

O ATIVISMO ANENCÉFALO: É NECESSÁRIO DISCUTIR AS PREDISPOSIÇÕES EXISTENTES NO DEBATE SOBRE ATIVISMO JUDICIAL

ANENCEPHALIC ACTIVISM: IT'S NECESSARY TO DISCUSS THE EXISTING PREDISPOSITIONS IN THE DEBATE ON JUDICIAL ACTIVISM

Artigo recebido em 03/10/2016

Revisado em 08/02/2017

Aceito para publicação em 07/04/2017

Assis JC Nascimento

Advogado, mestrando em direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público/IDP, em Brasília/DF. E-mail: ajn1974@gmail.com.

RESUMO: Partindo da suposição de que o debate contemporâneo sobre o ativismo judicial está imbuído de maniqueísmo exacerbado, pretende avançar na reflexão acerca das categorias teóricas envolvidas no debate, especialmente sobre os limites e responsabilidades da jurisdição, para, então, suscitar o debate sobre aquilo que aqui é denominado de isonomia decisória.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Legitimidade e limites da Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT: Assuming the point that the debate over judicial activism is manichean, the intent is to initiate a more careful consideration about the theories involved, specially the one on the boundaries and responsibilities of jurisdiction, in order to raise debate about what is here named isonomic decision.

KEYWORDS: Judicial activism. Legitimacy and limits of the constitutional jurisdiction.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Ativismo à jabuticaba. 1.1 Ativismo em Recorte. 1.2 O Debate Maniqueísta. 1.3 O Debate Reorganizado. 1.4 Isonomia “Decisória”. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Parece razoável afirmar que as possibilidades de investigação¹ que envolvem a questão denominada de *ativismo judicial* são particularmente desafiadoras no âmbito da jurisdição

1 Conforme explica Tércio Sampaio (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 18), a dogmática e a zetética seriam abordagens possíveis de investigação de um problema, que dariam ênfases distintas às respostas (dogmática) ou às perguntas (zetética). Nesse sentido, a pretensão deste artigo é acentuar o aspecto das perguntas que podem ser construídas sob o tema ativismo judicial, com o propósito especulativo explícito.

constitucional². De fato, tanto nas correntes teóricas que elevam o ativismo judicial ao pedestal da virtude aristotélica³, quanto naquelas que o reduzem a um solipsismo decisionista, são perceptíveis predisposições e/ou ideologias que parecem enfraquecer os argumentos. A intenção deste trabalho é, senão desvelar tais predisposições e/ou ideologias, debater as categorias dogmáticas que envolvem o tema e investigar sua complexidade na realidade brasileira. A epígrafe desta introdução revela algumas das categorias que envolvem o fenômeno do ativismo judicial. Trata-se de *uma atitude*, conformado, portanto, como um critério puramente subjetivo que varia a partir do intérprete para permitir a correção de injustiças sedimentadas por um positivismo arbitrário e/ou aleatório, mas que, por outra via, permite a perpetração de injustiças por uma interpretação judicial arbitrária e/ou aleatória. Envolve uma *postura interpretativa mais expansiva da Constituição e do Direito*, que permite a criação de uma regra específica, não prevista pelo legislador, com vistas a promover uma decisão legítima (e justa, para quem concorde com o teor da decisão proferida⁴), mas que, por outra via, suscita o problema da *objeção democrática*⁵.

O ativismo é uma atitude. É uma postura de interpretação da Constituição e do Direito mais expansiva por parte do Poder Judiciário, muitas vezes com base em um princípio, criando uma regra específica que não estava prevista nem na Constituição, nem na legislação.

Porém, situações há em que o Judiciário precisa resolver um problema e não há norma editada pelo Congresso. Foi o que aconteceu no caso de anencefalia. Portanto, o Poder Judiciário entendeu que uma mulher deveria ter o direito de interromper a gestação na hipótese de o feto ser anencefálico, portanto não ter cérebro e não ter viabilidade de vida extrauterina.”⁶ (BARROSO, apud PÁDUA, 2015, p. 159)

Dessa forma, o debate se apresenta dicotômico: por um lado, há a aparente percepção de que o Poder Judiciário encampou efusivamente o fenômeno à sua *práxis*, sendo cada vez mais

2 É importante perceber a ideia do Direito como um sistema social de estabilização de expectativas (LUHMAN, 1983, p. 121), justamente porque é a linguagem da Suprema Corte que pode estabilizar (ou não) as relações sociais, ao estabelecer de forma clara e coesa (ou não) as condutas “conforme a regra” que são adequadas em cada momento histórico.

3 Exatamente a ideia grega de que a virtude seria uma adequação entre a conduta do agente e o *seu papel no mundo*: “O essencial era conseguir concretamente, na prática, acordar-se com a harmonia do mundo, a fim de nele encontrar o justo lugar que cabia a cada um no Todo.” (FERRY, 2010, p. 41). Na prática, a ideia traduz a pretensão (altamente problemática) de imaginar que a Suprema Corte detém um papel de proeminência social e institucional.

4 É bom lembrar que, via de regra, o sucumbente (tese perdedora) não concorda com a decisão desfavorável, até mesmo porque não se submeteu nem ao cumprimento voluntário da pretensão nem à autocomposição (ou seja, tem alguma expectativa de ganho, ainda que pela mera procrastinação da controvérsia).

5 De forma muito resumida, a objeção democrática assim pode ser explicitada: qual a legitimidade política da Suprema Corte para afastar decisões do processo político majoritário?

6 Trechos da resposta de Luís Roberto Barroso à questão formulada pelo Senador Vital do Rêgo quando de sua sabatina realizada perante o Senado Federal no processo de nomeação ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (apud PÁDUA, 2015, p. 159).

recorrente, nas manifestações jurisdicionais, a frase “o Direito é aquilo que o Judiciário diz que é”⁷. Em sentido antagônico, percebe-se um tipo de *levante epistemológico* contra o fenômeno, em que parcela da doutrina constrói críticas adequadas e pertinentes⁸ a essa nova forma de compreender a atuação do Poder Judiciário.

Em suma, portanto, este trabalho pretende apresentar alguns apontamentos sobre a real dimensão do ativismo judicial no contexto brasileiro, para demonstrar que as categorias dogmáticas estabelecidas não dão conta das complexidades e contingências envolvidas no debate. Nesse intento o texto a seguir está subdividido em cinco partes. O debate inicia para argumentar que há uma forma particular de ativismo no cenário brasileiro, marcado, fundamentalmente, por uma incompreensão geral sobre o fenômeno. Em continuidade, busca-se mapear alguns critérios que parecem necessários a um debate mais assertivo, inclusive o reflexo do ativismo judicial na questão da isonomia, e também uma proposta para a reorganização desse debate. A última seção trata da ideia da isonomia decisória como elemento de controle e *accountability* aplicável ao Poder Judiciário. Por fim, apresentam-se, respectivamente conclusão e referências bibliográficas.

1 ATIVISMO À JABUTICABA

No ano de 2013 o Supremo Tribunal Federal discutiu a questão da anencefalia⁹ e, naquele debate, decidiu pela necessidade da *criação* de uma nova excludente ao tipo penal do aborto, originalmente não prevista no Código Penal. A manifestação da Corte foi curiosamente incisiva e contraditória. Por exemplo, trecho do voto da Ministra Rosa Weber, para quem não houve criação normativa, afirma que a questão seria apenas a de “dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal e não de se dizer que o artigo 128 deve ser lido como contendo mais uma excludente”¹⁰.

