

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

VALTER MOURA DO CARMO

FERNANDA SELL DE SOUTO GOULART FERNANDES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Valter Moura do Carmo; Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN:

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

Os trabalhos relatados nesta apresentação têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III, durante o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, em PORTO ALEGRE – RS.

Os resultados obtidos foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla sobre temas polêmicos e atuais.

O início das apresentações deu-se com o artigo científico LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO: A INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO PELOS MAGISTRADOS, que identificou como imperiosa a necessidade de atuação dos magistrados na consecução dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais na interpretação do Direito.

O artigo O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS pesquisou a configuração do sistema de precedentes no Brasil, o histórico de sua positivação no ordenamento jurídico e os elementos constitutivos dos precedentes vinculantes.

Tecendo breves observações sobre a desconsideração da personalidade jurídica e os requisitos estabelecidos pelo direito material para que ela possa ser autorizada, o artigo UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CPC analisou o regramento processual que o Novo Código de Processo Civil ofertou ao instituto em questão.

Já o artigo REFLEXÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DA CENTRASE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS E A VIOLAÇÃO AO SINCRETISMO PROCESSUAL NA BUSCA POR CELERIDADE propôs testar a hipótese de que a busca pelo atingimento de metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, atrelado à possibilidade de redução do acervo existente nas Varas Cíveis

da Comarca de Belo Horizonte com a criação, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da CENTRASE, acabou por inovar na ordem processual.

Trabalhando com a teoria constitucional comparatista de Paolo Biscaretti Di Ruffia, o artigo OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO EM PERSPECTIVA COMPARATISTA: DAS SUAS ORIGENS NO COMMON LAW À APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO partiu de elementos conceituais sobre o common law e sobre as raízes do mandado de injunção, passando ao estudo do instituto no Brasil, a definição das omissões inconstitucionais normativas que demarcam seu cabimento, além de uma análise crítica de seus efeitos – sua transformação judicial e sua regulamentação pela Lei n. 13.300/2016.

O artigo A ESPECIALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS LITIGIOSOS DE FAMÍLIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 COMO GARANTIA DO DIREITO AO PROCEDIMENTO ADEQUADO concluiu que a intenção do legislador em ofertar procedimentos que tenham maior afinidade com o direito material em litígio, especialmente os de família, pode facilitar o acesso à justiça, além de atingir a esperada tutela estatal.

Em NÚMEROS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: EXPANSÃO DE ATUAÇÃO E COMPARAÇÃO COM SISTEMAS EUROPEUS foram apresentados os motivos normativos, doutrinários e jurisprudenciais para a expansão do Poder Judiciário desde promulgação da Constituição de 1988 e, depois, os dados do número de juízes e processos no Brasil comparados com outros países.

O artigo LEVANDO OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS A SÉRIO: COERÊNCIA E INTEGRIDADE COMO VETORES DO ACESSO À JUSTIÇA COM IGUALDADE E SEGURANÇA teve como propósito analisar as formas de impugnações das decisões judiciais proferidas no âmbito dos juzizados especiais estaduais, propondo a sua adequação ao modelo democrático-constitucional de processo que impõe a necessidade de garantir ao jurisdicionado o acesso à justiça com igualdade e segurança.

Tratando de uma das recentes alterações do Código de Processo Civil, o artigo DA ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO DEVEDOR? defende cautela no uso de medidas executórias atípicas, introduzidas pelo artigo 139, inciso IV, com a análise particular de cada caso, sem a criação de uma regra geral e irrestrita, haja vista que a aplicação individualizada ou em conjunto das medidas atípicas pode infringir os direitos de personalidade dos devedores e trazer prejuízos irreversíveis e, o pior, sem muitas vezes serem efetivas ao fim maior, que seria o pagamento da dívida objeto da execução.

Discutindo também as inovações do novo Código de Processo Civil, o artigo DA COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DOS ATOS PROCESSUAIS aborda as inovações tecnológicas que repercutiram no processo civil brasileiro contemporâneo, questionando-se a possibilidade de utilização de outros meios, que não expressamente previstos na legislação, para a comunicação dos atos processuais.

Já o artigo A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO COMO GARANTIDOR DA CELERIDADE PROCESSUAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, pontua as modificações implementadas pelo novo Código de Processo Civil, traçando um breve paralelo entre os preceitos pretéritos e os hodiernos, ainda com a exposição das modificações e suas justificativas, demonstrando um maior dinamismo processual, que visa a integração de uma ordem jurídica adequada a todos os que buscam o amparo da tutela judicial.

Em AS DISPOSIÇÕES GERAIS, AS PARTES E A COMPETÊNCIA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO, o autor discorre sobre as disposições gerais, sobre as partes e sobre a competência no processo de execução, utilizando-se, como metodologia jurídica de pesquisa, a análise exploratória de conteúdo bibliográfico e jurisprudencial.

