados historicamente e que estão fundamentados na primazia da Constituição.

Diante desses argumentos, o fenômeno da crescente expansão do poder judicial alia-se, ainda assim, às expectativas da viabilidade de manutenção da vida social democrática. Para tanto, mostra-se também necessária a adoção, pelo Judiciário, de uma postura contra-majoritária que assimile os conceitos de “participação, tolerância e liberdade”, possíveis na medida em que tivermos magistrados “razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria”⁸⁸, ou seja, um

⁸⁷ SMITH, Bárbara Herrnshtein. Crença e Resistência – A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP, 2002, p. 63.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 107.

poder suficientemente “ativo, dinâmico e criativo”⁸⁹, necessário para a manutenção do equilíbrio das forças sociais, na justa medida em que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face dos peculiares movimentos dos poderes políticos, ou mesmo funcionar como critério de equilíbrio em relação a outros poderes sociais que emanem do convívio humano.



REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. La técnica del precedente y la argumentación racional. Madrid: Tecnos, 1993.
- ALTHUSSER. Louis. Mostesquieu a política e a história. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença, 1977.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, 12 (34), junho de 1997, pp. 147-156.
- CHUEIRI, Vera Karam. Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 107..

- In: VIANNA, Luis Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 17/42.
- _____. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. ALCEU – Vol. 05, nº 09, pp. 105-113 – julho/dezembro de 2004, p. 110.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. O Poder Judiciário no Regime Democrático. São Paulo: Revista Estudos Avançados, vol. 18, nº 51, 2004.
- _____. As Novas Funções Judiciais no Estado Moderno. In: Revista da Ajuris, n.º 37, Porto Alegre: Ajuris, 1986.
- DE GIORGI, Rafaele. Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann. Bari: De Donato, 1979.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIORAVANTI, Maurizio. Constitución – De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Introdução à História do Pensamento Político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 211-235.
- HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1976.
- KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In:

- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Discrecionariiedade Administrativa e Proteção Ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Transl. Kalus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press.
- _____. *Acoplamientos Estructurales*. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho e la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005, pp. 351-407.
- _____. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, Barón de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: EdUnb, 1982.
- ROSENFELD, Michel. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity*. In Rosenfeld M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideologia e Interpretacion Jurídica*. Madrid: Technos, 1993.
- SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SMITH, Bárbara Herrsntein. *Crença e Resistência – A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea*. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP,

2002.

SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*.
Oxford: Oxford University Press, 1996.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global
Expansion of Judicial Power*. New York: University
Press: 1995.