⁷ “Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/AC, trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. DJe nº 208, de 22/10/2014).

⁸ Eros Grau explica que o direito moderno vem tentando concretizar uma “razão de conteúdo”: “Essa busca nos coloca sob o risco da substituição da *racionalidade formal* do direito (com sacrifício da legalidade e do procedimento legal) por uma racionalidade de conteúdo construída a partir da ética (qual ética?!), à margem do direito.” (GRAU, 2014, p. 17). A conclusão é inevitável: “O Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um *produtor de insegurança*.” (*idem*, p. 16).

⁹ O STF declarou a “...inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJe nº 80, divulgado em 29/04/2013.

¹⁰ ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJe nº 80, divulgado em 29/04/2013. p. 46.

Tal afirmação parece representar uma contradição, já que a interpretação da decisão na ADPF 54/DF declara que a situação de anencefalia é hipótese legítima de aborto, ainda que não prevista em lei. Aliás, é exatamente essa ideia que suporta a afirmação do atual Ministro Roberto Barroso, reportada em introdução, para quem o julgamento da ADPF 54/DF representa um *case* legítimo de ativismo judicial.

Os outros votos proferidos na ADPF 54/DF não ajudam muito a esclarecer a controvérsia. Para exemplificar: o Ministro Luiz Fux entende que é “um caso típico em que se exige do Judiciário uma passividade virtuosa”¹¹, mas decide a favor da criação de nova excludente ao tipo penal do aborto – o que não parece se enquadrar na ideia de *passividade* jurisdicional; o Ministro Ricardo Lewandowski é contrário à declaração de inconstitucionalidade, pois entende que seria o caso de ativismo *ilegítimo*, e afirma que “...não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo[...]”¹². Agregando uma quinta opinião ao tema, naquele julgamento, veja-se que o Ministro Gilmar Mendes reconhece que será criada uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto¹³ e acrescenta que não é possível uma decisão que meramente declare a inconstitucionalidade da interpretação (que criminaliza o aborto do anencéfalo), pois entende necessária a confecção de sentença de *perfil aditivo*, ou seja, que agregue regras e condições específicas para a prática¹⁴. Têm-se, em um único julgamento, cinco opiniões divergentes que podem ser organizadas em quatro grupos: a) não há inovação legislativa; b) há legítima inovação legislativa; c) há ilegítima inovação legislativa; d) é necessária inovação legislativa aditivada. Talvez seja possível afirmar que essa “pluralidade hermenêutica” é o mérito do julgamento colegiado, que, debatendo sobre hipóteses limítrofes e antagônicas, conseguiria desenvolver a solução adequada. Entretanto, essa forma solipsista de debate resulta em problemas, especialmente relativos à estabilidade das decisões judiciais¹⁵.

Ainda mais importante é constatar que, no caso concreto, essa diversidade interpretativa corrobora integralmente a ideia de *conceito fugidio* de BRANCO (2011, p. 388): “A falta de

11 Idem p. 158.

12 Idem, p. 245.

13 Idem, p. 302.

14 Idem, p. 306.

15 “Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas *opiniões pessoais* sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem.”(RODRIGUEZ, 2013, p. 14). Sendo correta esta ideia de José Rodrigues resta óbvia a dificuldade de estabelecer uma jurisprudência estável, pois estaria mais afeita a *subjetividades e opiniões* do que a critérios racionalmente fixados e verificáveis *a posteriori*.

precisão no emprego do conceito de ativismo judicial surpreende situações curiosas e embaraçosas...”. Constata-se, assim, que sequer o Supremo Tribunal Federal consegue definir se o acórdão na ADPF 54/DF representa um exemplo de ativismo judicial. De fato, esse é o ponto sensível no âmbito deste trabalho – uma ambiguidade exacerbada no uso do termo ativismo judicial.

Nesse contexto, parece razoável afirmar que a forma atual do debate sobre o ativismo é, em certa medida, anencéfala: há dificuldades em determinar o que é, como se caracteriza e como se exterioriza. É o que agora se denomina *ativismo à jabuticaba*¹⁶, e que rememora a alegoria¹⁷ de que apenas é possível debater sobre a quantidade de livros em uma estante se houver um acordo sobre o que é um livro (DWORKIN, 2014, p. 54).

Não demanda muito esforço para melhor apresentar o maniqueísmo que envolve o tema do ativismo judicial. De forma muito assertiva TASSINARI (2012, p. 15) explica que o tema não foi devidamente problematizado na doutrina brasileira, havendo a dificuldade de fixar até mesmo um acordo semântico sobre o que seja o ativismo judicial, para então sentenciar que o ativismo judicial precisa ser enfrentado como um problema (idem, p. 128), pois gerou uma série de problemas para o constitucionalismo brasileiro (ibidem, p. 131). STRECK (2014, p. 287-288) é bem mais incisivo ao afirmar que o termo vem sendo empregado de um modo *tabula rasa*, que teria sido recepcionado sem os devidos cuidados. RAMOS (2010, p. 141), afirma que o ativismo *deforma* a obra do Poder Constituinte, e formaliza uma *mutação inconstitucional*.

Em via diversa, como já dito, o Poder Judiciário parece ter acolhido o ativismo judicial como uma prática positiva, o que não parece, *per se*, representar um equívoco. Afinal, reforçando aquela ideia de *conceito fugidio* já citada, há, de fato, um embaraço às posturas que rejeitam o ativismo: “A análise do papel da Corte não pode prescindir do tipo de Constituição que lhe incumbe concretizar.” (BRANCO, 2011, p. 398). Nesse sentido, é necessário discutir se, e em que medida, a Constituição Brasileira concede ao Poder Judiciário a legitimidade necessária para debater questões politicamente controvertidas. Aqui é necessário lembrar que legitimidade é conceito político e envolve o problema da justificação e

16 Cabe explicar que o trabalho de TASSINARI (2012, p. 92) já mencionava a expressão *ativismo judicial à brasileira* para explicitar as particularidades daquilo que é praticado no Brasil em face daquilo que originariamente foi construído pela experiência norte-americana. Inobstante, este trabalho pretende avançar e tentar provocar novos questionamentos.

17 Bem verdade, esta alusão trata de explicar uma ideia que Dworkin está criticando, qual seja o vício denominado *aguilhão semântico*. Inobstante, tanto para aquele autor quanto no âmbito deste trabalho, percebe-se que a alusão é válida em alguma medida, pois significa que, ainda que na superficialidade da análise semântica, acordos mínimos de linguagem são imprescindíveis.

dos valores do poder legal (BONAVIDES, 2016, p. 121). A questão, portanto, é compreender em que medida o Poder Judiciário representa uma arena adequada para o confronto de questões eminentemente políticas¹⁸.

1.1 Ativismo em Recorte

Até mesmo pela profusão de ideias e conceitos que envolvem o tema do ativismo judicial, é necessário aqui um corte metodológico. Por exemplo, seria interessante adentrar na diferença entre ativismo judicial e judicialização da política¹⁹, bem como detalhar com maior cuidado as categorias de argumentos utilizadas no debate²⁰. Mas, sendo necessário um corte metodológico, cuja arbitrariedade é traço distintivo, entenda-se, no âmbito deste trabalho, o *case* da anencefalia como um exemplo de ativismo judicial: um tipo de avocação, pelo Poder Judiciário, da competência de *originalmente* construir acordos sociais de conduta – tradicionalmente legada ao Poder Legislativo – e, nesse sentido, abrange fundamentalmente o argumento de legitimidade. Nesse particular, parece que o Próprio Judiciário percebe a necessidade de limitar, em alguma medida, sua intervenção no processo político, havendo, ao menos aparentemente, maior cuidado do Judiciário com o ideal de participação democrática e separação de poderes²¹.