O texto BATALHA DE COLEGIALIDADES E A RECLAMAÇÃO SUSTENTÁVEL: PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO TRIBUTÁRIA trata do sistema tributário nacional, associado à doutrina do "stare decisis", que impõe um estudo da colegialidade e consensualidade das políticas econômico-tributárias para a compreensão do sustentável modelo constitucional de processo. Ao fim, conclui que a reclamação se trata de mero procedimento defensivo, que não se presta a assegurar direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

Trabalhando com Negócios jurídicos processuais, o artigo A UTILIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS TÍPICOS E ATÍPICOS PELA FAZENDA PÚBLICA discute a possibilidade de a Fazenda Pública, quando em juízo, realizar negócios processuais típicos e atípicos, bem como quanto à validade dos atos quando confrontados com dois princípios norteadores do regime jurídico administrativo, o interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela administração, do interesse público.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados nesse grupo de trabalho possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do Direito Processual no país.

Profa. Dra. Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes - UNIVALI

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO: A INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO PELOS MAGISTRADOS

DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE JUDICIARY: THE INTERPRETATION AND CREATION OF THE LAW BY MAGISTRATES

Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes

Resumo

O presente artigo tem como objetivo perquirir sobre a legitimidade democrática do Judiciário, visando analisar o papel do judiciário para intérprete e/ou criador do Direito. Para tanto, inicia-se o estudo analisando a representação funcional do Judiciário, passando-se ao estudo do significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do direito. Nas considerações finais, identifica-se como imperiosa a necessidade de atuação dos magistrados na consecução dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. O método a ser utilizado para a pesquisa e relato é o indutivo.

Palavras-chave: Legitimidade democrática, Judiciário, Interpretação do direito, Criação do direito, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to investigate the democratic legitimacy of the Judiciary, aiming to analyze the role of the judiciary as an interpreter and / or creator of the Law. To do so, the study begins analyzing the functional representation of the Judiciary, moving on to study the meaning of interpretation and the role of judges in the creation of law. In the final considerations, it is identified as imperative the need for the magistrates to act in the achievement of Fundamental Rights and Constitutional Principles. The method used for the research and reporting is inductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic legitimacy, Judiciary, Law interpretation, Law creation, Judicial activism

INTRODUÇÃO

A sociedade mundial presencia um enorme aumento da complexidade social, aqui entendida como pluralidade de alternativas, e da contingência do processo decisório. Diante disto, o exercício da decisão gera escolhas difíceis, em um pequeno espaço de tempo, acerca de matérias não rotineiras e com consequências sociais imprevisíveis.(CAMPILONGO, 2000, p.83).

O Brasil democrático é, atualmente, uma próspera oficina de práticas e de instituições de representação, que são responsáveis por alterações, sem comparação, na história das relações Estado X Sociedade Civil e nas relações entre os sistemas político, econômico e social. Estas alterações, contudo, não tem significado uma cessação com a tradição republicana. Ao contrário, confirmam algumas de suas principais características, como a valorização da esfera pública em face a esfera privada e a “preservação do direito, suas instituições e procedimentos como peças-chave da pedagogia republicana”. Sua inovação reside, antes, em terem suprimido dos seus fundamentos e de suas instituições as práticas autoritárias que marcaram a tradição durante o processo de modernização da burguesia. (VIANNA, 2018, p. 777).

Essa foi a intenção da Constituição de 1988 em sua predileção em reinterpretar, sob enfoque democrático, a tradição republicana brasileira. Contudo, desde então, emendas constitucionais sucessivas “tem expurgado a Constituição, fiel em sua origem à matriz social-democrata predominante entre seus legisladores, das disposições que previam um papel organizador para o Estado em matéria econômica.” (VIANNA, 2018, p. 778).

Contudo, se essa adaptação à onda neoliberal concedeu à dimensão sistêmica da economia uma autonomia inédita na moderna ordem burguesa brasileira, foi modulada por um contexto em que são mantidas as vigas mestras da Carta de 1988, entre as quais a concepção de que a nação conforma uma comunidade solidária – tópico crucial à nossa tradição republicana –, a valorização da esfera pública como instância de promoção de integração social e o papel ético-pedagógico atribuído ao Direito, suas instituições e procedimentos na formação da cidadania e do civismo. Tal tradição, como notório, tem uma de suas raízes na fórmula de organização do mercado de trabalho sob a jurisdição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e do judiciário trabalhista, que, aliviada da sua carga autoritária original, se encontra preservada em nossa vida institucional. O sinal mais forte disso está na criação constitucional do Ministério Público como guardião da vontade geral expressa pelo legislador

constituinte, incumbindo-lhe "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis" (art. 127 da Constituição Federal). (VIANNA, 2018, p. 778).

Ciente dessa nova interpretação da tradição republicana brasileira, a Constituição de 88 anunciou o legado do liberalismo político, delineando com clareza os direitos civis da cidadania e indicando a organização de uma democracia política, com a criação de instrumentos para uma gestão pública eficiente. Fundado nesta estratégica orientação, o constituinte fez a previsão de duas formas de representação: a) o voto e b) a funcional; e duas formas de participação: a) a representativa, que se funda no princípio eleitoral, e b) a direta, que engloba a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a ação popular, entre outros dispositivos. (VIANNA, 2018, p. 778/779).

