

O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

O DIREITO CONDUZINDO DIÁLOGOS RELEVANTES
ENTRE REALIDADES DO CONHECIMENTO¹

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS:

THE LAW CONDUCTING RELEVANT DIALOGUES BETWEEN REALITIES OF KNOWLEDGE

Regina Vera Villas Bôas
regvboas@terra.com.br

Francis Ted Fernandes
ffernandes@tortoromf.com.br

"O nascimento e a morte de seres humanos não são ocorrências simples e naturais, mas referem-se a um mundo ao qual vêm e do qual partem indivíduos únicos, entidades singulares, impermutáveis e irrepetíveis" (Hannah Arendt)².

Recebido em: 13/02/2015
Aprovado em: 03/11/2016

Sumário: I - Reflexões introdutórias: o poder judiciário deve satisfazer a pretensão de justiça da maneira mais adequada; II -Complexidade do sistema tripartite de divisão de poderes, evolução do sistema jurídico e garantia dos direitos fundamentais; III –Os conceitos de indeterminação e de complexidade no sistema jurídico para a hermenêutica jurídica: compreensão do ativismo judicial;IV – Conclusão: diálogos entre o direito e outras realidades do conhecimento anunciando que o poder judiciário deve sempre agir objetivando exercitar a sua função típica; V - Referências.

Resumo:

O artigo enfoca a temática da concretização dos direitos fundamentais admitindo diálogos entre áreas do conhecimento, praticando-se ou não o ativismo judicial. Admite a complexidade entre os poderes constituídos,

Abstract:

The article focuses on the issue of implementation of fundamental rights admitting dialogues between areas of knowledge, whether practicing or not judicial activism. Acknowledges the complexity of the con-

¹ A elaboração do presente artigo tem inspiração no texto escrito pelos mesmos autores que está publicado na Revista do Direito Privado da Ed. RT, nº 65.

² The Human Condition, Chicago-London: The University of Chicago Press, 1989, p. 97. Trad. de Roberto Raposo, RJ: Forense Universitária, 1993, p. 108.

afirmando a existência de uma linha demarcatória de competências entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Reconhece que ao ser chamado para decidir - no caso de omissão ou de prática de atos ilegais pelo Legislativo ou Executivo—o Poder Judiciário deve agir com a finalidade de concretizar o exercício de sua função típica. Considera a interpretação do direito como um fenômeno complexo, que não se limita à subsunção de fatos às normas, mesmo em ambiente de muita certeza, e que os métodos fundamentados na lógica clássica, muitas vezes, são insuficientes ao intérprete para solucionar adequadamente os casos concretos. Lembra que o intérprete pode navegar nos mares incertos da lógica do razoável, fundamentando os resultados de suas investigações na argumentação jurídica, asseverando que a complexidade e a indeterminação são variáveis que podem contribuir para a evolução do sistema sócio-jurídico, com a finalidade de dar efetividade ao Direito e concretizar a Justiça Social.

Palavras-Chave:

Ativismo judicial – tripartição de poderes – lógica clássica e jurídica – complexidade – justiça contemporânea – efetividade dos direitos fundamentais

stituted powers, affirming the existence of a line of demarcation between the judicial, legislative and executive powers. Recognizes that when to be called to decide - in the case of omission or practice of illegal acts by the Legislative or Executive Branches – it must act in order to achieve its typical function. Considers the interpretation of the law as a complex phenomenon that is not limited to the subsumption of facts to the rules, even when facing a circumstance of full conviction, and that the methods based on classical logic are often, not enough to provide an appropriate solution to the interpreter in specific cases. It remembers that the interpreter can *float on unknown seas* of the reasonable logic, basing the results of his/her investigations on the legal argumentation and it admits that the complexity and the indetermination are variables elements that can contribute to the evolution of the socio-legal system, having as goal the provision of effectiveness to the Law and the achievement of Social Justice.

Keywords:

Judicial activism-tripartite powers-classical and legal logic-complexity-contemporary justice-effectiveness of fundamental rights

I. Reflexões introdutórias: o Poder Judiciário deve satisfazer a pretensão de justiça da maneira mais adequada

A atuação do Poder Judiciário e sua interação com os poderes Executivo e Legislativo despertam, atualmente, debates acalorados na comunidade jurídica, reflexo do que vem ocorrendo na sociedade. Os pontos de tensão relativos ao tema, geralmente, gravitam em torno das seguintes indagações problemáticas: qual seria a linha divisória entre a atuação do Poder Judiciário e dos demais poderes constituídos? Nos dias de hoje, o Poder Executivo e o Poder Legislativo sofreriam, mais do que em qualquer outro tempo no Brasil, um acaquilha de competência perpetrado pelo Poder Judiciário? A pretensão de formulação de respostas às estas indagações é tormentosa e requer reflexões verticalizadas a respeito da matéria.