Há, entretanto, uma outra faceta da questão, qual seja debater os efeitos do ativismo judicial no âmbito da gestão pública e dos efeitos sobre uma pretensão de isonomia. Uma questão, portanto, de *política judicializada*²² que envolve o denominado argumento consequencialista, dos efeitos da decisão do caso concreto sobre o mundo real e também sobre outras categorias jurídicas, *e.g.* o princípio da isonomia.

18 Em excepcional trabalho sobre o uso da terra urbana por população economicamente fragilizada, COSTA (2017, p. 120) considera que o constitucionalismo moderno, ao coordenar um sistema baseado na ideia de direitos sociais, admite que o Poder Judiciário possa figurar como um campo de luta político.

19 “[...] o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial.” (STRECK, 2014, p. 289). Recomenda-se a leitura de TASSINARI (2012), cujas conclusões são inestimáveis para uma melhor compreensão do fenômeno.

20 Tais argumentos estão divididos pela doutrina basicamente em três grupos: a) argumento de legitimidade (questão política); b) argumento consequencialista (questão pragmática); c) argumento hermenêutico (questão jurídica). Infelizmente, não é possível no âmbito deste artigo adentrar estas questões de forma mais abrangente.

21 “...a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador”. Trecho do voto na ADPF 54/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJe nº 80, divulgado em 29/04/2013. p. 306.

22 STRECK (2014, p. 291) explica que não se trata de perceber uma relação dicotômica de agigantamento do Poder Judiciário em face do enfraquecimento Poder Legislativo; primeiro porque a relação não se apresenta necessariamente antagonista, e também porque o Poder Executivo também se vê envolvido, justamente porque a judicialização é contingencial e não pode ser vista como um mal em si (*idem*, p. 293).

Veja-se que nas duas situações ocorre uma afronta ao conceito tradicional da regra (e conduta conforme a regra), já que aquilo que era entendido como regra foi alterado fora do processo político formalmente institucionalizado. Inobstante, quando o Poder Judiciário “edita” uma nova regra geral e abstrata, ainda que invada competência legislativa, não afronta o critério da isonomia. Ou seja, a regra vale para todos. É exatamente o que ocorreu na ADPF 54/DF, já que todas as pessoas enquadradas na hipótese da excludente de ilicitude, criada por aquela decisão, estarão protegidas²³.

O problema que decorre da política judicializada é distinto, já que, via de regra, a decisão produz apenas norma individual e concreta, cujo beneficiário é parte processual, como bem exemplifica a hipótese de ação individual que visa compelir o Estado a adimplir direitos relativos à política pública de saúde²⁴. É necessário, portanto, avaliar essa intervenção particularizada que o Judiciário perfaz e que resulta na construção de uma regra (a sentença) *ex post facto*.

Em outras palavras: em um caso específico, e para um sujeito específico, poderá ou não ser aplicada a regra geral e abstrata, a depender de um critério desconhecido que será desenvolvido pelo Judiciário e que não necessariamente será replicado em outros casos. Surge, portanto, o problema fundamental, que afeta tanto o argumento de legitimidade quanto o argumento consequencialista: a necessidade de conformar o ativismo judicial em face de critérios e parâmetros, de modo a evitar que o direito seja reduzido às proclamações da Corte Constitucional²⁵. Por óbvio, sem conformação nem limites, toda manifestação é puramente arbitrária. Consoante, é imperativo definir com mais clareza qual o espaço daquela *atitude* citada pelo Ministro Barroso, ou qual o limite da *postura interpretativa* de que faz uso o Judiciário quando formula “[...] uma regra específica que não estava prevista nem na Constituição, nem na legislação”, no sentido de garantir um coeficiente mínimo de

²³ Em outro caso difícil a Suprema Corte adotou uma lógica isonômica geral e abstrata para declarar que o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo deve observar as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011.

²⁴ Nesses casos, o Juiz atua como administrador, ordenando a compra de medicamento, ou a oferta de tratamento etc. Como tratar todas as situações que derivam dessa atuação? Como debater o caso do indivíduo cujo problema de saúde era idêntico, mas que por qualquer motivo não teve acesso ao Judiciário para requerer sua prestação individual?

²⁵ “Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/AC, trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. DJe nº 208, de 22/10/2014).

estabilização de expectativas²⁶. Essa questão é absolutamente sensível, já que a possibilidade de o Poder Judiciário atuar no sistema político para *manipular integralmente* o universo normativo importa na *obliteração* da ideia de norma, que apenas passaria a ser válida após manifestação judicial que avaliasse “o meu argumento específico, baseado na minha ética individual”.

Se a norma geral de conduta apenas será construída após a formalização do conflito que originou a demanda judicial, resta destruída a ideia de *conduta conforme a regra no momento original do conflito de interesses* – aquele momento no mundo da vida. Talvez a frase “*O Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança*”²⁷ mereça agora uma reflexão mais consistente, porque explicita a dimensão do problema, que alcança até mesmo questão da validade normativa²⁸.

1.2 O Debate Maniqueísta

Conforme já explicado, aqui não se pretende elogiar *ou* criticar, mas elogiar *e* criticar. Iniciando pelo elogio, veja-se que a legitimidade do Poder Judiciário para proferir determinações de ordem política é, de fato, controvertida: se a Constituição Federal prevê a coexistência, *independente e harmônica*, de três poderes, talvez o Poder Judiciário não possa, por exemplo, reescrever o código penal para acrescentar nova hipótese de excludente ao tipo penal do aborto, pois a questão deveria ser definida a partir de um debate baseado na autonomia democrática, não na heteronomia judicial²⁹. O problema dessa crítica é que olvida aquela citada percepção de BRANCO (2011, p. 398) de que a Constituição determina o papel que a Corte Constitucional deve cumprir. Assim, se a Constituição Brasileira incumbe ao Judiciário guardar e, portanto, garantir os direitos sociais previstos, a crítica perde

²⁶ E não se trata apenas de estabilizar expectativas normativas (vide nota de rodapé nº 3), mas também de respeitar o Direito *processo de adaptação que se realiza pela própria vida dos grupos sociais* (PONTES, 1983, p. 97).

²⁷ Vide nota 8.

²⁸ Não se pretende, em uma nota de rodapé, esclarecer sobre o conceito de validade normativa (que exigiria, no mínimo, um debate que iniciasse da *estática/dinâmica* de Kelsen até o *consenso comunicativo* de Habermas), mas tão somente registrar que há um problema referente à validade normativa que parece despercebido no debate. Em suma, fazendo uso da ideia que Hart denomina *dimensão interna da regra* (HART, 1994, p. 100), supõe-se aqui a necessidade de *conhecer* (a regra) antes de *aceitá-la*. Se a regra é *ex post facto*, é sequer conhecida *no momento original do conflito de interesses*, o que, em última análise, importa em uma fase de anomia justamente no âmbito das relações sociais intersubjetivas.

²⁹ Uma ideia de autonomia tomada de empréstimo do paradigma de direito de Habermas, que “... é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.” (HABERMAS, 2011, p. 190).

intensidade, pois não parece razoável classificar como ativismo judicial o estrito cumprimento, pelos juízes, de suas competências funcionais, especialmente em um ordenamento jurídico como o brasileiro, no qual a Constituição atribui o valor de direito a alguns bens de notório valor político e/ou moral³⁰.