O Brasil apresenta, atualmente, uma forte democracia política, em que a quase totalidade da população adulta, mesmo os analfabetos, pode se manifestar eleitoralmente, manifestando no sistema político, suas expectativas e interesses. Contudo, a maneira pelo qual se financia as campanhas, “abertas à manipulação e ao controle do poder econômico, inclusive pelos mecanismos, nem sempre visíveis, da compra de votos”, além do fraco sistema partidário brasileiro, estampada no famoso fenômeno da troca de legendas, são máculas que aumentam a desconfiança da população na representação política. (VIANNA, 2018, p. 779).

Tal fraqueza tem permitido a montagem de um complexo sistema por meio do qual o Executivo exerce controle sobre mecanismos de cooptação dos parlamentares – o chamado presidencialismo de coalizão –, atraindo-os à sua base de sustentação congressional pelo atendimento de políticas públicas regionais e clientelas locais. Nesse quadro, em que pese o fato de as instituições de democracia política se encontrarem, de uma perspectiva formal, em franco processo de consolidação, a crônica dissociação entre representados e representantes, mais a evidente ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo nas tomadas de decisão quanto a questões estratégicas para os rumos da sociedade, é de se temer o seu retraimento em um sistema fechado de procedimentos, surdo às expectativas e demandas sociais. A gravitação do Legislativo em torno do Executivo provoca a retração da esfera pública e limita suas possibilidades de contato com o mundo da opinião. A esfera pública torna-se um espaço sob controle do Executivo e das lideranças da sua maioria congressional, que, "ao selecionarem os interesses e os valores a serem defendidos e estimulados, passam a tomar, em estilo monocrático, decisões que vinculam a todos". Nesse sentido, o Executivo, reforçado constitucionalmente pelo instituto das Medidas Provisórias, atua, em particular nas

matérias sistêmicas da economia e do aparelho administrativo, segundo os moldes do padrão decisionista, legitimando-se *ex post*, quer em razão dos resultados obtidos, quer pela chancela da maioria governamental construída, em grande parte, pela sua capacidade de cooptar os quadros do Parlamento, com a mediação da máquina e de recursos públicos. (VIANNA, 2018, p. 780).

Neste quadro restrito, as opiniões geradas na sociedade civil não conseguem traduzir a verdadeira vontade na esfera pública, já que as matérias a serem votadas pelo Legislativo estão sob domínio do Executivo, que impõe os seus objetivos estratégicos em matéria econômica. “Nesse sentido, a própria política social deixa de refletir as expectativas e interesses da sociedade civil organizada, tornando-se objeto de políticas públicas assistencialistas do Estado e dos seus fins de legitimação, inclusive eleitoral”. Daí que o resultado das urnas, mesmo estando em processo eleitoral livre e aberto à participação da população, é ofuscado pela trajetória institucional da representação em função da deficiência do sistema partidário e da ausência de ligação entre representantes e representados. “Com isso, o Parlamento vê-se incapacitado de propor uma agenda própria, limitando-se a exercer mero papel fiscal sobre o que lhe chega do Executivo, naturalmente especializado nos temas da administração e da gestão da dimensão sistêmica.” (VIANNA, 2018, p. 781).

O método que serviu de base para a investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa foi o indutivo, e as técnicas utilizadas foram as do referente, a de categorias e de conceitos operacionais, a leitura dirigida, fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

As Considerações Finais demonstram, por sua vez, que em um Estado Constitucional de Direito imperiosa se faz a atuação do Judiciário na busca da concretização dos Direitos Fundamentais e Princípios Constitucionais.

1 REPRESENTAÇÃO FUNCIONAL DO JUDICIÁRIO

A representação funcional do Judiciário descobriu as premissas para sua manifestação, apresentando vários institutos, criados ou revigorados pela Constituição de 1988. Assim, logo após a promulgação da Carta, a minoria parlamentar e mais os interesses organizados na sociedade civil, compreendendo algumas corporações como a OAB e mesmo o Ministério Público, puderam contar com a nova legitimidade conferida ao controle abstrato de normas, particularmente na chamada comunidade dos intérpretes dotados de legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal – STF.

Inaugurava-se, naquele contexto, o que atualmente é um novo espaço para o exercício da democracia brasileira, contando, com quase 200 Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI's ao ano, em que, por provocação em boa parte da sociedade civil organizada, se aprofunda e se aprimora a interpretação constitucional. (VIANNA, 2018, p. 781).

É o que demonstra o relatório STF em ação (2017), publicado em 2017, ano base 2016:

Tabela 1 - Processos novos por classe e ano de autuação

Classe	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
AI	42.193	49.670	20.343	4.027	2.146	1.650	1.983	2.266
ARE	0	0	23.487	51.124	51.080	57.193	65.020	63.937
RE	10.503	15.001	10.030	9.059	9.059	11.125	14.310	10.962
HC	4.709	4.281	4.459	4.036	3.595	4.483	5.584	6.491
Rcl	2.262	1.300	1.856	1.895	1.894	2.375	3.273	3.281
AC	272	222	275	199	236	227	276	161
ACO	181	196	171	182	220	283	208	168
ADC	4	3	4	0	0	2	6	6
ADI	176	151	163	180	189	112	230	194
ADO	3	3	6	3	4	3	7	1
ADPF	44	18	20	25	34	15	48	59

Pedro Manoel Abreu, no mesmo sentido, afirma a existência de uma deficiência no modelo de funcionamento da democracia, que através de um sistema de procedimentos formalizados podem levar ao não atendimento das expectativas e demandas sociais. Esta deficiência fica clara na predominância do poder executivo sobre o legislativo, na sucessiva edição de Medidas Provisórias, principalmente em temas não incluídos na cláusula, constitucionalmente prevista, da reserva de emergência, retirando, no processo decisório sobre temas importantes para os rumos da sociedade, a opinião parlamentar e da sociedade civil. (ABREU, 2011, p. 283).

