



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A justiça pelo consciente do juiz: questionamento sobre os limites interpretativos na aplicação do direito sob a perspectiva pós-positivista.

VIVIANE BRAGA DE OLIVEIRA RODRIGUES

Rio de Janeiro
2016

VIVIANE BRAGA DE OLIVEIRA RODRIGUES

A justiça pelo consciente do juiz: questionamento sobre os limites interpretativos na aplicação do direito sob a perspectiva pós-positivista.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

A JUSTIÇA PELO CONSCIENTE DO JUIZ: QUESTIONAMENTO SOBRE OS LIMITES INTERPRETATIVOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA.

Viviane Braga de Oliveira Rodrigues

Graduada em Direito e Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho.

Resumo: O presente trabalho analisa a influência da concepção pessoal do magistrado na justiça das decisões prolatadas, questão essa que aborda o volátil conceito do que é o justo e de uma possível insegurança jurídica ocasionada pela liberdade interpretativa do juiz na perspectiva pós-positivista. Noutra vertente, aborda-se a necessidade social hodierna de decisões adequadas aos casos concretos apresentados ao Judiciário, muitos dos quais não encontram repostas imediatas no ordenamento normativo, conflitos que exigem mais que um simples silogismo.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Interpretação das normas. Pós positivismo.

Sumário: Introdução. 1. A transformação pós positivista e a força normativa dos princípios constitucionais. 2. O subjetivismo do ideal de justiça conforme o entendimento do magistrado. 3. O “Direito da lei” e o “Direito do judiciário” aplicado ao caso concreto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar a aplicação da Justiça de acordo com o entendimento subjetivo do juiz na interpretação da norma, ou seja, o Direito conforme as concepções pessoais íntimas do magistrado. A visão singular da Justiça e suas vertentes.

Para tanto será verificada a existência de limites norteadores do trabalho interpretativo do magistrado ante a necessidade de resolução aos casos concretos que lhe são apresentados, dos quais muitos não são plenamente solucionáveis com a aplicação literal da legislação, e outros, pela dinâmica social, não encontram guarita nas hipóteses previstas legalmente.

Nesse cenário, o Judiciário em certos casos tem a possibilidade prática de criar um “Direito” próprio, um que entende ser justo na visão de cada juiz, e que se submete às mais diversas intempéries e inconsistências dos humanos que o aplicam e de casos inimagináveis e imprevisíveis ao legislador no momento de elaboração das leis.

É controverso o tema quedando em lados opostos, enquanto uns entendem arbitrária a decisão judicial que interpreta a norma de acordo com o consciente do juiz, outros defendem que somente com a liberdade interpretativa o magistrado pode promover o avanço do pensamento jusfilosófico, contribuindo com novas perspectivas.

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise do volátil conceito de justiça, o qual vem sendo modificado ao longo dos tempos de acordo com o pensamento doutrinário, jurisprudencial e, principalmente pelas constantes mudanças sociais.

Segue-se a análise na verificação dos limites impostos ao magistrado na interpretação hermenêutica da norma, na discussão da segurança jurídica frente a liberdade do intérprete.

O terceiro capítulo discute a verdadeira criação de um “direito supralegal” pelo Supremo Tribunal Federal frente os casos que lhes são submetidos, ditando qual a forma constitucional e inconstitucional de interpretação de determinadas normas, ou seja, limitando ou estendendo a amplitude da norma, de acordo com o entende como justo.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, tendo como fontes principais a doutrina – livros e artigos científicos, a jurisprudência e a legislação.

1. O MUTÁVEL IDEAL DE JUSTIÇA

Ao longo dos tempos, o pensamento filosófico qualificou o termo “justiça” nas mais variadas vertentes, ao longo da história da humanidade os pensadores tomaram como verdade fatos até mesmo contraditórios na busca pela definição de um conceito do que seria o justo e da fonte originária da justiça. Ora terrena, ora divina.