Também é curioso perceber que o próprio Poder Político convoca o Poder Judiciário para fazer-lhe as vezes. É o que ocorreu em 09/07/2015, com a impetração junto ao STF de mandado de segurança requerendo a concessão de liminar “...com o objetivo de invalidar o ato deliberativo que submeteu ao exame do Plenário daquela Casa legislativa...”³¹. Salvo melhor juízo, quando o Parlamento requer que a Corte obste a tramitação de projeto de lei, está *exigindo* que o Supremo Tribunal atue dentro do sistema político, ainda que pelo *iter* processual-jurídico. De qualquer forma, não se pode negar que, na ausência da efetiva implementação dos direitos fundamentais, o Estado, por algum de seus poderes ou funções constituídas, deve ser *convocado a atuar*. É inconcebível, por exemplo, imaginar que um cidadão venha a falecer porque o hospital não tinha fios de sutura³² (ou medicamentos obrigatórios) e que não haveria nenhuma medida apta a compelir o Estado ao cumprimento dessas obrigações relativas à política pública de saúde.

Ocorre que a expressão *convocar o Estado a atuar* não pode ser sinônima da expressão de *propor ação judicial*. Essa aparente sinonímia certamente tem raízes históricas e culturais, em que um estado coronelista³³, essencialmente vinculado aos Poderes Executivo e Legislativo, não tem credibilidade para atender demandas sociais, já que não atuou para resolver as questões sensíveis. Há também outros fatores – não apenas a leniência do poder político – que impactam negativamente no efetivo atendimento das demandas sociais. Tem

30 Em relação aos limites da Jurisdição Constitucional, há uma desconfortável realidade, qual seja o estreito campo da atuação política. “Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme espera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno.” (VIEIRA, 2008, p. 446-447).

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33697/DF, trecho do voto do Ministro Celso de Melo. Decisão proferida em 10/07/2015.

32 Em matéria publicada em 06/05/2010 é relatado caso emblemático: *Há uma semana, o esparadrapo sumiu das prateleiras do Hospital de Base (HBDF). Mas a lista dos produtos em falta é bem mais extensa. Os estoques de sondas, agulhas, cateter, coletor de urina, bisturi, luvas e até fio de sutura acabaram e não há previsão de entrega dos insumos. Sem as mínimas condições de trabalho, muitos médicos preferem cancelar as operações agendadas e até mesmo as de emergência.* Disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/05/06/interna_cidadesdf,190770/ha-carencia-de-materiais-basicos-no-hospital-de-base.shtml (Inserir (acesso em 13/07/2015, 11h50minh).

33 Sobre o coronelismo, explica Raquel Mousinho de Moura Fé: “...os chefes locais ofereciam incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais ou federais e os líderes da situação estadual ofereciam carta-branca ao chefe local governista. À disposição dos chefes locais estavam favores de ordem pessoal e mesmo auxílio financeiro do Estado.” (FÉ, 2015, p 96). É curioso perceber que tal explicação tem relevante pertinência com aquilo que atualmente se denomina presidencialismo de coalizão.

relevo o fato da assincronia temporal das lógicas e funcionamento dos três poderes, que apresentam cadências temporais distintas para os processos político, jurídico e executivo. Assim, é aceitável que a resposta legislativa seja sempre mais lenta (FREITAS FILHO, 2010), e a busca por uma resposta mais célere do Poder Público – via decisão judicial – estaria dentro da normalidade institucional. Inobstante, mesmo admitindo a hipótese anterior, há controvérsias importantes.

Por exemplo, como explicar a necessidade de o Poder Judiciário ser obrigado a atuar para, dentre outras ordens, determinar³⁴: “... a) o Distrito Federal deverá elaborar estudo técnico, no prazo de 90 dias, a respeito das atuais e efetivas necessidades de pessoal médico em cada uma das unidades hospitalares da SES...”? Vale a pergunta: quão leniente é um Poder Público que sequer dimensiona suas efetivas necessidades de recursos humanos? Nesse prisma, é factível concluir que há uma desconfiança generalizada em relação às estruturas políticas materializadas nos Poderes Executivo e Legislativo, que força a sociedade a buscar no Poder Judiciário a proteção daquilo que entende por direito. E assim ocorre apenas porque há um desrespeito primário (e anterior), pelos outros poderes constituídos, no cumprimento de direitos básicos dos jurisdicionados.

Em suma, da equação que soma a descrença em relação aos poderes políticos, com um texto constitucional detalhadamente garantista, o resultado apenas poderia ser um Poder Judiciário que, nitidamente, extrapola suas funções, na tentativa de cumprir seu papel institucional de responsabilidade pela solução de conflitos. Assim atuando, na realidade brasileira, o Judiciário inevitavelmente incorrerá na invasão de competência política – regulando aditivamente o conteúdo de normas, como no caso da anencefalia, ou gerenciando políticas públicas, como no caso das sentenças de obrigação de dar e/ou fazer na seara da saúde pública.

Portanto, não parece razoável a crítica realizada ao ativismo judicial com base numa lógica tradicional da separação dos poderes e legitimidade democrática, especialmente numa realidade social de descaso exatamente com a população que mais necessita dos serviços públicos. É ainda mais importante verificar, na Constituição brasileira, como *realmente* está conformada a separação dos poderes³⁵. Supondo correta a ideia do Direito como um *fenômeno*

34 DISTRITO FEDERAL. Segunda Vara da Fazenda Pública do DF. Ação civil pública 2013.01.1.136980-0, Rel. Juiz Álvaro Luís de A. S. Ciarlini. DJe nº 100, de 01/06/2015.

35 A bem da verdade, a compreensão corrente da obra de Montesquieu parece equivocada, talvez sendo adequadas outras reflexões acerca da ideia da tripartição de poderes. Veja-se, por exemplo, que na tripartição de poderes montesquiana, ao Judiciário é reservada uma posição de poder “*invisível e nulo*” (MONTESQUIEU, 1962, p. 182). Ora, um poder *nulo e sem voz* (já que o juiz apenas poderia emitir a opinião da lei) não pode

em lapidação³⁶, é razoável reconhecer um processo histórico de desconcentração do poder, que evolui para formalizar instituições ou instâncias aptas a constranger o arbítrio³⁷, buscando realizar, em alguma medida, a redistribuição do poder entre atores originalmente alijados do processo decisório³⁸.

É possível vislumbrar a lógica do ativismo judicial como um *rearranjo institucional* inevitável e obrigatório naquela ideia tradicional de organização dos poderes, que teria alcançado até mesmo o processo e a técnica legislativa tradicionais para privilegiar um modelo normativo que possa ser aplicado a situações dinâmicas de uma sociedade complexa (FREITAS FILHO, 2009, p.19). Nesse contexto, parece obsoleta a defesa do Direito como *Lei gravada na pedra* – o notório simbolismo de perenidade que se percebe na alegoria da carta de ordens entregue ao profeta no alto da montanha – para exigir do Judiciário uma submissão cardeal àquilo positivado. Ao que parece, a modernidade vem atribuindo certa *primazia institucional* ao Judiciário no quadro da separação dos poderes, tese que é corroborada pela percepção de que o Poder Político, ao menos em parte, chancela e incentiva a atuação do Poder Judiciário como *legislador suplementar*³⁹.