Assim, se o civismo, por definição, implica a existência de uma esfera pública que se abre à participação de todos, as práticas prevaletentes de diminuição do papel do Legislativo na formulação da agenda política do país mínguem a sua função institucional de ser responsivo às demandas da cidadania e as possibilidades de se conectar ativamente com a sociedade civil. A gravitação do Legislativo em torno do Executivo, de que é testemunha a presença de muitas das principais personalidades de diferentes partidos à testa de ministérios, em um simulacro de regime parlamentarista que apenas reforça aquele último Poder, induz à retração da esfera pública e cerceia suas possibilidades de contato com o mundo da opinião. Por meio dessa operação, realizada no âmbito das relações entre esses dois Poderes, esvazia-se a substância democrática do regime de 1988. (VIANNA, 2002, p. 09)

Nessa circunstância, o público transforma-se em um espaço sob o império do Executivo e das lideranças de sua maioria congressional, que passa a definir monocraticamente, sobre interesses e valores gerais. O Executivo, nessa deturpação, atribui-se a função de

intérprete da vontade geral. Sujeita suas “interpretações”, geralmente restritas ao âmbito deliberativo da “tecnocracia estatal”, à confirmação da maioria, que, pelo sistema de Medidas Provisórias, pode dispensar a aprovação explícita. (ABREU, 2011, p. 284).

Opondo-se aos efeitos desse estreitamento da esfera pública, cresce o número de cidadãos, e até mesmo de organizações sociais, de parte da sociedade civil, e de minorias políticas, que recorrem ao Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do executivo quanto do Legislativo”. (ABREU, 2011, p. 285).

Neste contexto ressurgiu a discussão sobre a função política dos tribunais, do Ministério Público e dos operadores jurídicos em geral, através da chamada “politização do Judiciário”. Do outro lado, discute-se o processo de substituição e delegação do sistema político ao sistema jurídico de importantes competências decisórias pela “judicialização da política”. (CAMPILONGO, 2000, p. 84)

A Constituição de 1988 redefiniu as relações entre os três poderes, efetivando o sistema do *judicial review*, que amplia o rol de sujeitos institucionais da sociedade civil com direito à participação no controle de constitucionalidade das leis¹. Essa ampliação possibilitou que “segmentos organizados da sociedade civil passassem a ter legitimação para provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal para discutir a inconstitucionalidade de lei ou de norma da Administração.” Pela procedimentalização da aplicação do direito fica possibilitada a criação de novo espaço de manifestação da esfera pública, apta a atuar sobre o poder político, ligando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário. (ABREU, 2011, p. 285/286).

Além disso, uma outra forma de mitigar tal déficit procederia dos novos institutos garantidores de direitos dos indivíduos e grupos diante do Estado e do mercado, em especial as ações civis públicas e a ação popular, possibilitando, externamente aos mecanismos clássicos da democracia representativa, a criação do direito a partir de sua abertura processual às demandas sociais. No caso, vale ainda notar que esses dois instrumentos são

¹ Neste trabalho utilizar-se-á a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial empregada pelo Ministro Luis Roberto Barroso que afirma: “ A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em janeiro de 2018.

também utilizados por parlamentares, em mais de um exemplo, entre nós, da relação de complementaridade entre representação política e representação funcional. Tal complementaridade afastaria significativamente a experiência brasileira de processos de judicialização da política e das relações sociais prevalentes em outros contextos nacionais, interpretados, em sua maioria, como uma invasão deletéria no papel do soberano por parte do ativismo judicial. Aqui, longe de se ter uma prática desse ativismo, na raiz da recente afirmação do Poder Judiciário está a intervenção do Legislativo no sentido de dotar a sociedade de novos instrumentos de defesa e de aquisição de direitos, instituindo a representação funcional como mais uma arena para a democracia brasileira. Por meio desse movimento, é de se registrar, o Legislativo tem conseguido, ao menos em parte, compensar sua situação atual de inferioridade quanto ao Poder Executivo, submetendo-o a procedimentos de accountability extraparlamentares. (VIANNA, 2002, p. 12)

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que decidiu sobre a pesquisa com células-tronco, o Ministro Gilmar Mendes localizou o Supremo Tribunal Federal brasileiro, como Corte Constitucional, neste modelo de representatividade:

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. [...] O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os experts sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

Robert Alexy sustenta que a representação argumentativa é forma representativa que se impõe. Dela estariam investidas as Cortes Constitucionais. O Poder Judiciário atua então como instância concretizadora dos direitos fundamentais. Afirma o autor (ALEXY, 1999, p. 55/56):