A ideia de uma justiça natural e metafísica, com valores supremos e inatos ao ser humano, com poderes para limitar as leis humanas, segundo Cícero¹, se originou na cultura grega, como justiça universal, como expõe em sua obra *Da República*, a respeito da lei natural:

Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada: não podemos ser isentos de seu cumprimento nem pelo povo nem pelo senado (...). Não é uma lei em Roma e outra em Atenas, -uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempo; uno será sempre o seu imperados e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar a si mesmo

Ainda segundo Cícero, não é crível que toda a regulamentação normativa dos povos seria justa², sofrendo fortes interferências culturais e morais diversas. A justiça fundada sobre a convenção de interesses não é estável considerando a fluidez com a qual os interesses conflitantes tendem a se inverter. Ademais, a convenção se perfaz nos interesses das forças dominantes, a verdade não é aquela que se decreta de forma coercitiva, conseqüentemente a justiça não pode ser decretada pela maioria ou pela unanimidade.

Anteriormente, Sófocles³, 496 a.C., de forma ilustrativa já abordava o embate entre a “lei do Estado” e a “lei divina”, como se depreende da sua obra *Antígona*, a qual narra o impasse vivido pela personagem Antígona ao tentar sobrepor às leis locais e exercer o direito inato da dignidade humana ao proceder o enterro de seu irmão em detrimento à ordem do rei Creontes.

Na obra *O Leviatã* (1651), Thomas Hobbes aborda o tema, afirmando não existir regras ou justiça no estado de natureza.⁴ O justo nasceria concomitantemente ao contrato social, quando a sociedade acata a restrição de sua liberdade pela submissão a regras convencionadas, servindo como parâmetro para regular o justo e o injusto.

¹ CÍCERO, Marco Tulio. CISNEIROS, Amador (trad.). *Da República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p.100.

² BARROS FILHO, Clóvis; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. São Paulo: Casa da Palavra, 2013, p.196

³ REINHARDT, Karl. TOLLE, Oliver (trad.). *Sófocles*. Brasília: UnB, 2007.p. 50.

⁴ HOBBS, Thomas, *O Leviatã*. Ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2001,p. 63.

A convenção social como fonte de justiça, contudo, vêm sofrendo fortes questionamentos no decorrer dos tempos. A justiça da lei, mesmo numa democracia legitimada na vontade da sociedade, há tempos é objeto de discussão, como no pensamento de Platão.

No entendimento de Platão (428/427 a.C.), a justiça não advém da norma, na verdade, seria a síntese das virtudes humanas, rebatendo na obra *Da República*, Parte II⁵, os argumentos de Glauco, segundo o qual os indivíduos agem de maneira justa apenas pelo receio da coerção social e não por virtudes. Glauco relata o conto de Gyges e seu anel que concedia o poder da invisibilidade. Gyges, antes um pacato pastor de ovelhas, ao encontrar o anel e provar de seus poderes mágicos, que o tornava invisível e visível à sua vontade, em suma termina assassinando o rei e tomando seu trono. Elevando o temor da punição como o obstáculo, que uma vez ausente permite aos homens agirem conforme suas ambições retraídas.

No período medieval, o pensador italiano Santo Tomas de Aquino (1225-1274) afirmava, em sua *Suma Teológica*, a superioridade da lei divina, o que se devia ao fato de o homem ser a imagem e semelhança divina, sobrepondo a lei positiva humana.⁶

Dentre os pensadores renascentista Giovanni Pico Della Mirandola (1463-1494), foi o percussor da expressão dignidade humana (*Oratio de Hominis Dignitate*)⁷, fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que serve de base para a maioria das atuais decisões judiciais brasileiras que em casos distintos desviam a aplicação do direito positivado para adequar a justiça ao caso concreto.

No século XVIII, houve a ascensão do jusnaturalismo como instrumento de liberdade frente ao Estado absolutista pela classe burguesa, propulsionada com a revolução intelectual ocorrida principalmente na França. O pensamento iluminista tem suas origens primordiais ainda

⁵ PLATÃO, *A República* -parte 2. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 54.

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições Introdutórias. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000, p.144.

⁷ FELIX, Luciene. *O que confere dignidade ao homem?*, disponível em http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_2009_09_dignidade.htm. Acesso em 15 set 2015.

no século XVI com o renascentismo, corrente com base antropocentrista que levava à distinção entre a fé e a razão, concluindo que somente pela razão o homem alcançaria liberdade. No iluminismo se buscou como forma de justiça uma sociedade fundada no homem e em sua liberdade.