Até aqui pode parecer que este texto é um libelo de defesa do ativismo judicial, o que está longe de ser a intenção. De fato, o ideário ativista padrão, de que “... onde faltava uma norma, mas havia um direito fundamental a ser tutelado, eu acho que o Judiciário deve atuar [...]”⁴⁰, nestes breves termos, está equivocado. Simplesmente não é razoável supor que devamos implementar, em pleno século XXI, uma versão brasileira do realismo jurídico

verdadeiramente ser considerado como um poder, na estrita acepção do termo. Aliás, Eros Grau teoriza que Montesquieu jamais cogitara de uma separação de Poderes, mas apenas uma “divisão com harmonia” (GRAU, 2014, p. 43).

36 Para Luhmann, o direito é uma aquisição evolutiva (LUHMANN, 1994, p. 32), pois haveria uma conexão entre a teoria do direito e uma teoria da evolução social (*idem*, p. 170).

37 São exemplos a *Magna Charta Libertatum* de 1215 e o atual movimento conhecido como primavera árabe, que culminou com o encerramento, na Tunísia e no Egito, de ciclos de poder autocráticos. Aqui, a teor do alerta de Danilo Porfírio de Castro Vieira, veja-se que não se trata de analisar tal movimento sob uma ótica eurocêntrica de liberdade e democracia (VIEIRA, 2011), mas simplesmente de perceber um movimento histórico e atual de confrontação ao poder arbitrário. Nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez explica que a ideia de três poderes é apenas uma das possibilidades institucionais possíveis, e que a questão fundamental é “armar uma trama institucional que não admita o arbítrio.” (RODRIGUEZ, 2013, p. 185).

38 “O sentido infalível pelo qual reconhecemos o progresso cívico é o nivelamento dos extremos da sociedade, a limitação do domínio do homem sobre o homem.” (Bobbio, 2014, p.41).

39 A corroborar a ideia de que ativismo judicial representa uma fase evolutiva do Direito, confira-se o Projeto de Lei 8058/2014 com o objetivo de estabelecer “...um processo especial de controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758> (acesso em 18/06/2015, 10h58m).

40 Vide nota 4.

norte-americano⁴¹ para afirmar que o “direito seja o que o Judiciário diz que é”, a não ser que também tenhamos que adotar a “Supremocracia”⁴² como nova forma de governo.

É necessário, indiscutivelmente, valorizar o Princípio Democrático⁴³ e a assertiva de que “o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (BOBBIO, 1997, p. 18).

Nesse sentido, se o Direito não pode ser resumido ao simbolismo de perenidade da *Lei gravada na pedra*, também não pode ser reduzido a um tipo moderno de xamanismo despótico, oculto no misterioso saber do *profeta-colegiado constitucional*, especialmente em face da particular liturgia ficcional da magistratura que envolve a ideia da *livre convicção do juiz*⁴⁴. Não é razoável que meras *opiniões e preferências* possam ser revestidas de uma autoridade que vincula e submete toda a sociedade, sem nenhuma forma de controle, revisão ou responsabilização. Na essência, há um aviso importante: “O que tínhamos, o que nos assistia – o *direito moderno, a objetividade da lei* – o Poder Judiciário **aqui, hoje, coloca em risco**” (GRAU, 2014, p. 138), e que alude a uma questão ainda mais sensível: *quem controlará os controladores?* (BOBBIO, 1997, p. 31).

Em outras palavras, quais são os parâmetros⁴⁵ que cerceiam a atividade interpretativa que possam evitar a autocracia judicial? A frase “o Direito é aquilo que o Judiciário diz que é”⁴⁶ deixa transparente que algumas preocupantes implicações não foram percebidas ou estão sendo solenemente ignoradas. Por exemplo: se o Direito é apenas aquilo declarado pelo Poder Judiciário, qual a necessidade da lei (ou mesmo do Poder Legislativo) como *intermediário*

41 Para o realismo americano, o Direito é mero exercício de previsibilidade sobre a atuação dos juízes (NINO, 2015, p. 53).

42 A expressão *Supremocracia* é usada aqui de forma declaradamente pejorativa, para denominar um regime fictício onde o Supremo Tribunal Federal ostentasse poderes absolutos. De forma não pejorativa, entretanto, Oscar Vilhena Vieira explica que a expressão trata sobre o momento histórico em que “...os juízes passariam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição.”, e que, no caso brasileiro, importaria na “... expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.” (VIEIRA, 2008, p. 444-445).

43 . Em outras palavras: quais exatamente são os procedimentos que podem ser exigidos do Poder Judiciário no contexto do ativismo judicial?

44 Parece correta a tese de que o juiz, na verdade, não detém um “livre direito” de convicção, pois essa ideia sugere que o juiz poderia julgar “conforme sua consciência”, o que resultaria na implantação de um modelo decisório solipsista-decisionista (STRECK, 2014, p. 931).

45 Em prefácio da obra de Elival da Silva Ramos, o professor Celso Lafer: “... o desafio da interpretação é um tema recorrente da Teoria Geral do Direito, que se renova numa interação entre continuidade e mudança...”, ressaltando tanto a necessidade de atualizar o direito quanto a necessidade de estabelecer *parâmetros apropriados* onde tal atualização possa e deva ocorrer (RAMOS, 2010, p. 15).

46 Vide nota 7.

meramente opinativo no processo normativo⁴⁷? Mas há outras questões sensíveis: como conciliar a ideia de *conduta conforme a regra* que permeia o discurso deontológico, se a própria existência da regra (a conduta conforme o Direito) está condicionada à decisão judicial posterior, ou seja, *ex post facto*?

É notória a expressão “os limites da minha linguagem significam os limites do meu universo” (WITTGENSTEIN, 1968, p. 111). Nesse sentido, a expressão “o Direito é aquilo que o Judiciário diz que é”, ainda que de forma involuntária ou inconsciente, implica a percepção de que o Poder Judiciário estaria ancorado em certo tipo de “superpoder republicano”, inicial, ilimitado e incondicional, tal como o próprio Poder Constituinte Originário.

Em tese, tal desenho institucional é possível em termos jurídicos-políticos, mas não na atual configuração estrutural do Poder Judiciário brasileiro, que não prevê praticamente nenhuma forma de responsabilização social e política pelas decisões proferidas. O sistema brasileiro não formaliza critérios de *accountability*⁴⁸ bem definidos para o Poder Judiciário, o que é empiricamente demonstrado no atual debate sobre o ativismo judicial. Sem tais critérios de controle e responsabilização, é razoável afirmar que Poder Judiciário não ostenta legitimidade que sirva de suporte para que afaste ou substitua as decisões do Poder Político eleito de forma democrática. Ou seja, não se trata exatamente de um problema de separação ou independência de poderes, mas de limites de atuação e critérios de responsabilidade política. Basta lembrar que é também uma questão de *accountability* a responsabilidade integral pela decisão proferida: ao ordenar atuação política de forma segmentada (a compra de um remédio, por exemplo) apenas cuida de um aspecto da questão, remetendo aos outros poderes a responsabilidade pelos outros aspectos daquela mesma questão⁴⁹.

Assim, parece ser necessário formular novas perguntas e oferecer novas respostas ao tema, *ampliando o universo* daquela *linguagem ativista*, no objetivo de ampliar os limites que cerceiam o debate sobre ativismo. Dito de outra maneira, é imperativo que a frase “o Direito é aquilo que o Judiciário diz que é”, na experiência brasileira, seja ampliada para acrescer as

47 Capelletti relembra que “Nos países de Common Law, pelo contrário, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do Direito.” (CAPELLETTI, 1992, P. 123).