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta algumas causas ou fatores responsáveis pelo fenômeno de judicialização da política. Uma causa, de ordem técnico-jurídica, seria o aumento do controle jurisdicional dos atos e políticas administrativas, principalmente pela discussão de sua constitucionalidade. Outra, de ordem sócio-política, estampa a falta de confiança nos “políticos”, em detrimento ao prestígio dos magistrados como uma “aristocracia togada”, isto é, a distinção entre uma classe despreparada e cobiçosa e uma elite instruída, focada na justiça (aqui confundida com o interesse geral)². Uma terceira, também de

² Sobre o tema: “Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.” COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**. São Paulo, v.18, n.51, p.151-159, ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 Jan. 2018.

ordem sociopolítica, estritamente ligada a anterior, é a autoimagem dos magistrados como elite, responsáveis pela busca do bem comum. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 222).

Contudo, segundo Humberto Nogueira Alcalá (2006, p. 360):

La interpretación última de la Constitución hecha por el Tribunal Constitucional no puede cerrar las diversas opciones legislativas, imponiendo autoritariamente la suya, ya que carece de competencia para constituirse en potestad legislativa e imponer una de las diversas opciones legislativas posibles. El procedimiento de inconstitucionalidad debe así acreditar la absoluta falta de idoneidad del precepto legal, su intolerable lesividad para el derecho o su absoluta desproporcionalidad. Esto implica que en la hipótesis de aplicación de la ley, ninguna pueda considerarse como coherente con las exigencias constitucionales. El juez constitucional debe aplicar el arsenal hermenéutico de los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, de armonización o concordancia práctica, entre otros, que deben fundamentar su decisión jurisdiccional. Al sostenerse que el contenido esencial opera respecto del legislador, debiendo la administración y el juez respetar los derechos en forma amplia, en sus diversos atributos, sin otras limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes dictadas en conformidad con la Constitución.

Para Marinoni (2005, p. 47), a conformação da lei aos direitos fundamentais somente é possível quando a representação argumentativa em benefício desses direitos suplanta a representação política descrita na lei. Assim, a representação argumentativa excede a mera sobreposição do magistrado sobre o legislador, pois esta representação, antes mesmo de fazer o controle da lei, deverá ser hábil a persuadir os cidadãos da sua racionalidade.

O evento da judicialização da política, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 231/240), acaba por trazer implicações (“pessimistas”) profundas, de extrema importância. São elas:

1) O reflexo na separação dos poderes: a judicialização da política implica numa redistribuição das funções que a separação atribui aos poderes. Na visão clássica, a decisão ou determinação política/administrativa não pertence ao Judiciário. São funções próprias do Legislativo e do Executivo.³ Para o autor, não se pode ignorar que a judicialização afeta a

³ Segundo o autor: “Esquematicamente, as decisões políticas, como a alteração da Constituição ou a legislação, excluem a intervenção do Judiciário quanto à sua substância (salvo o que se possa colocar em termos de controle de constitucionalidade). A atuação administrativa dele escapa também, exceto quanto ao controle de legalidade. Mais ainda, ela apresenta um largo campo para a discricionariedade, quer dizer, para a alivre apreciação da conveniência e da oportunidade, o que claramente contradiz a imposição judicial de políticas públicas. Afinal, o legislativo, em princípio geral, legisla – edita a lei; o executivo, executa e administra, segundo a lei; o Judiciário, julga, para impor o respeito à lei. É verdade que a institucionalização da separação dos poderes jamais bloqueou de modo absoluto o exercício, em casos específicos, de função típica de um poder por parte de outro poder. Ademais, ela tem tolerado, em larga medida, a transferência de uma função típica fundamental que é a de legislar, do poder a que ela é atribuída na doutrina, para outro, o Executivo. Entretanto, se ela é relativa e tem evoluído, conferir a um poder não político funções políticas, parece ir longe, ferindo o próprio âmago da separação dos poderes.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas

governança, já que pode “levar aos entrelhos de comandos de poderes com visão diferente, quanto ao exercício das tarefas do Estado”.

2) O reflexo na democracia: como a democracia existente no Brasil é do tipo representativa, a deliberação é a fonte do poder daqueles que em nome do povo governam. “A seleção popular é assim a única fonte legítima do poder numa democracia. Não é, pois, legítimo do ângulo democrático o poder que dele não provém”. Em um aspecto democraticamente substancial, exige-se dos representantes a demonstração do que a teoria norte-americana chama de *responsiveness* e *accountability*.

Responsiveness é uma atuação consentânea com a vontade do povo, claro está na medida em que ela se manifesta na oportunidade adequada (não evidentemente a extraída de pesquisa de opinião). *Accountability* é a responsabilidade pela própria atuação, as “contas” dessa atuação, para apreciação e sanção (no sentido de positivo ou no sentido negativo do termo) por parte do “mandante”, o povo. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 233/234).

Conforme o autor, para que haja legitimidade democrática do representante, eleição (com pleito livre e honesto) é imposta. “Não tem essa legitimidade quem não houver sido eleito”. A *responsiveness* e a *accountability* presumem eleição, já que é nesta que se manifestará a vontade do povo e que se tomará contas da atuação do representante, ou do seu partido.