A presente pesquisa propõe o reconhecimento da complexidade como uma consequência natural, necessária e própria do sistema tripartite de divisão de poderes, sendo

também fundamental ao pleno exercício dos direitos fundamentais da pessoa. Relevante a consideração de que o mote do presente trabalho não sobrepujara a complexidade, que caminha na trilha da convivência com o indeterminado e, o acaso, como um fato da vida, inerente ao processo de tomada de decisão.

Em passado longínquo, nos primórdios do despertar da consciência, o ser humano já se preocupava em determinar e dominar os fenômenos da natureza que o circundavam, o que é lembrado por Edgard Morin (2011, p.5) ao afirmar que os pensamentos devem dispersar as trevas, ordenar e clarear as realidades, além de revelar as leis governantes (...), valendo-se da complexidade, palavra que “só pode exprimir nosso incômodo, nossa confusão, nossa incapacidade para definir de modo simples, para nomear de modo claro, para ordenar nossas ideias”. Lembra, na sequência, que esses modos simplificadores do pensamento, que tudo pretendem explicar e determinar, cegam e mutilam as realidades e os fenômenos que pretendem esclarecer, ao invés de elucidá-los.

Brota do sistema tripartite de divisão de poderes uma complexidade natural, a qual possibilita a compreensão do exercício da atividade primordial do Poder Judiciário “o zelo pela efetividade da justiça e sua administração” a ser realizado não somente como uma simples adequação do fato ao texto da norma jurídica, captado com um caráter puramente mecânico e silogístico, mas sim, a partir da interpretação contemporânea dos fatos e da norma, esta subsumida no texto normativo.

Na trajetória temporal, notadamente após o período da segunda Grande Guerra, prolifera-se a complexidade nas relações socioambientais, as quais são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, que se manifesta sobre os variados conflitos que lhe são encaminhados, revelando inúmeras vezes a insuficiência do positivismo lógico, de caráter subsuntivo na solução justa dos casos concretos. Assim é o intérprete/aplicador da norma jurídica necessita compreender e responder às distintas questões da vida, que lhe são encaminhadas, estabelecendo equilíbrio entre a situação apreciada, a segurança jurídica, a justiça social e a paz mundial, consideradas como postulados epistemológicos do sistema jurídico. Das realidades pretendidas no processo de decisão judicial, emerge a consideração de que, *per se*, a utilização do positivismo lógico, como método interpretativo, não garante a manutenção da segurança jurídica e a efetividade da Justiça.

Ultrapassando a lógica clássica que no passado era considerada uma perfeita balizadora do processo de tomada de decisão, os intérpretes se valem da lógica do razoável que, no contexto da lógica do concreto, não se limita à retórica clássica, mas ao diálogo socrático, à dialética e à tópica, considerando os métodos e os instrumentos ofertados pelas teorias da argumentação, que corroboram as conclusões e as inferências apreciadas (PERELMAN, 2004, p. 152). A partir desse paradigma, imperioso ao intérprete do direito, a percepção de uma obscura realidade, que lhe favoreça reflexões verticalizadas, sempre com a finalidade de ofertar soluções justas às novas realidades ofertadas ao mundo jurídico.

O pensamento jurídico, cuja direção se aproximava da certeza da física mecânica, em relação à busca de uma segurança absoluta, contemporaneamente, admite incertezas – constatadas de maneira irrefutável, nos domínios da física quântica, favorecendo ao ideal de justiça (EISBERG, 1979, p. 97). Esse novo paradigma, por admitir a indeterminação como um fato da vida e, também, da ciência, não raras vezes provoca, de maneira geral, um sentimento de insegurança na sociedade e - especificamente, corroborando a presente investigação - nos intérpretes do direito.

É no contexto social de incertezas, indeterminações e inseguranças que o Poder Judiciário é chamado para intervir, buscando assegurar e solucionar pretensões de justiça, reivindicadas por pessoas, cujos interesses jurídicos e/ou direitos são lesados ou ameaçados

de lesão, situações decorrentes, muitas vezes, da omissão dos demais poderes constituídos, que não conseguem proteger e garantir direitos já garantidos pela esfera jurídica. Nesse âmbito, são muitos os exemplos ofertados, abrangendo desde a ausência de medicamentos adequados à garantia do mínimo vital à condição humana – devem ser garantidos pelo Poder Executivo -, até a omissão do Legislativo - em tese conveniente - no enfrentamento das problemáticas contemporâneas, notadamente as relacionadas às minorias, como é o caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, por exemplo.

A referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, (ADPF nº 132) -que tem como arguente o Governador do Estado do Rio de Janeiro, ar- guidos o Governador do Estado do Rio de Janeiro, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e os Tribunais de Justiça dos Estados, Relator o Ministro Carlos Brito Ayres, Advogado da União Rodrigo de Souza Aguiar -decide pela possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, apresentando a ementa a seguir exposta

Direitos Fundamentais. União Homoafetiva. Servidor Público. Normas Estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares: Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: Observância dos Direitos Fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito Comparado. Decisão dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição, a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família.