48 “Embora o conceito de *accountability* tenha origem relacionada com o Poder Legislativo, sua aplicabilidade ao Poder Judiciário é amplamente reconhecida. *Accountability* é um dos requisitos do Estado de Direito segundo o qual ocupantes de cargos públicos devem responder pelas suas ações segundo regras jurídicas preestabelecidas e segundo as previsões legais que determinam o limite do exercício do poder pelos órgãos do Estado.” (FREITAS FILHO, 2007, p. 2)

49 Por exemplo, reorganizar tanto o planejamento quanto o orçamento público, após decisão que ordena o cumprimento de despesa não prevista, especialmente o impacto da despesa não prevista nos outros programas e ações governamentais.

condições e limites que cerceiam a atividade interpretativa, no sentido de acrescentar critérios e condições de controle e/ou responsabilização judicial. Se o Juiz entende que pode (ou deve) desconsiderar o que foi determinado pelo sistema político instituído, inclusive naquilo que trata das supostas omissões legislativas⁵⁰, deve se responsabilizar pelo poder titularizado e exercido. Em suma, defender o ativismo judicial sem assumir responsabilidade por suas consequências é conduta tão abjeta e imoral quando aquela que a *postura ativista* pretende combater, já que “...as coisas resultam terrivelmente perigosas quando juristas, juízes e tribunais à nossa volta danam-se a decidir a partir de valores, afastando-se do direito positivo” (GRAU, 2014, p. 138).

1.3 O Debate Reorganizado

Antes de prosseguir, cabe situar que o ativismo judicial é, e compõe, uma realidade. É necessário perceber que, no atual momento histórico-geográfico, nem todas as questões formuladas possam ser respondidas, já que, repete-se, sequer um acordo semântico mínimo foi sedimentado sobre a questão. Cabe arguir: Quando uma decisão é ativista? Quando partido político ajuíza ação com o objetivo de obstar a discussão legislativa, está voluntariamente entregando poder político ao Judiciário? Quando o Poder Político oferta à Jurisdição Constitucional ferramentas concretas e objetivas de inovação no direito positivo – tais como a ação de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção – está entregando também uma autorização de atuação política?⁵¹

Todas as questões acima levam a crer que o apego dogmático a questões orbitais parece irrelevante e estéril, pois sequer conseguimos identificar aquilo que é essencial ao debate. De qualquer forma, há que ficar claro da inadequação, *na realidade brasileira*, de uma crítica ao ativismo judicial com base na discussão sobre legitimidade ou mesmo separação de poderes. Já foi arguido neste texto sobre o “*quão leniente é um Poder Executivo que sequer dimensiona suas efetivas necessidades de recursos humanos?*”. Dessa primeira pergunta surge uma segunda: na medida em que cidadãos, “titulares do poder”, literalmente falecem porque os recursos da área de saúde não são gerenciados adequadamente, seria possível

50 É cediço que a falta de norma regulamentadora nem sempre significa uma omissão legislativa: o Poder Político, por *expressa* opção política, pode retirar da pauta legislativa matérias que considere *politicamente inviáveis* em determinado momento histórico.

51 “A grande inovação do constitucionalismo europeu do pós-guerra, que se irradiou para toda sua área de influência, é a existência desse aparato institucional de garantia de cumprimento, com a atuação dos Tribunais Constitucionais.” Maria Paula Dallari Bucci. (BUCCI, 2009, p. 7)

debater a legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo? Ademais, antes mesmo de debater sobre o grau de *legitimidade*, é necessário *desnaturalizar* esse conceito: o que é legítimo, em termos de democracia representativa? Em outras palavras, o sufrágio condiciona e garante a existência de uma *legitimidade*⁵²?

É necessário enfrentar questões que parecem, até agora, negligenciadas. Aqueles que realmente pretendem criticar o ativismo, com base nos argumentos de legitimidade, estão obrigados a enfrentar, no mínimo, a crítica de que, ao menos no caso brasileiro, os Poderes Executivo e Legislativo também devem enfrentar o debate sobre carência de legitimidade, porquanto, reiteradamente, descumprem preceitos constitucionais básicos. E melhor sorte ainda não socorreu os críticos com fundamento nos argumentos consequencialistas, em especial o dito *argumento orçamentário*⁵³.

Por outra via, supor que a Corte Constitucional tenha autoridade para *profetizar o Direito*, ostentando uma *Carta Constitucional em Branco* na mão esquerda e impondo suas interpretações pela espada da mão direita, é, na melhor das hipóteses, compreender que a ideia de legitimidade democrática é antagônica à ideia de jurisdição constitucional. Curiosamente, talvez a maior crítica ao ideário ativista seja a obra de Eros Roberto Grau, *Por que tenho medo dos juízes*⁵⁴, em face de sua condição particular de juiz constitucional aposentado.

Eis um modo de encarar o problema: aqui e agora é irrelevante se o ativismo judicial é algo bom ou ruim⁵⁵, pelo simples motivo de que não estamos nem perto de construir um catálogo de *topoi*⁵⁶ que nos habilitaria a um debate razoável. É necessário discutir a legitimidade do Poder Judiciário em relação a questões políticas, mas não com base em

52 É possível especular sobre a existência de um espectro formal (a votação) e outro material (as condições reais da votação) na dita legitimidade democrática? Há exemplo emblemático quando 100% dos eleitores registrados comparecem às urnas, ou seja, nenhum adoecido ou acidentado, nenhum óbito: “O presidente iraquiano, Saddam Hussein, foi reeleito para um mandato de sete anos no plebiscito realizado ontem com 100% dos votos, de acordo com os resultados oficiais anunciados hoje”. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u46481.shtml> (acesso em 06/07/2015, 15h00).

53 Explica-se de forma muito resumida: de um lado, a receita pública é uma universalidade composta de inúmeros itens, inclusive endividamento por emissão de títulos e privatizações, havendo portanto, fontes alternativas de financiamento para arcar com despesas extraordinárias, inclusive, no limite, o aumento da base monetária (emissão de moeda). Por outro lado, cabe lembrar que a despesa pública envolve não apenas o universo orçamentário, mas também um fluxo de caixa que precisa ser gerenciado, no mínimo, com previsibilidade, e que *ataques judiciais* àquela previsibilidade importam em consequências negativas.

54 A obra é assim descrita por aquele autor: “Agora ele é, se o descrevo objetivamente, uma defesa do direito positivo”... (GRAU, 2014, prefácio).

55 Uma exacerbação da ideia de um *ativismo bom versus um ativismo ruim* foi cunhada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em entrevista concedida: “... é como colesterol: tem do bom e tem do ruim...” (apud PÁDUA, 2015, p.141).

56 “*Topoi* são, para Aristóteles, então, pontos de vista empregáveis em muito sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade (VIEHWEG, 2008, p. 25-26)”.

autores que desconhecem sistemas políticos coronelistas e/ou estamentais, como é o sistema político brasileiro. Cabe perceber que, no mundo real em que vigora a Constituição Brasileira, são apresentados problemas para um Poder Judiciário que, tendo em vista a vedação ao *non liquet*, resta obrigado a decidir questões políticas. Portanto, *aqui e agora*, parece ser mais importante discutir os limites daquela *atitude interpretativa mais expansiva, da Constituição e do Direito* do que discutir a legitimidade do Poder Judiciário para adentrar questões políticas.