Ora, ao magistrado, em princípio e certamente no Brasil, falta a legitimidade democrática, pois jamais é eleito. Não se coaduna o seu papel com a *responsiveness*, já que não lhe cabe fazer a vontade do povo e sim julgar de acordo com o direito. Não tem contas a prestar ao povo soberano, ou seja, não tem *accountability*. Na verdade, a investidura do magistrado advém de uma capacidade específica, fruto de uma formação específica também. Isto o inscreve num quadro aristocrático, no sentido etimológico do termo, ou seja, no quadro dos “melhores”, os mais bem preparados – do que o vulgo em geral. Integram a *intelligentsia*. Constituem uma “aristocracia togada”. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 234).

Enfim, a formalização da função política do Judiciário, importaria na alteração da forma de governo. Seria instaurado, segundo o autor, um “governo misto”, mesclando democracia do Legislativo e Executivo com aristocracia do Judiciário.

3) O reflexo na governança: por característica da própria função de judicatura, os magistrados não possuem a “experiência da arte de governar”, “nem possuem o hábito de enfrentar as contingências do dia a dia político”. Segundo o autor, o juiz teria sido treinado para resolver processos, casos concretos e não para fazer leis ou administrar o Poder Público. “Embora tenha os aspectos louváveis do contraditório e da obrigatoriedade da justificação da

implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 232.)

decisão, não tem flexibilidade para ponderar e conciliar a nível global interesses legítimos, dispersos na comunidade”.⁴

4) A primeira contrapartida da judicialização: O Judiciário como foco midiático: a mídia contemporânea assume um papel fiscalizador do interesse público, pressionando os julgadores. “Se a decisão não lhe agrada, chovem críticas acerbadas sobre o Judiciário, apresentado como complacente, se não como cúmplice”. Se a decisão coincide com o interesse público, o julgador tem “os seus cinco minutos de fama”.

5) A segunda contrapartida: a politização do Judiciário. A admissão de uma função política pelo Judiciário tem o condão de induzir ao ativismo judicial. Conforme o autor, recebendo, o juiz, instrumentos de atuação que excedem sua atividade clássica de resolver conflitos, pode este ceder a tentação de atuar para a consecução do seu ideal. “Posiciona-se como representante do povo (que não o escolheu), vingador de injustiças, carrasco dos maus. Passa a ser um protagonista ativo da vida política”.

Ultrapassada a análise das implicações pessimistas da atuação política do Judiciário, reforça-se que o entendimento prevalecente na doutrina e nos julgados, no Brasil, é de que a Judicialização da Política é imperiosa nos casos de necessário cumprimento dos dispositivos constitucionais⁵.

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal tem entendido a confirmação do caráter ativista do Poder Judiciário com providência integrativa. O Ministro Dias Toffoli decidiu:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual

⁴ “Cass Sunstein, professor de Harvard, na obra “A Constituição Parcial”, reconhece as várias deficiências institucionais para o exercício de funções políticas, tomando o contrapé de Dworkin. Num resumo, aponta como tais: ser o Judiciário composto de bacharéis “vindos de um segmento estreito e particular da sociedade”; faltarem aos juizes “boas ferramentas para destrinchar os fatos”; estarem isolados de grupos e eventos relevantes; concentrarem sua atenção sobre casos particulares; não terem habilidade “para processar os efeitos sistêmicos de suas decisões”.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 236/237).

⁵ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LEI MUNICIPAL QUE ALTERA REGIME DE OCUPAÇÃO DO SOLO DE ZONA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. 1. Lei municipal é a via própria para alteração do regime de ocupação do solo. 2. **Juízo político que, salvo manifesta irrazoabilidade, não deve ser revisto pelo Poder Judiciário.** 3. Agravo regimental conhecido, mas desprovido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário**. RE 519778 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014) (grifo nosso)

comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. *O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.* 3. Agravo regimental não provido. (STF, RE 417408)

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal também assume a mesma postura decisional, entendendo pela atuação política do Judiciário, com vistas a resguardar os dispositivos constitucionais. Ministro Celso de Mello sobre o direito a educação:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – [...] **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (STF, RE 410715)

A justiça torna-se, então, espaço de representação. Ela assume status de verdadeiro espaço político de disputa de interesses e de deliberações. Ela faz com que a democracia, tradicionalmente centralizada e unitária, evolua para uma forma mais deliberativa. Até mesmo o interesse geral não é mais benefício dos servidores do Estado e se deduz do encontro de interesses divergentes, sustentados por partes privadas, dentro do recinto da justiça. (GARAPON, 2001, p. 264).

2 O SIGNIFICADO DA INTERPRETAÇÃO E O PAPEL DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO

A possibilidade de criação do direito pelos juízes é tema muito debatido e em consenso entre a doutrina. Atualmente pode se distinguir pelo menos três posições bastante diferenciadas entre elas:

a) Teoria que sustenta que o direito, entendido como o conjunto de normas gerais, é criado pelo legislador e que os juízes se limitam a aplicar o direito a casos particulares. Esta é chamada de doutrina clássica ou tradicional.

b) Teoria para qual o direito é o conjunto de todas as normas gerais e individuais⁶, e que sustenta que os juízes criam direito porque criam normas individuais. Kelsen foi o grande projetor desta teoria.

c) Teoria que sustenta que os juízes não criam direito em situações normais, mas assim o fazem em situações muito especiais. Esta última corrente tem ganhado muitos adeptos como analisar-se-á.