Extrai-se, do exposto, que o Poder Judiciário decide (legislando) sobre matéria relevante, que deveria ter sido regulamentada e normatizada, previamente, pelo Poder Legislativo, o que é feito pelo Judiciário, com a finalidade de não denegar a justiça, cumprindo a função primordial que lhe foi delegada de concretizar a justiça (dizer o direito), decidindo o conflito do caso concreto que lhe foi encaminhado à apreciação e julgamento.

O Judiciário, ao ser chamado para deliberar sobre questões, cuja competência é fronteira ao do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo, vive a angústia e ambivalência³ de

³ Em sua obra *Vidas em fragmentos. Sobre a ética pós-moderna* (2011), Zygmunt Bauman sustenta que, antes de qualquer classificação do que seja bom ou mal, a condição humana é moral. De acordo com seu pensamento, o homem, desde o primeiro contato com o outro, o que é inevitável, confronta-se com a escolha entre o bem e o mal. Segundo sua argumentação, muito antes de nos atribuímos ou de assumirmos a condição de escolhas entre o bem e o mal, por meio de contratos, de cálculos ou por uma causa, somos portadores de responsabilidades. Esse tipo de responsabilidade, derivada dos contratos, não substitui a responsabilidade moral original. O máximo que poderia acontecer seria uma ocultação da responsabilidade original que, ainda assim, não se diluiria, pois a condição da existência do mundo, por ter de fazer escolhas, põe o indivíduo em uma situação moral marcada pela ambivalência. Tal ambivalência não desaparece, pois, se tal ocorresse também desapareceria, o que é moral. Esse fato torna a condição da existência no mundo extremamente complexa, dificultando o acesso a uma vida despreocupada, uma vez que o indivíduo não será dispensado do dever de escolher nenhuma delas (CRUZ, Daniel Nery da. *Lipovetsky Vs. Bauman. Conhecimento Prático. Filosofia*. São Paulo. Ano 7. Ed. 46 – dezembro 2013/janeiro 2014, p. 21.).

não pode deixar de decidir, porque não pode denegar a justiça, deixando de dizer o direito, sua primordial função social e jurídica. Nesse sentido, argumenta-se sobre situação similar enfrentada pelo homem, no primeiro contato com o seu próximo, em que coteja a escolha de fazer o bem com a de fazer o mal, observando a impossibilidade de não decidir entre elas e, também, de deixar de determinar claramente a fronteira entre ambas. Pois bem, assim como a situação defrontada pelo homem, no seu primeiro contato, dele exigiu uma difícil, mas necessária escolha, também, o julgador, deve dizer o direito, escolhendo a melhor solução ao conflito que é submetido, valendo-se de adequada e justa solução para o caso concreto, de maneira a satisfazer a pretensão de justiça, sem quebrar e/ou afrontar a coerência harmônica do sistema jurídico.

E a pergunta que se torna evidente sobre a situação revelada é se o Poder Judiciário estaria praticando “ativismo judicial”, ao decidir sobre situações que, em princípio, esbarriam nas competências dos outros poderes constituídos.

Existem, pois, inúmeros questionamentos e dúvidas sobre o que seria o referido “ativismo judicial”. Pergunta-se, desde logo, se o “ativismo judicial” não seria a própria atitude judicial de não praticar a denegação da justiça? O “ativismo judicial” estaria vinculado aos mecanismos de preservação de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito à negativa da autocontenção judicial? O Poder Judiciário estaria perpetrando afrontoso achaque de competência dos Poderes Executivo ou Legislativo ao praticar o “ativismo judicial” ou aceitando a existência de uma complexa dialogia entre os poderes constituídos, evoluindo a luta dos direitos humanos?

II. Complexidade do sistema tripartite de divisão de poderes, evolução do sistema jurídico e garantia dos Direitos Fundamentais

De maneira geral, o vocábulo “ativismo judicial” vem sendo utilizado pela doutrina contemporânea, referindo-se às decisões jurídicas prolatadas pelo Poder Judiciário quando solucionam casos concretos que envolvem matérias não regulamentadas e/ou normatizadas pelos poderes Legislativo e Executivo. Dessa maneira, o “ativismo judicial” está relacionado à matéria não enfrentada regularmente, expressamente e de maneira definitiva por estes dois poderes.

Luis Roberto Barroso (acesso em: 25 out 2014) leciona que o ativismo judicial está relacionado à aplicação direta do texto constitucional feita pelo Poder Judiciário, lembrando que se refere às situações que não se encontram expressas no referido texto e, também, independentemente de manifestações anteriores feitas pelo legislador ordinário. Acrescenta à análise, a “*declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, baseados em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e, também, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas*”.

Parte da doutrina nacional e estudiosos do direito debatem sobre a importância social da prática do ativismo, considerando tratar-se de mecanismo garantidor da justiça social no que tange à preservação e à efetividade de direitos fundamentais do Estado Democrático

de Direito. Outros enfatizam o seu oposto, referindo-se à autocontenção judicial⁴, afirmando tratar-se de postura ajustada aos ditames constitucionais.