Em suma, há que ser buscado um modelo de racionalidade do direito que garanta o tratamento isonômico perante o Poder Judiciário. Ainda que não possa ser considerado como critério único⁵⁷, a isonomia parece ser o único denominador comum apto a sustentar a pretensão de legitimidade e racionalidade universais.

1.4 Isonomia “Decisória”

A princípio parece desconexo associar o ativismo judicial à pretensão de isonomia decisória, até mesmo pela completa ausência prévia de conteúdo dessa expressão⁵⁸, e talvez realmente o seja. Entretanto, não se percebe *aqui e agora* uma terceira via, especialmente se admitida correta a hipótese de que tanto a crítica quanto o aplauso ao ativismo *à brasileira* tem base mais ideológico-sentimental do que analítico-reflexiva. Possivelmente a alternativa mais razoável seria aceitar o ideário ativista como um *fato* e customizá-lo para aparar as arestas mais perigosas, estabelecendo um marco inicial para um processo de *depuração histórica*.

Nessa via, é necessário que a jurisprudência seja construída a partir de uma ideia de formalização e mapeamento de padrões de recorrência descritivos de linguagem, que permitam universalizar as razões decisórias, o que garantiria um tratamento isonômico não apenas perante a lei mas também perante o Poder Judiciário. Em breves linhas, o trecho anterior traduz o que agora se denomina isonomia decisória. De fato, se é necessário permitir ao Judiciário uma atuação que possa promover a correção de rumo daquele sistema político estamental, é também necessário inculcar uma lógica de *accountability* no discurso judicial para garantir um mínimo de coerência nas manifestações do Poder Judiciário. Em um sentido

57 Apesar do truísmo, cabe lembrar que a lei pode ser injusta e teratológica e ainda assim ser aplicada de forma isonômica.

58 Aqui o brocardo *Ubi eadem ratio ibi idem jus* diz tudo e nada, simultaneamente.

análogo, Dworkin trabalha com o conceito de *integridade*⁵⁹, que não parece adequado nesse momento histórico, pois integridade supõe um grau de coerência decisória que ainda não parece corriqueiro na jurisprudência brasileira. Entre nós, causa inquietação a ideia de que *não há jurisprudência no Brasil*⁶⁰, especialmente quando se constata que a afirmação encontra suporte empírico no trabalho de José Rodrigo Rodriguez e seu conceito de *zona de autarquia*, que seria caracterizada por uma “...falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturalizados.” (RODRIGUEZ, 2013, introdução).

Em outras palavras, se não há jurisprudência, em seu sentido mais próprio, sequer sabemos qual é o romance em cadeia que estamos a redigir. Para reduzir a uma frase: em voo rumo à integridade, a escala na coerência é um tipo de *parada obrigatória*. Aqui é absolutamente pertinente o alerta de Roberto Freitas Filho: “Se o texto não é um pleno de sentido, tampouco a decisão é criadora de um sentido que nunca existira.” (FREITAS FILHO, 2009, pg. 317).

Assumindo correta a afirmação de que *não há jurisprudência no Brasil*, é justamente a preocupação com o excesso de vagueza linguística no discurso jurídico brasileiro que norteia este trabalho, e sustenta a necessidade de reforçar uma ideia de isonomia decisória, como agora se alude. Em suma, portanto, o objetivo é buscar um modelo de racionalidade hermenêutica jurídica que possa, ao mesmo tempo, atender o caráter moralista do ideário constitucional moderno e manter um mínimo de racionalidade isonômica⁶¹, até mesmo porque é absolutamente razoável supor que a correção (ainda que parcial) dos vícios políticos verificados na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo resultaria na diminuição das carências sociais verificadas no cotidiano nacional, o que, por consequência, diminuiria a necessidade de um protagonismo judicial tão exacerbado⁶². Em *última ratio*, é o retorno ao essencial: no mínimo, compete ao Poder Judiciário e ao Direito a pacificação das relações

59 Uma estrutura de linguagem estruturada sob a forma teórica de um romance em cadeia, onde os novos capítulos são inéditos, mas respeitam uma estrutura racional pré-estabelecida (DWORKIN, 2014, p. 276).

60 Para Luiz Edson Fachin, jurisprudência é método: “...falta solidez hermenêutica no conjunto dos precedentes dos tribunais que deviam trazer estabilidade e previsibilidade, que são próprias do verdadeiro sentido da jurisprudência”. Programa do seminário jurídico avançado para o mestrado e o doutorado em direito no PPGD/Uniceub. Disponível em http://www.uniceub.br/media/303859/Plano_de_Ensino.pdf (acesso em 18/06/2015, 15h15m).

61 Aliás, sob aquilo que Eros Grau chamou de “razão de conteúdo” (vide nota 7), o Judiciário também poderia, em tese, ocultar interesses e pretensões amorais ou mesmo ilegais.

62 Num exemplo profundamente arrojado para a realidade brasileira, basta imaginar um sistema de saúde que tenha a oferta de produtos e serviços *estatisticamente* adequado às demandas geográficas e temporais. Tal sistema certamente ainda apresentaria falhas, dado que médias e medianas não compreendem a totalidade da experiência, mas parece razoável supor que um sistema mais efetivo de gestão levado a cabo pelo poder instituído importaria na diminuição de demandas judiciais com vistas a fazer cumprir direitos sociais.

sociais. Uma jurisprudência aleatória não respeita sequer esse postulado mínimo, já que não informa previamente a sociedade sobre o devir jurídico, mas, ao contrário, serve de incentivo a experimentações de conduta que poderão, ou não, ser chanceladas pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, ainda que a construção normativa dependa (e varie) dos termos da equação que conjuga texto e significado, ou seja, de uma *realidade tempo/espaço específica*⁶³, não decorre daí a necessidade de abdicar do ideal de previsibilidade normativa e estabilização de expectativas⁶⁴ justamente porque é necessário ressaltar o aspecto funcional do Direito – orientar as interações sociais juridicamente valoradas.

Nesse contexto, é necessário perceber que o déficit de fundamentação das decisões judiciais apresenta-se como o *pressuposto metodológico* do solipsismo judicial, que, por sua vez, é associado ao ativismo judicial: a mera vontade do juiz prevalece porque não há elementos suficientes para analisar a decisão proferida e, dessa forma, não é passível de contestação científica e muito menos de universalização isonômica. Aliás, é justamente em face de um Judiciário sem limites bem conformados em relação à atividade hermenêutica, somado ao caráter personalista do sistema judicial, que as críticas realizadas ao ativismo judicial ressoam de forma tão robusta. No exemplo brasileiro, o ativismo judicial é um fator que exacerba a insegurança jurídica, justamente porque amplia o leque de atuação do Poder Judiciário, dando *mais espaço para o juiz fazer aquilo que quiser*.

Sob outro prisma, ainda que seja verdade que haja casos limítrofes, em que a realidade específica pode exigir a quebra das *responsabilidades de continuidade do romance em cadeia*, ainda assim não é possível simplesmente supor que o Judiciário possa atuar de forma autocrática, já que, mesmo na hipótese de uma decisão para além *da moldura normativa previsível*⁶⁵, resta ainda a responsabilidade de compreender aquela própria decisão como elemento normativo que doravante deverá ser observado nos capítulos futuros do romance em cadeia. Portanto, a ideia agora defendida não é a de tratar sobre o *espaço* – as matérias políticas que, em tese, estão fora do alcance do Poder Judiciário no modelo idealizado da separação de poderes – justamente porque tal discussão exige um grau de maturidade institucional que nossa organização política está longe de alcançar. A pretensão é iniciar um movimento que busca desenhar um modelo de conformação *daquilo que o juiz pode decidir*,

63 “...o intérprete apreende o significado dos textos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas. Daí que a realidade do momento no qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso.” (GRAU, 2014, p. 31).