Dentre o pensamento moderno, interessante a abordagem de Friedrich Nietzsche (1844-1900), segundo a qual a moral e a virtude residem na consciência do homem, não sendo nada mais que o conjunto do subproduto medíocre da sua confusão afetiva humana.⁸

No decorrer histórico, o positivismo jurídico surgido na Europa, no século XIX, buscou delimitar o direito e a moral com a criação e a aplicação objetiva do direito, sendo justa a consunção do fato à norma, período de afastamento da teoria jusnaturalista, a justiça está na norma positivada. O principal representante da escola positivista foi Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, e que, sendo judeu, viu a norma positivada legitimar as barbáries nazistas normatizadas.

Após a Segunda Guerra Mundial um importante instrumento de ideário de justiça universal foi erigido com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, criando novamente a perspectiva jurídica de limites supremos e inafastáveis, garantidores da dignidade do ser humano. Nesta fase, um direito ideal, outrora divino, foi disposto numa Declaração humana.

O final do século XX caminhou para a superação do positivismo jurídico, não com um retorno ao jusnaturalismo puro e simples, mas com o avanço dos estudos técnicos do direito. O chamado pós-positivismo reintroduz ao valor da norma legal bases interpretativas de princípios e ideais de justiça, a lei deixa de ser interpretada apenas em sua literalidade para se buscar o âmago hermenêutico que coadune com a sistemática universal dos direitos humanos, contudo,

⁸ BARROS FILHO, Clóvis, aula proferida na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=IpWrHH_ybY8. Acesso em 13 mai. 2015.

sem a adoção de um direito metafísico, mas sim o reconhecido ao longo dos séculos como núcleos infestáveis que acompanham o histórico do desenvolvimento de civilização e consciência da humanidade.

No âmbito da atual realidade social brasileira tem se demonstrado essencial a invocação pelo judiciário de princípios e valores que embasem a solução de conflitos, ante a infinidade de dinâmicas relações jurídicas, muitas das quais sequer previstas no sistema jurídico pátrio.

Quando um direito fundamental encontra óbice na própria norma infraconstitucional ou nos momentos em que a ponderação de princípios constitucionais é necessária, o magistrado pós-positivista se vê sob a responsabilidade subdivina de aplicar a justiça, ou seja, solucionar conflitos conforme sua forma de pensar, a sua consciência, que segundo Nietzsche, se resume ao acúmulo dos afetos distorcidos vivenciados pelo indivíduo, mera ligação neurológica da mente.

Noutra perspectiva, contudo, a corrente filosófica dualista entende o pensamento humano como a manifestação livre do espírito, a representação da própria alma, de forma que essa seria exposta no ato de julgar.

2. A VISÃO DO MAGISTRADO E A EXISTÊNCIA DE LIMITES NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

A pretensa liberdade do magistrado, em determinar o rumo que considera mais justo para deslinde do caso, frequentemente recebe crítica de parte da doutrina e encontra limite na própria norma constitucional, em respeito à própria ordem democrática de direito. De forma que o texto da Constituição acarretaria a imperiosa vinculação na interpretação da norma.

A preocupação com a segurança jurídica ante a possibilidade de decisões altamente divergentes a casos semelhantes é frequentemente criticada por parte da doutrina, ante a

possível interpretação íntima de cada juiz, vez que orientados por percepções distintas, conforme afirma Lenio Streck⁹:

[...] deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência anteriores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles.

Há de se observar, contudo, que no decorrer do XX, cada vez mais o legislador passou a usar de conceitos indeterminados, repassando ao magistrado o dever de adequar o caso concreto à norma, deixando de aplicar um critério absolutamente silogista para a averiguação do verdadeiro âmago da lei. Dessa forma o juiz passa de mero repetidor da norma, para buscar a compreensão do caso concreto e, a partir dele, verifica como aplicar a lei dentro de uma vertente sistemática, teleológica e sociológica. A ascensão dos princípios veio, ainda, como uma hábil ferramenta a nortear a resolução dos casos controvertidos.

Entretanto, os princípios contêm em si valores que em muitas vezes são da mesma importância, cabendo ao magistrado decidir qual deles prevalecerá, sem que o outro seja anulado. Robert Alexy¹⁰ afirma que os princípios passam a compor o novo perfil da sociedade contemporânea, como uma resposta às insuficiências jurídico-políticas pelas quais o Estado e o direito atravessaram anteriormente. E, dessa forma, o Direito passaria a cuidar do mundo dos fatos, ultrapassando aos óbices dispostos pelo positivismo.