O que importa à compreensão do fenômeno, denominado pela doutrina como ativismo judicial, é lhe dar enfoque a partir de novo olhar, considerando a complexidade da relação existente entre os poderes constituídos, apartando a pretensão de ultrapassá-la. Assim porque a complexidade deve ser recebida como primordial e imprescindível à efetividade dos interesses, garantias e direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos, os quais conseguem dar concretude aos direitos humanos.

Nessa seara, os direitos fundamentais são direitos essenciais e básicos que se reportam diretamente à *própria natureza* humana, impondo a impossibilidade de privação da pessoa desses direitos sem os quais a pessoa humana não existe, nem consegue se desenvolver e participar com plenitude da vida. (Dalmo Dallari, 1998, p. 7).

Assim, os direitos fundamentais quando compreendidos no âmbito do sistema aberto de princípios, normas e regras, buscam a proteção e garantia dos direitos da pessoa humana, envolventes dos direitos individuais, sociais, econômicos e culturais, coletivos, difusos, entre outros, todos eles pertencentes à dinâmica e complexa interação dos elementos e estruturas do sistema de freios e contrapesos, naturais da estrutura tripartite de poderes.

Quando ocorre a omissão do Poder Executivo e/ou do Legislativo, surgindo casos concretos atinentes à referida omissão, a qual é levada à manifestação do Poder Judiciário, surgem daí os debates sobre o “ativismo judicial”. Se o Poder Judiciário não responder à pretensão ofertada por aquele que se sentiu lesado ou teve seu direito ameaçado de lesão, denega a justiça, postulado do sistema jurídico, não cumprindo o seu ofício de julgar, dele se extraindo que o direito pressupõe a pretensão de sua realização (da justiça), tratando-se delimitado ao poder constituinte originário, que não é ilimitado (PIRES & MARTINS, 2012, p. 54).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2014, pp. 125-126) leciona que ao Poder Judiciário não cabe o ato da neutralidade na ocorrência de omissão ou de ato ilegal dos Poderes Legislativo ou Executivo, porque tal situação contraria o postulado da Justiça, concretizando a sua denegação, que é função essencial do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Lembra o doutrinador que os conflitos judiciais admitem novas maneiras de se realizar o direito de ação, como a prática da ação civil pública e da *class action*, modificando-se a posição do julgador, que tem a sua neutralidade atacada, quando colocado em face da exigência de “ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa, sendo que tal responsabilidade, que pela clássica divisão de poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça”.

Acrescenta, ainda Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na sequência do texto (2014, p. 126), que a responsabilidade do julgador cresce pelo reconhecimento social e político das finalidades atribuídas aos outros poderes constituídos pelas pretensões do Estado providên-

⁴ O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 25 out. 2004.).

cia, afirmando que o Judiciário, da mesma maneira que o Executivo e o Legislativo são responsáveis pela harmonia de suas condutas, seus eventuais insucessos “devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial”.

Nessa esteira, assevera Willis Santiago Guerra Filho (2009, pp. 188-189) que no atual Estado Democrático de Direito inexistente uma posição subalterna do Judiciário em face dos poderes Executivo e Legislativo, porque tal situação pode privilegiar uma neutralidade sem fundamentos, em face do dever de se ofertar a última palavra sobre justiça. Leciona o doutrinador que

O papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje não é de se esperar uma posição subalterna perante os outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, “la bouche de la loi”, mas sim, “la bouche du droit”, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito. Sobre esse ponto, aliás, explicita a jurisprudência constitucional alemã que a Lei Fundamental, quando estabelece, em seu art. 97, que o juiz está vinculado apenas à lei, essa vinculação deve ser entendida como ao Direito.

Pensar que ao Poder Judiciário se impõe o dever permanente de manutenção de neutralidade e imparcialidade absoluta, até mesmo nos casos de inércia ou prática de ações ilegais dos poderes Legislativo e/ou Executivo, causa uma visão reducionista, mutiladora e paradoxal da organização do conhecimento humano, pensamento esse amparado na lição de Edgar Morin (2011, pp. 9-10) sobre a predominância, nas ciências contemporâneas, dos métodos empíricos e da lógica de constatação que, ao contrário do que se espera “o não esclarecimento, o erro, a ignorância e a cegueira progredem com os novos conhecimentos, - que são obtidos a partir de *métodos*, os quais, “*per se*” não conseguem apreender a complexidade do que se apresenta como real”.

Entende Edgar Morin (2011, pp. 1-13) que a insistente finalidade de revelar a impecável *lógica* do mundo, busca paradigmática da física mecânica, que tudo quer suscitar e determinar, conclui pela existência de “um universo complexo, no qual a partícula é somente um elemento de um cosmos impossível de ser determinado”. Acrescenta que não afã de tudo conhecer e determinar, a física reconhece a indeterminação das partículas que compõem o universo e, por esta ótica, revela ser a complexidade uma parte integrante de qualquer fenômeno, existindo algo que não pode ser explicado, a relação entre ela e o acaso.