64 O direito é um sistema social de estabilização de expectativas. (LUHMANN, 1983, p.121).

65 Não mais se discute a possibilidade de que a decisão formalize uma situação “...completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN, 2014, p. 394).

especificamente ditando regras para orientar *a forma como o juiz deve se manifestar*⁶⁶. Nessa linha, a tese de FREITAS FILHO (2009, p. 314) sobre a distinção entre normas abertas e fechadas, a partir de um critério linguístico que envolve, no primeiro caso, a utilização de palavras ou expressões avaliatórias, e, no segundo caso, a utilização de palavras ou expressões descritivas apresenta-se como importante contribuição para o debate mais qualificado sobre o controle das manifestações jurisdicionais.

Supõe-se, portanto, que um primeiro critério de *accountability* a ser aplicado sobre o Poder Judiciário é a obrigação de efetivamente demonstrar suas razões decisórias, no escopo de tornar possível a universalização daquelas razões. Assim, o Judiciário passa a responder por suas decisões, não apenas em um modelo subjetivo de constrangimento social ou epistemológico, mas também em um modelo objetivo de racionalidade na construção da norma de decisão⁶⁷. E não se trata de uma releitura da interpretação do direito como operação silogística, pois o cerne do problema não reside na *operação silogística*, mas sim na *correta determinação dos fatores* daquela operação, ou seja, na qualidade e transparência dos argumentos decisórios, estruturado de forma apta a constituir padrões de recorrência jurisprudenciais.

Por fim, ainda que a decisão judicial sempre se apresente como *resultado em debate*, o enfrentamento perene entre a resposta jurídica *concreta e necessária* para uma questão particular e a contínua necessidade de resolver demandas inéditas com base em respostas jurídicas inovadoras⁶⁸, mantém-se intocável a necessidade de respeitar um critério de coerência. Evitar o vício do aguilhão semântico⁶⁹ de Dworkin não autoriza a construir uma anarquia linguística, histórica ou conceitual. Portanto, não se trata aqui de nenhum *retrocesso* ao positivismo exegético e, muito menos, de uma arrojada *inovação*: a pretensão não é por um modelo que reproduza decisões judiciais, mas sim por uma forma mais *sofisticada* de

66 Para Streck, é necessário desenvolver uma teoria da decisão judicial como forma de enfrentamento ao arbítrio judicial, que deveria encampar uma preocupação sobre o modo como juízes e tribunais devem decidir: “Se ficarmos a mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista, estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo *proprietário dos sentidos da lei*” (STRECK, 2014, p. 328)

67 Para Eros Grau, a partir do texto normativo a atividade interpretativa deve *construir* a norma *no quadro da realidade contemporânea à interpretação*, desenvolvendo o que aquele autor denomina de *norma jurídica* que deve ser então *concretizada* em uma *norma de decisão*. (GRAU, 2014, p. 33).

68 “...o desafio da interpretação é um tema recorrente da Teoria Geral do Direito, que se renova numa interação entre continuidade e mudança...” (RAMOS, 2010, p. 11).

69 STRECK (2014, p. 292) explica a questão, para dizer que as vítimas do aguilhão semântico “...*são aquelas que pensam que somente podemos discutir sensatamente se todos aceitarmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas – mesmo que não possamos afirmar, com a exatidão esperada de um filósofo, que critérios são esses.*”.

argumentação, que possa melhor *detalhar* a decisão judicial e permitir algum tipo de controle das razões decisórias.

CONCLUSÃO

A lógica que envolve o debate sobre ativismo judicial tem base em ideologias e predisposições que soam inadequadas a um debate de tamanha importância. De fato, a percepção de um ativismo *qualitativo* parece estar consolidada no debate. É necessário ultrapassar a *celeuma adjetivatória* de um ativismo judicial “bom” e outro “ruim”.

Há, no Brasil, um tipo de especial de ativismo judicial, que é referendado por premissas históricas particulares e que exige respostas doutrinárias também particulares. É necessário, portanto, teorizar sobre a conformação legítima e necessária que deve cercear a atividade do Poder Judiciário brasileiro, quanto adentra questões eminentemente políticas.

Uma solução, ao que parece, é exigir do Judiciário que se expresse dentro de um modelo argumentativo organizado e coerente, de forma a permitir a construção de modelos que permitam universalizar as razões decisórias, assegurando que o Judiciário seja constrangido, no mínimo, por um imperativo de coerência em relação a seus próprios pronunciamentos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve *ampliar sua linguagem jurisprudencial* no sentido de se posicionar em submissão ao Direito, justamente para negar a pretensão de reduzir o Direito às declarações proferidas em sentenças e acórdãos.

Importante, ainda, explicar que não se trata de uma postura positivista exegética de universalizar decisões a partir dos textos normativos, até mesmo porque não se pretende a replicação de decisões judiciais. A lógica é estruturar um corpo coerente de *razões decisórias* que possam ser universalizadas. Aliás, nesse ponto, é fundamental entender que estruturar razões decisórias é ato distinto daquele de produzir decisões *repetitivas* ou *vinculantes*: não se trata da forma do ato decisório, mas de seu conteúdo.

Por fim, é necessário pontuar que a isonomia não garante um sistema jurídico justo, ou democrático, ou humanista, pois é evidente que mesmo a regra geral e abstrata pode atribuir ou restringir direitos de forma seletiva. Mas garante, ao menos, que eventuais injustiças e iniquidades não sejam distribuídas de forma arbitrária. Mais importante: substituir eventuais iniquidades (ou “injustiças”) da Lei, por eventuais iniquidades (ou “injustiças”) de um juízo ativista pode parecer a mesma coisa, mas as diferenças são substanciais: a eventual iniquidade da lei é prévia e pertence ao debate público, enquanto uma eventual iniquidade da decisão

judicial é *ex post facto* e pertence ao *mundo dos autos*, o que fragiliza a própria noção de *conduta conforme a regra*.

Em suma, a expressão *o direito é aquilo que a Suprema Corte diz que é*, por desconsiderar qualquer tipo de conformação limitadora da expressão do poder, representa uma patologia que severamente ameaça qualquer ideal verdadeiramente democrático.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto; BUSSI, Mario (org.). **Qual democracia?** 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA. Belo Horizonte, ano 9, n. 103. Fórum, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FÉ, Raquel Mousinho de Moura. **A repartição de rendas entre os entes da federação e sua repercussão na caracterização do federalismo brasileiro: uma investigação acerca do desenvolvimento do federalismo fiscal-financeiro no Brasil**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, nº 1, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo, Atlas, 2013.

FERRY, Luc. **Aprender a viver: filosofia para os novos tempos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção Judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2010.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

PÁDUA, Thiago Aguiar. **A expressão “ativismo judicial”, como um “clichê constitucional”, deve ser abandonada**: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

PONTES, de Miranda. **Introdução à política científica**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)**. Rio de Janeiro: FVG, 2013.

SECONDAT, Charles Louis. **O espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista nos Tribunais, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise de atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-464, 2008.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **A primavera do Islã e a ilusão pretensiosa da universalização da modernidade**. *Revista Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 9, n. 2, Jul./dez. 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-philosóficus**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.