Nessa linha, o despertar do neopositivismo e a necessária independência intelectual do magistrado em proceder a ponderação dos princípios seria uma ferramenta para a própria aplicação do Direito numa sociedade complexa. Por essa razão, o recurso da ponderação é

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

¹⁰ALEXY, Robert. TRIVISONNO; Alexandre (Org). *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014,p.225.

facilmente vislumbrado nos chamados *hard cases*, aqueles que dependem de valorações axiológicas subjetivas do interprete.

Confrontando os pensamentos expostos, com a ideia inicialmente considerada de limites compromissados com a Constituição, verificamos que a linha fronteira entre a liberdade do magistrado e uma possível arbitrariedade, passa pelo texto constitucional e por uma ponderação pautada na proporcionalidade e a razoabilidade. De acordo com Robert Alexy a argumentação jurídica deve observar critérios balizadores da escolha do julgador, devendo de considerar que os direitos fundamentais estariam no mesmo patamar dos princípios. E que, havendo colisão entre eles, a resposta à antinomia aparente é o uso dos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade. Contudo, se ainda assim não houver solução ao caso concreto, o método de ponderação deve ser utilizado.

Para Alexandre Trivisonno¹¹, a ponderação seria capaz de trazer uma densificação valorativa das normas, e neste sentido dispõe:

Para a resolução do conflito colisivo, Alexy apresenta a “A lei da colisão”, que pretende traçar critérios para essa atividade ponderativa. Especificam-se desse modo, os modos pelos quais um princípio terá precedência sobre o outro, isto é, a prevalência vai depender do peso dado aos princípios envolvidos em determinado caso: de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Por isso, o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C dadas no caso concreto.

A atividade que cabe ao juiz para sopesar os valores é o que alcança a discricionariedade. Decerto que essa discricionariedade será influenciada por questões pessoais inerentes ao ser humano. Contudo, sob vigência do livre convencimento motivado, o magistrado legitima a escolha resultante da ponderação, quando em sua decisão apresenta uma justificativa adequada, proporcional e razoável à aplicação do Direito ao caso concreto.

Não é como pode parecer, uma abertura inconsequente à pessoa do magistrado, ou que coloque sobre ele o peso de descobrir os valores enigmáticos que deverão preponderar. Antônio

¹¹ Trivisonno, op. cit; p.245.

Maia¹² entende que, na realidade atual, o juiz possui uma área maior de liberdade que a tradicionalmente garantida, o que impõe maior atenção às justificativas de suas decisões.

Em posição contrária Alexandre Trivisonno¹³ afirma que o constitucionalismo principiológico não trouxe essa liberdade aos juízes e que os princípios ao superarem as regras, ultrapassaram a subsunção, mas não são facilitadores de atos de decisionismo. Para o autor, maior liberdade ao magistrado seria a afirmação da subjetividade assujeitadora.

Lenio Streck¹⁴, sob uma ótica diversa, manifesta a oposição quanto à ampliação na margem valorativa e interpretativa pelo juiz, ou seja, tal qual Antonio Maia, entende o advento de uma liberdade maior acrescida ao magistrado, abordando, contudo, sob âmbito diverso:

De todo modo, no Brasil, cada vez mais prolifera a infeliz ideia de que interpretar a lei é m ato de vontade (de poder). Nesse sentido, mostram-se muito próximas as diversas posições axiológicas- voluntaristas que comandam o imaginário dos juristas (fruto da jurisprudência de interesses da jurisprudência dos valores, da ponderação de valores, do realismo norte-americano ou escandinavo, ou, ainda, produto de um voluntarismo ad hoc mesmo, sem filiação teórica). Tudo pode. Tudo é permitido. Algo do tipo “não há verdades”. “Tudo é relativo” (como se a frase também não fosse relativa!). As decisões acabam sendo fruto de meras subjetividades, sem compromisso com a história institucional do direito e do instituto em questão.

Ademais, como entende Lenio Streck, há um extremo pragmatismo em vigor, como se existisse, o que o autor chama de “grau zero” a partir do qual a decisão pode ser do jeito que o magistrado melhor entender.