Para o mesmo (2011, pp. 13-34), saber que existe uma mistura entre a ordem e a desordem, na qual se ataca a complexidade, é *fator* relevante no estudo do pensamento da complexidade, que ao invés de propor a permanência de uma média entre o tudo e o nada ou alguma coisa que seja meio-termo entre o reducionismo e o holismo, diferentemente busca o reconhecimento da própria complexidade, como elemento essencial e necessário à própria evolução do conhecimento, acatando a existência da contradição. Nesse sentido, Morin (2011, pp. 35-64) leciona que a dificuldade está no retorno das expectativas epistemológicas do sujeito, do olhar científico, e não somente na renovação da percepção do objeto. Até pouco tempo, a eliminação da imprecisão, a contradição e a ambiguidade eram próprios do pensar e olhar científico, que passavam a considerar a possibilidade de conviver com “uma certa imprecisão e uma imprecisão certa com relação aos fenômenos e aos concei-

tos”, lembrando o autor - na linha da exposição de Abraham A. Moles, na obra “As ciências do impreciso”, Le Seuil, 1990 -, que hoje “um dos grandes progressos da matemática é a consideração dos ‘fuzzi sets’, os conjuntos imprecisos”.

Conclui Morin (2011, pp. 13-34), a respeito do pensamento da complexidade, que a física contemporânea passa a considerar a não precisão absoluta relacionada ao tempo e ao espaço, o que não aniquila o fato incontestável, de estarmos todos, ao mesmo tempo, no tempo e no espaço. Observa Morin que, ao se aceitar a complexidade se aceita, também, a contradição, sem se afastar a necessária harmonia que, por sua vez, se liga a desarmonia, conforme revelado por Heráclito “ *há harmonia na desarmonia, e vice-versa*”.

Ao se tratar da temática “ativismo judicial”, objeto de estudo do presente artigo, imperiosa a compreensão da complexidade, porque envolve processo - natural e complexo - da tomada de decisão do Poder Judiciário quando ao ser demandado por aqueles que tiveram as suas garantias, interesses e/ou direitos lesados ou ameaçados de lesão, na sociedade. Tal fenômeno, em tese, praticado pelo Poder Judiciário, provoca desarmonia entre os demais poderes, podendo interferir na ordem harmoniosa e segura da Constituição. Conforme o encadeamento do pensamento de Edgar Morin ora elaborado, a desarmonia que os atos de decisão do Poder Judiciário criam, inicialmente, por meio de uma certa “invasão” de competências relacionadas aos outros poderes constituídos, em tese, pode ser considerada a própria sintagma necessário à estabilização do sistema jurídico, objetivando a volta da harmonia social - a harmonia decorrente de um princípio de desarmonia. Referida chama que promove, no início, uma desarmonia entre poderes, pode ensejar um reequilíbrio sócio-jurídico necessário ao estabelecimento de uma nova ordem social, desejada pela maioria das pessoas, a qual pode enfrentar, novamente, um novo desequilíbrio, o qual pode sofrer idêntico (ou diferente) processo e, conseqüentemente vivenciar uma estabilização e, assim, por diante.

Nesse sentido, recorda-se que a evolução dos direitos fundamentais, como os direitos de minorias como mulheres, idosos, crianças e adolescentes, negros, percorre caminhos que, muitas vezes, passam pela intervenção do Judiciário, gerando, nos primeiros momentos das ocasiões das tomadas de decisões, algumas desarmonias entre poderes constituídos, retomando, porém, mais adiante, o equilíbrio jurídico e social necessários à continuidade das conquistas dos direitos e garantias.

As soluções dadas pelo Poder Judiciário às demandas, na ausência de propostas advindas do Poder Legislativo são reconhecidas como ativismo judicial por Luis Roberto Barroso (Acesso em: 25/10/2004), o qual invoca a jurisprudência norte-americana para esclarecer a origem deste fenômeno social, que teria vivido, inicialmente, uma experiência de natureza conservadora, conforme esclarece a seguir

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973),

assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Do exposto, se extrai que a complexa dialogia regularmente estabelecida entre o Poder Judiciário e os demais poderes constituídos – Legislativo e Executivo – estabelece um fator determinante à evolução dos direitos fundamentais, na medida em que a ausência de ação dos poderes Legislativo e/ou Executivo relacionada à proteção dos direitos humanos, positivados constitucionalmente, impõe dever ao Poder Judiciário de satisfazer as pretensões de justiça que lhes são submetidas pelos personagens sociais, concretizando a função primordial deste poder que é, o de não denegar a justiça, contribuir para a concretização da paz, da segurança, reequilíbrio do sistema tripartite de poderes, dando continuidade à evolução da conquista dos direitos humanos.