É fácil constatar que não há consenso entre estas teorias sobre dois pontos fundamentais: 1) o que se entende por “direito” e 2) o que se quer dizer com “criar direito”. Ninguém nega que os juízes ditam sentenças, mas as teorias A e C não consideram que isto justifique a tese de que os juízes criam o direito. Há um ponto em comum importante entre essas duas teorias: ambas consideram que o direito é o conjunto de normas gerais. Mas se opõem frontalmente na questão de saber se os juízes criam normas gerais: enquanto a teoria A nega, a teoria C concorda. A teoria B discorda das teorias A e C a respeito do que se entende por “direito”, mas coincide com a teoria C no sentido de que os juízes as vezes também criam normas gerais, mesmo que restrinja as hipóteses de ocorrência. (BULYGIN, 2018, p. 7).

A concepção clássica da função jurisdicional funda-se na distinção entre os órgãos qualificados dos poderes políticos, aos quais caberia a função criadora e reguladora, e os órgãos não-políticos imbuídos da função de execução e de aplicação das vontades dos poderes políticos. Sustentar que a criação do direito é benefício e monopólio do Poder Legislativo resulta dessa classificação dogmática e definitiva das funções do Estado. (AKEL, 1995, p. 120)

Giuseppe Chiovenda foi o doutrinador precursor da teoria da jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, adepto da doutrina inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, que separava totalmente as funções do legislador (criação do direito) e do juiz (aplicação do direito).

Chiovenda (1969, p. 37) sustentava que Jurisdição:

É a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade

⁶ Definir-se-á neste trabalho, normas gerais como expressão que correlaciona casos genéricos com soluções genéricas e normas individuais como expressão que correlaciona uma certa descrição de um caso individual com uma solução individual.

de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

Afirmava ainda que a atuação jurisdicional é sempre um exercício de substituição, ou seja, a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia. Esta substituição é operada de duas maneiras, relativas a duas etapas do processo, cognição e execução. a) Na cognição, a jurisdição implica na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, ao afirmar que existe ou não existe uma vontade concreta de lei relativa às partes. Na sentença, o juiz substitui a todos ao afirmar que existe uma obrigação de pagar, de entregar, de fazer ou não fazer. b) E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, quando se trata de uma vontade só exequível pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição. Quando, contudo, quando a vontade pode ser executada por uma das partes envolvidas, “a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade”. De qualquer maneira, portanto, é uma atividade pública exercida no lugar de outra pessoa (e não em representação de outros). (CHIOVENDA, 1969, p. 11)

A doutrina tradicional foi criticada por Kelsen, que sustenta que todos os atos jurídicos são atos de aplicação e de criação de direito (salvo os casos extremos: a escrita da primeira constituição que é pura criação e a execução de uma execução que é pura aplicação). Em particular, o legislador aplica a constituição e cria normas gerais e o juiz aplica a lei e cria sentenças, isto é, normas individuais. Portanto, a diferença entre a função do legislador e a do juiz, é a de que o juiz está mais limitado que o legislador, mas ambos criam direito dentro do marco estabelecido pela norma superior (a constituição no caso do legislador e a lei no caso do juiz). (BULYGIN, 2018, p. 10)

Como visto, para Kelsen todo ato jurídico aplica e cria o direito. Afirma a ideia de que “toda a norma tem como base uma norma superior, até alcançar a norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento.” Assim a norma individual, fixada na sentença, está necessariamente ligada a uma norma superior. Ao individualizar a norma superior, o juiz apenas a declara. (MARINONI, 2017, p. 46)

Contudo, prevalece o entendimento, de que a função do judiciário não se restringe em sua atuação formal de interpretação e aplicação das leis, para resolver conflitos, assegurar a defesa dos direitos legalmente protegidos e reprimir sua violação. (BEZERRA. 2001, p. 195-196).

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, que o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, que o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. (ÁVILA, 2006, p. 34).

Quando o juiz decide está dizendo o direito das pessoas. Se está reivindicando uma “postura crítica que liberte das amarras da lei, deve-se ter um corpo de magistratura que repasse para a sociedade uma verdadeira segurança jurídica, não reduzida a segurança na aplicação da lei positivada.” (BEZERRA, 2001, p. 211).

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aquiescer aos caprichos e à vontade de legislador, porquanto como poder criador, o juiz não constitui um simples técnico que mecanicamente aplica o direito em face de litígios reais. Busca, em verdade, solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos, operando juridicamente como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica. O magistrado, por conseguinte, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado. Sua tarefa versa na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa. (ABREU, 2011, p. 309)

O dever fundamental do magistrado, então, é fazer justiça. Devendo para tanto afastar-se do legalismo estrito que reduzem sua liberdade de criar o Direito para o caso concreto, concretizando, por fim, seu “papel institucional de construtor de uma ordem jurídica justa, comprometida com os valores e os princípios ético-sociais que a sociedade pretende preservar”. (ABREU, 2011, p. 311).