O que se firma quanto à análise da ponderação, como instrumento de solução aos casos difíceis e inéditos apresentados ao judiciário, é a possibilidade de tratar a casuística dos fatos reais, os quais muitas vezes não subsumam à letra da lei. Na verdade, a liberdade, ao magistrado, não é uma discricionariedade gratuita, mas sim um instrumento para a aplicação da norma com base em parâmetros constitucionalmente firmados– os princípios.

A firme motivação, com base na racionalidade, se firma como requisito básico a dar

¹² MAIA, Antonio. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. Revista Trimestral do Direito Público, n.8, 2001, p. 280-281.

¹³ Trivisonno, op. cit.p.250-251.

¹⁴ STRECK, Lenio. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.15.

legitimidade à ponderação, de forma a não caber ao magistrado o deslumbre diante dos princípios e da possibilidade de utiliza-los de forma a justificar uma justiça que entenda como própria, particular, negligenciando a fundamentação clara e sistêmica do caminho que o levou para à conclusão disposta através da sentença. A questão argumentativa, deve ser compreendida, como essencial ao procedimento de sentenciar.

Ambas as correntes contraditórias, neste capítulo expostas, carregam consigo uma linha bem delineada de questões extremas que ultrapassam até mesmo as linhas teóricas analíticas. A prática judicial é verdadeiramente o campo onde o atuar do magistrado gera consequências que muitas vezes foge do seu próprio alcance, e, por este motivo, a responsabilidade e a compreensão do sistema jurídico de forma uníssona e harmônica é essencial.

3. O “DIREITO DA LEI” E O “DIREITO DOS TRIBUNAIS” APLICADO AO CASO CONCRETO.

Muito se discute doutrinariamente a forma legítima de deliberar a concretização das normas fundamentais nas decisões judiciais, de modo a proceder a “justiça” devida, sem que isso configure em arbitrariedade do julgador, a par do Direito.

Tal fato é levantado, principalmente, pela tão perquirida segurança jurídica que pode se constatar abalada ante decisões por vezes contraditórias a casos análogos, prolatadas por juízes direcionados cada qual por sua psique e seu modo peculiar de raciocínio frente à aplicação da norma interpretada ao fato individualizado que lhes é disposto.

A fim de se minimizar os efeitos adversos de uma liberdade judicial, trazendo legitimação à fundamentação do julgador, concepções teóricas são constituídas com pauta no momento neoconstitucionalista atualmente vivido.

Nessas linhas, Friedrich Müller¹⁵, em análise à concretização das disposições constitucionais, desenvolve a chamada Teoria Estruturante do Direito, segundo a qual o

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.69.

julgador deve seguir além da interpretação normativa, mas com o cuidado de ter uma visão da realidade, cujos dados formariam um âmbito normativo.

Essa normatização seria, para Müller, a concretização a ser evidenciada no caso concreto, e, portanto, a norma de decisão, superando assim o positivismo tradicional. Conforme dispõe Müller¹⁶:

Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação factica – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização.

Na visão de Konrad Hesse, em referência à sua Teoria da Força Normativa da Constituição¹⁷, para que se possibilite a efetivação dos preceitos constitucionais deve haver um condicionamento que dialogue entre a constituição e a realidade social do momento.

Segundo o autor, a concretização da norma não se dá pela simples subsunção ao texto jurídico, mas sim pela aplicação de forma excelente do sentido da proposição normativa, nas condições dominantes na sociedade, de forma que as mudanças fáticas orientem a alteração na interpretação constitucional, dispondo¹⁸:

A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (...) uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, torna-se inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

Para Hesse, as regras de interpretação tradicionais da norma não mais bastariam para atender a realidade social à qual se atrela. E, tal qual como Müller, entende que a norma não tem existência autônoma fora da realidade social que a orienta¹⁹:

As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o "âmbito da norma" que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacada pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o "programa da norma", como parte integrante do tipo normativo. Como

¹⁶ Ibid; p.54.

¹⁷ HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11-12.

¹⁸ Ibid; p. 61.

¹⁹ Ibid; p. 50-51.

essas particularidades, e com elas o "âmbito da norma", estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o "programa da norma") fique idêntico. Disso resulta uma "mutação constitucional" permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara.

Ante o novo entendimento de interpretação constitucional, que acompanha a realidade social de forma a manter a força da constituição e atender aos anseios pragmáticos de uma evolução contínua e dinâmica da sociedade, a importância do poder judiciário é inquestionável.