III. Os conceitos de indeterminação e de complexidade no sistema jurídico para a Hermenêutica Jurídica: compreensão do ativismo judicial

Os estudos apontam, inicialmente, dois importantes caminhos à compreensão do fenômeno “ativismo judicial”. O primeiro caminho mostra a necessidade de realização de pesquisa vertical e reforçada nos juristas clássicos, resgatando teorias jurídicas renomadas e conhecidas do mundo jurídico global. O segundo, que evolui em sintonia com o primeiro - consideradas algumas ressalvas -, revela um certo distanciamento de alguns critérios clássicos de interpretação jurídica, entre os quais se encontra o paradigma lógico (formal e absoluto) de adequação do fato à norma, que nasce na Teoria Pura do Direito, preconizada por Hans Kelsen (KELSEN, Trad.por João Baptista Machado, 2009).

A obra de Hans Kelsen, na tradução de João Baptista Machado, (2009, p. 387) revela que a interpretação, na seara dos procedimentos argumentativos, funciona como um instrumento mental que acompanha a aplicação harmoniosa dos métodos jurídicos, respeitando os escalões do direito - do superior ao inferior – que consideram a existência de relação de vinculação ou determinação entre as normas de escalão superior e as de escalão inferior. Nessa relação, a norma é considerada a premissa maior, o fato verificado no caso concreto é a premissa menor, e a adequação deste fato à norma é a síntese na relação, ou seja, é o resultado (decisão) da apreciação e julgamento do caso concreto pelo Poder Judiciário.

Admite Hans Kelsen (2009, p. 388) que a relação de vinculação entre as normas jurídicas não pode ser considerada exaustiva, porque sempre existe espaço à interpretação do caso concreto em face do disposto na lei, o que é denominado de moldura da norma. Esse espaço é definido como intencional, quando previsto em lei, ou não intencional quando se extrai do texto legislativo sentido não unívoco. Neste último sentido, ao ser realizada uma operação de adequação do fato concreto à moldura da norma, surgem **várias** respostas como soluções ao caso concreto, cabendo à política jurídica – e não à teoria do direito - escolher a melhor resposta ao conflito apreciado.

Os estudos realizados a partir da Teoria Pura do Direito (2009, pp. 389-394) mostram, também, que Kelsen ensina ser o juiz um criador do direito, relativamente livre, na busca da norma individual que é alcançada no exercício de uma função voluntária, preenchendo-se a moldura da norma. O doutrinador admite, porém, a produção de uma norma fora da moldura da norma, ocasião em que se cria um novo direito. Para ele a interpretação

feita pelos órgãos aplicadores do Direito é sempre autêntica e criadora de Direito, marcada pela busca não de uma resposta correta (única), eis que a existência de segurança jurídica plena é tida como uma utopia. Para Kelsen, a indeterminação do direito e/ou insuficiência dos modelos de interpretação apontam a impossibilidade de se garantir a plena segurança jurídica, conforme expõe a seguir:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. [...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Nesse passo, alguns intérpretes do direito, declarados positivistas, embasados na própria Teoria Pura do Direito, de Kelsen, buscam a todo custo a garantia da segurança jurídica, como valor máximo do ordenamento jurídico, ignorando o fato de que o próprio baluarte do positivismo, Hans Kelsen, admite a complexidade e certa indeterminação na aplicação do direito, notadamente ao se referir à impossibilidade da existência de uma única solução jurídica correta a certos casos concretos apreciados, e quando se entende possível um decreto judicial fora da moldura da norma, conforme já esclarecido, neste artigo. Extrai-se, então, das lições de Kelsen que a indeterminação e a complexidade da interpretação do direito são, também, fatos da vida.

Logo, se a complexidade e a indeterminação da interpretação do direito podem ser admitidas até mesmo no paradigma positivista, como fatos impossíveis de serem alterados, sendo aqueles com os quais o intérprete convive diuturnamente, não há razão para se considerar os métodos jurídicos não ortodoxos de interpretação, que vêm sendo utilizados pelo Judiciário - a exemplo da teoria da ponderação (ALEXY, 2012) e da teoria e metódica estruturantes (MÜLLER, 2013), como uma tomada de decisão ativista do Poder Judiciário. Considera-se, ainda, no contexto, que a decisão tomada com base em critérios heterodoxos de interpretação deve exigir do intérprete/aplicador do direito, uma carga argumentativa ainda maior do que aquela empregada na decisão tomada por subsunção (diretamente).

Impossível pensar-se na existência de uma zona de conforto absoluta, totalmente determinável e que consiga garantir segurança plena ao ato interpretativo jurídico. Os estudos e a prática mostram que sempre haverá espaços à indeterminação e à complexidade, que devem ser admitidas pelo intérprete, o qual deve fundamentar cuidadosamente as decisões tomadas, a partir de argumentação jurídica lógica e razoável, apoiado sempre em robusta **argumentação jurídica, objetivando** assestar justamente a pretensão jurídica dos envolvidos.