Nessas linhas se constata que no judiciário brasileiro é cada vez mais frequente a figura do Ativismo Judicial, definida pelo Ministro Roberto Barroso²⁰, como uma participação mais profunda e proativa do judiciário na efetividade dos princípios constitucionais aplicando a Constituição inclusive a situações não dispostas expressamente em seu texto, declarando inconstitucionalidade de atos normativos e impondo disposições ao Poder Público referente a políticas públicas, notadamente nos âmbitos da saúde e educação.

O ativismo judicial teve origem nos Estados Unidos, sendo num primeiro momento de caráter mais conservador, com atividades proativas ainda tímidas da Suprema Corte na proteção de minorias, como no caso *Dread Scott v. Sanford*, 1857 e, a partir da década de 50, a Suprema Corte Americana passou a assumir um caráter mais progressista, especialmente na proteção dos direitos fundamentais, como no caso *Brown v. Board of Education*, 1954 e *Richardson v. Frontiero*, 1973²¹.

No Brasil, as disposições da Constituição de 1988, vêm possibilitando a progressão gradativa de um ativismo, o qual é notável em especial nos últimos anos, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente quanto a políticas públicas de saúde e educação, nessa esteira, cita Barroso²²:

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. [...]na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática*, p.06. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 16 de mar.2016.

²¹ Ibid; p.07.

²² Ibid; p.08-09.

medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Em frequentes casos o Poder Judiciário termina por ingerir também no âmbito do Poder Legislativo, dando nova interpretação à disposição constitucional ou legal, principalmente a fim de efetivar direitos das minorias, acompanhando o caminhar social. No julgamento do Recurso Especial 1.183.378 – RS,²³ o Ministro Relator Luís Felipe Salomão dispõe categoricamente que:

Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

A dificuldade para o exercício do papel contramajoritário do Poder Judiciário no ativismo segundo Barroso²⁴, se resolveria facilmente tanto pela permissão constitucional da interpretação da norma pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pela concepção de que o constitucionalismo numa democracia, em última análise, significa o respeito aos direitos fundamentais, os quais não podem se dobrar frente à uma “ditadura” do interesse da maioria.

Nesse aspecto, Paulo Ferreira da Cunha²⁵ dispõe que a problemática central de um neocosntitucionalismo extremado é a possibilidade de se tornar antidemocrático no que tange à representatividade. E, com isso, transformar-se numa neodemocracia, emancipada dos poderes legitimados democraticamente e substituindo-os por um judicialismo populista, que de forma paradoxal não deixa de refletir a construção de um certo elitismo. Pondera o autor,

²³ BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 31 mar.2016.

²⁴ BARROSO, op.cit., p.11.

²⁵ CUNHA, Paulo Ferreira e outros; FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Da querela (Neo)constitucional* - ensaio de uma delimitação problemático-conceitual - Neoconstitucionalismo: e atividade jurisdicional – do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.385.

entretanto, que também não se requer uma eterna passividade do poder judiciário, sendo importante que haja maior intervenção através de magistraturas inovadoras que efetivem os clamores por justiça às minorias sociais, contudo, afirma²⁶:

[...]o que o judicial não pode é ignorar o legislativo e nem dar ordens ao executivo, ancorado numa principiologia constitucional e numa hermenêutica criativa que ignore a lei, e conforme os princípios *pro domo*, o que tem ocorrido por vezes, com a dignidade da pessoa humana. O que em nada abona em seu favor, sem que ela (em si mesma), como se é óbvio nisso tenha qualquer culpa. Porque sendo um mega-princípio (não polemizemos agora sobre a sua qualificação), não poderia, se bem aplicado, sustentar tantas vezes e tão obstinadamente A em contrario de A.

Noutro âmbito, a amplitude dos princípios constitucionais e efetividade dos direitos fundamentais abrem espaço para interpretações que seguem, por vezes, fronteiras fluídas de encontro ao texto literal da constituição.

Decerto que a interpretação pode ser alterada através de interpretações constitucionais que, mesmo sem alterar o teor do disposto no texto constitucional, passam a ser vistas de outra forma, conforme previsão legal do art. 28, parágrafo único da Lei 9868/99.

As denominadas técnicas de interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm assumido efetiva força no Direito brasileiro e, em muitos casos, transformam radicalmente o modo como se aceitava determinado artigo da constituição. Assim, especialmente de acordo com as mudanças sociais e políticas de seu tempo, o intérprete tem liberdade para enxergar a norma por outro foco.

Nesses termos, se demonstra como grande exemplo a decisão disposta na ADPF 132 - RJ²⁷ na qual se dispõe nova interpretação constitucional quanto ao termo família:

[...]3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares

²⁶ Ibid; p.386.

²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF: 132 RJ, Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 mar.2016.

homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

Cada vez mais o Direito é ditado pelos juízes e Tribunais, e não necessariamente a decisão aceita como justa será a refletida na legislação em vigor. Em alguns momentos se tem ajustado a norma ao fato concreto, e não o contrário.

Apesar da falta de consenso do que seria o justo, propriamente dito, caso seja o ordenamento posto, sem entrelinhas, subentendimentos e implicitudes, decerto que o neoconstitucionalismo conceitual, careceria de legitimidade.

Contudo, sob a vertente da efetividade dos direitos fundamentais, a ponderação analítica estritamente fundamentada da norma e dos princípios se tem demonstrado uma ferramenta poderosa do judiciário na concretização desses direitos, o que, apesar dos argumentos contrários, não se deve ignorar.

CONCLUSÃO

Ante o discorrido, o conceito de justiça tem sido alterado ao longo dos anos, acompanhando a mutabilidade social e os avanços nos mais diversos campos do conhecimento.

O pós-positivismo trouxe consigo uma alteração substancial na forma da aplicação da norma e da efetivação dos direitos fundamentais ampliando o plano de liberdade dos juízes na interpretação da norma.

Nada obstante a maior possibilidade de concretude dos direitos fundamentais advinda com a postura pós-positivista, a questão que se levanta é a subjetividade do conceito de justiça

e da interferência psíquica do magistrado na formação da sentença. Até que ponto a sua personalidade e experiência de vida poderia interferir no momento da prolação da decisão e, até onde a independência e a imparcialidade do juiz seriam afetadas pelo seu caráter e sua percepção do justo, orientada por níveis conscientes e quiçá inconscientes de consciência?

Para além, se questiona a segurança jurídica, que em tese poderia ser abalada, frente a decisões antagônicas a casos análogos. Nesta ótica o próprio ativismo judicial vem sendo criticado por parte de juristas contrários à liberdade criativa na decisão judicial, que alegam ser base para atos que denominam desicionismos.

Por outro lado, o exercício da liberdade interpretativa devidamente motivada legitima a função contramajoritária judicialmente exercida, promovendo uma democracia substancial com a força vinculante dos direitos fundamentais.

Decerto que o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, com o sentido de força normativa da constituição exige mais que o mero silogismo na aplicação da norma para solução de conflitos judiciais.

Permanece, contudo, a polêmica quanto aos limites fronteiriços na liberdade de interpretação normativa inevitavelmente orientada pela percepção pessoal do juiz, aquele que diz o direito, um ser humano.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. TRIVISONNO; Alexandre (Org). *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014

BARROS FILHO, Clóvis; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. São Paulo: Casa da Palavra, 2013.

BARROS FILHO, Clóvis, aula proferida na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=IpWrHH_ybY8. Acesso em 13.05.2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Direto* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 13 de set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A vida e o Direito: breve manual de instruções*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=1129>. Acesso em: 13 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática*, Disponível:<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 16 mar.2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 set. 2015.

_____.Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2015.

_____.Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 31mar.2016.

_____.Supremo Tribunal Federal. ADPF: 132 RJ. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 mar. 2016.

CÍCERO, Marco Tulio; CISNEIROS, Amador (trad.). *Da República*. Rio de Janeiro: Ediouro,1985.

CUNHA, Paulo Ferreira e outros; FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Da querela (Neo) constitucional: ensaio de uma delimitação problemático-conceitual - Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional – do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

FELIX, Luciene. *O que confere dignidade ao homem?*, Disponível em http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_2009_09_dignidade.htm. Acesso em: 15 set. 2015.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas, *O Leviatã*. Ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições Introdutórias. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000.

MAIA, Antonio. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. *Revista Trimestral do Direito Público* n.8, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional* . São Paulo: Max Limonad, 2000.

PLATÃO, *A República* - parte 2. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2008.

REINHARDT, Karl. TOLLE, Oliver (trad). Sófocles. Brasília: UnB, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.