Para Perelman (2004, pp. 222-223), **não basta** que a decisão equitativa seja aceitável, apenas; deve estar conforme o direito em vigor. Nesse sentido, o **ônus argumentativo** do intérprete/julgador quando decide **é ainda maior**, porque ele não pode se guiar por opinião estritamente pessoal, devendo, antes, respeitar a tradição - fator de estabilidade do direito -, demonstrando caráter intersubjetivo na decisão, cuja motivação deve guardar relação direta com a sua não arbitrariedade.

Exemplo interessante é a decisão que concede direito ao locatário inadimplente de permanecer no imóvel porque é idoso e pobre, decisão esta que pode ser aceita como equitativa na ocasião do julgamento, mas pode ser considerada manifestamente **contrária** ao direito positivo vigente. A interpretação jurídica, dessa maneira, por exigir aceitação e razoabilidade, não pode ser reduzida ao procedimento lógico silogístico, como estabelecido na lógica clássica. Logo, as regras consideradas inaceitáveis podem ser preteridas em detrimento de valores ou princípios - apreciados em outros momentos, distantes da ocasião em que a lei foi elaborada -, mesmo que tal procedimento requeira uma enorme justificativa argumentativa, aceitável pelos seus destinatários – partes interessadas, profissionais do direito, opinião pública, entre outros (PERELMAN, 2004, pp. 230-238).

Extrai-se do contexto que a construção do direito envolve uma dupla exigência, a sistemática que se relaciona à elaboração de uma ordem jurídica coerente, e a pragmática que busca decisões aceitáveis pelo meio e, portanto, razoáveis, o que implica a acolhida de um conceito de adesão e não de verdade (PERELMAN, 2004, p. 238).

IV. Conclusão: diálogos entre o direito e outras realidades do conhecimento anunciando que o Poder Judiciário deve sempre agir objetivando exercitar a sua função típica

As discussões a respeito do fenômeno, conhecido como “ativismo judicial”, têm gerado muitas dúvidas sobre o exercício de competências dos poderes constituídos, estimulando estudos em vários seguimentos, disciplinas e teorias jurídicas, como é o caso das teorias da hermenêutica jurídica, da integração das normas jurídicas, da argumentação jurídica, da lógica jurídica, do direito constitucional, entre outros, concretizadas nas buscas doutrinária, legislativa e jurisprudencial, nacionais e estrangeiras.

Nesse sentido, os estudos para a elaboração do presente artigo científico revelam que a complexidade e a indeterminação são fatos da vida, que devem ser admitidos como naturais nos processos de crise, busca de reequilíbrio e de evolução de quaisquer sistemas, notadamente do sistema jurídico. E, no que se refere à interação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a complexidade e a indeterminação devem ser apreciadas como naturais e inerentes ao sistema tripartite de poderes. Observa-se, na matéria apreciada, que o Judiciário não pode ser entendido como um Poder enclausurado e estanque no mundo social e jurídico, porque ele pertence às realidades da vida, devendo, antes, ficar bastante atento à pragmática social.

Extrai-se, também, que quando constatada uma omissão ou ilegalidade relacionada a atos praticados pelos poderes Executivo e/ou Legislativo, o Judiciário deve agir, assegurando a pretensão de justiça que lhe é encaminhada para decisão e julgamento, principalmente ao apreciar lesões ou ameaças de lesão a direitos fundamentais e demais direitos constitucionais, ação esta que guarda conformidade com o postulado da justiça, pressuposto epistemológico do sistema dogmático de normas jurídicas.

E, ainda, mais: seria no mínimo despidendo considerar que o Judiciário, quando exerce a sua função típica, receba rótulos para tal, como exemplo a pecha de *ativista*, já que ao decidir e julgar conflitos que lhe são levados à apreciação, pratica ato inerente à sua atividade, confundindo-se, assim, com a sua razão de existir.

Nesse contexto, os estudos apontam a importância de se considerar a complexidade da interação dos poderes, bem como do ato de interpretar o direito, que coloca o

ser humano em face do indeterminado, despertando na pessoa humana um sentimento de insegurança que, muitas vezes, é combatido com a utilização de recursos antigos, baseados em paradigmas da física mecânica e/ou da lógica formal, buscando-se explicar o inexplicável e determinar o indeterminável, ao invés de se considerar a existência do complexo e do indeterminado como elementos essenciais às realidades da vida, à evolução do sistema e ao progresso da sociedade, como é o caso da prática do ativismo judicial, no contexto contemporâneo.

Reforça, ainda, a apreciação da temática ora desenvolvida, que o mais notório paradigma positivista-normativista de interpretação do direito que deita raízes na doutrina de Hans Kelsen (2009) admite a indeterminação e complexidade como fator inerente à tomada de decisão, reconhecendo Kelsen que uma decisão poderia se dar fora dos limites da moldura da norma. Ora, se mesmo os métodos ortodoxos de interpretação admitem o indeterminado, qual é, então, o sentido, interesse e/ou necessidade de se taxar métodos heterodoxos de interpretação do direito – a exemplo da aplicação da ponderação de princípios – e práticas paradigmáticas do alardeado ativismo judicial como sendo viabilizadoras da efetividade da Justiça? Afinal, no Brasil, contemporaneamente, pode-se admitir que o Poder Executivo e o Poder Legislativo sofram um achaque de competência perpetrado pelo Poder Judiciário?

Se para alguns intérpretes do direito, a prática do ativismo judicial pressupõe a ingerência do Judiciário nos outros poderes constituídos, com a finalidade de intensificar valores e objetivos constitucionais – extrapolando (o Judiciário), em tese, e de certa maneira, a sua competência – para o presente estudo é notória a dificuldade de se visualizar a linha demarcatória entre as competências dos poderes constituídos, quando se está diante de caso concreto que demanda do Poder Judiciário a efetivação da justiça, fundamentada na busca do respeito e da concretização de direitos fundamentais – ameaçados ou lesados – não concretizados pelos outros poderes. A função primordial do Poder Judiciário é concretizar a justiça, corroborando, assim, a evolução e o equilíbrio do sistema tripartite de poderes.

V. REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. **Los limites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación**. In: LAPORTA, Francisco J. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ARENDT, HANNAH. **The Human Condition, Chicago-London: The University of Chicago Press**, 1989, p. 97. Trad. de Roberto Raposo, RJ: Forense Universitária, 1993, p. 108.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica Acesso em: 25 out. 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaria Versiani. SP: Manole, 2007.

- _____. **A Era dos Direitos**. Nova, trad. de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer, R.J.: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. SP: Saraiva, 2006.
- BOFF, Leonardo. **A Terra sujeito de dignidade e de direito**. Texto produzido para homenagear o dia Internacional da Mãe Terra em 22.04.10.
- _____. **Saber cuidar: ética do humano - compaixão pela Terra**. 16ª.edição. Petrópolis: Vozes, 2002.
- BOSELDMANN, Klaus. **Direitos Humanos, Ambiente e Sustentabilidade**. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (ISSN: 0874-1093), nº 21, ano XI, pp.09-38, 2008.
- BRITTO, Carlos Ayres Britto. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006..
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, 1 ed. Brasileira, 3ª tiragem: Ed. Rev. Trib., 2ª Ed. Portuguesa: Coimbra, 2008.
- _____. **Estado Constitucional Ecológico e democracia Sustentada**. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 8, ano IV, pp.09-16, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CRUZ, Daniel Nery da. **Lipovetsky Vs. Bauman. Conhecimento Prático**. Filosofia. São Paulo. Ano 7. Ed. 46 – dezembro 2013/janeiro 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1988.
- EISBERG, Robert; RESNICK, Robert. **Física Quântica**. Trad. Paulo costa Ribeiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 1979.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LAPORTA, Francisco J. **Constitución: problemas filosóficos**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. Ed. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução Vergínia K. Pupi; Revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PIRES, Luis Manoel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica**. Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- SCAVINO, Dardo. **A filosofia atual: pensar sem certezas**. Trad. Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2014.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera. Trabalho de Pesquisa apresentado e defendido junto ao Programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos – Direito, política, História e Comunicação, pela Universidade de Coimbra/*Ius Gentium Conimbrigae*, **Vieses da visão contemporânea da concretização dos postulados da dignidade da pessoa humana e da proteção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado: nem só uni nem só versus, mas universus**, 2013-2014.
- _____. **Concretização dos postulados da dignidade da Pessoa Humana e da Justiça**. In: *Revista de Direito Privado*, Vol. 47, SP: RT, jul-set, 2011.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera; FERNANDES, Francis Ted. **O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade: prática da ponderação de princípios, realizando a dignidade da condição humana**. In: *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 60, 2014, p. 57-81.
- _____. **Prática de ativismo judicial ou diálogos contemporâneos entre áreas do conhecimento? Efetividade dos direitos fundamentais, concretizando a justiça**. *Revista do Direito Privado*, Coord. N.NeryJr.. SP: Editora RT, nº 65, Ano 17, **JAN/MAR/ 2016**, pp. 55 a 72 –

Regina Vera Villas Bôas

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Doutora em Direito Civil, Mestre e Graduada pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-graduação lato e stricto sensu na PUC/SP. Coordenadora do Projeto de Pesquisas “Direito, Complexidade e risco” e do Projeto “Fundamentos e efetividade da tutela dos Direitos”, e integrante do Projeto de Pesquisas “Direito Minerário”, todos na PUC/SP. Professora e Pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP, integrando o Grupo de Pesquisas “Minorias, discriminação e efetividade de direitos” e o Observatório de Violência nas Escolas (UNESCO/UNISAL). Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

Email: regyboas@terra.com.br

Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4753934T7>

Francis Ted Fernandes

Mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-graduado em administração de organizações pela USP/FUNDACE – Ribeirão Preto. Advogado em São Paulo e em Ribeirão Preto. Email: ffernandes@tortoromf.com.br.

Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4212833H7>