Assim, a conformação da lei ou da legislação provoca que o juiz crie, pela interpretação ou pelo controle de constitucionalidade, uma norma jurídica para fundamentar seu *decisum*. O juiz reconstrói a ordem jurídica, na verdade, ao conceder um significado ao texto constitucional ou infraconstitucional. Neste sentido, a criação da norma jurídica pela conformação da legislação pode ser caracterizada como uma “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”. Porém, o que importa é demonstrar que esse novo sentido de criação da norma jurídica serve para fundar a adequação da lei e da legislação aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos

fundamentais. (MARINONI, 2017). Isto é o que tem sustentado a terceira corrente sobre a possibilidade de criação da norma pelo magistrado.

A corrente doutrinária que sustenta a criatividade jurisdicional impõe roupagem constitucional/substancial ao princípio da legalidade. A atuação jurisdicional passa a ser balizada não de maneira formal, mas sim a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.⁷

O Estado Constitucional impõe o entendimento crítico da lei em face da Constituição, para no fim fazer aflorar a norma adequada cristalizada, que também pode ser entendida como “conformação da lei”. Essa mudança da ciência jurídica, ao conceder ao jurista a função de reconstrução – e não somente de declarar, descrever ou revelar –, outorga-lhe maior responsabilidade, já que dele se espera o compromisso de atuar no sentido de concretização dos planos Constitucionais. (SARLET, 2015, p. 63).

Esta atuação criativa do Poder Judiciário tem sido chamada pela doutrina de “ativismo judicial”. Tal tema está longe de ser pacífico entre os juristas. Ativismo ora é entendido como a participação já descrita acima, ora é entendido, pejorativamente⁸, como a ultrapassagem da barreira da legalidade pelo magistrado. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 224):

[...] convém pelo menos atentar para o assim chamado fenômeno da ‘judicialização da política’ ou do ‘ativismo judicial’ (por mais que se possa discutir a respeito da correção dos termos e sobre o quanto são

⁷ Segundo Marinoni: “A transformação do princípio da legalidade levou Ferrajoli a aludir a uma segunda revolução, contraposta exatamente àquela que foi criada com a aparição do antigo princípio da legalidade – que já havia provocado, com a afirmação da onipotência do legislador, uma alteração de paradigma em relação ao direito anterior ao do Estado legislativo. *Essa segunda revolução também implicou uma nova quebra de paradigma, substituindo o velho princípio da legalidade formal pelo princípio da estrita legalidade e ou da legalidade substancial.* Diante disso, alguém poderia pensar que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, já que a subordinação à lei passou a significar subordinação à Constituição, ou melhor, que a subordinação do Estado à lei foi levada a uma última consequência, consistente na subordinação da própria legislação à Constituição, que nada mais seria do que a ‘lei maior’. Contudo, essa leitura constitui um reducionismo do significado da subordinação da lei à Constituição ou uma incompreensão das tensões que conduziram à transformação da própria noção de direito. Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como uma mera “continuação” dos princípios do Estado legislativo, *pois significa uma transformação que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição*”. (grifo no original) (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 62)

⁸ “Numa perspectiva desfavorável, o ativismo judicial é compreendido como violação dos limites impostos ao magistrado pelo próprio ordenamento, quando então o Poder Judiciário exorbita sua competência, caracterizando um desvio de conduta institucional e infringindo a separação de poderes do Estado Constitucional de Direito. As críticas ao ativismo judicial enveredam para a politização do Judiciário, carência de legitimação democrática (ao menos de sua investidura, uma vez que a atuação jurisdicional é democratizada pelo devido processo), perda das vantagens do positivismo (especialmente a segurança e a previsibilidade em razão de parâmetros normativos muito abertos), excessiva judicialização de vários temas e também desqualificação da estrutura judiciária.” (FRANCISCO, José Carlos. (Neo)Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 78.)

adequadamente utilizados no Brasil), para que se verifique o quanto cada vez mais aparentemente menos se leva em conta o princípio da conformidade funcional, especialmente no que diz com a ampla intervenção do Poder Judiciário na esfera da atividade legislativa e em relação aos atos (e omissões) do Poder Executivo. Com isso, por sua vez, não se está a fazer um juízo de valor (negativo ou positivo), mas apenas afirmando que os limites funcionais aparentemente se revelam cada vez mais fluídos e relativos, o que se percebe com particular ênfase no Brasil pós-1988, à vista do número de casos que foram levados ao STF e que, segundos muitos, indicam uma crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera reservada aos demais poderes.

Ronaldo Dworkin (2007, p. 451) a tratar sobre o ativismo:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

A criação do direito através da atividade da jurisdição é típica do sistema da *common law*, no qual a solução é anterior ao direito. Já no sistema da *civil law* encontra-se situação inversa, em que os direitos antecedem a solução. Considerando-se que os juízes não são eleitos e, desta forma, carecem de legitimação majoritária, a teoria da objeção contramajoritária sustenta que os magistrados não poderiam praticar atos de natureza legislativa. Porém a questão da legitimidade democrática do Poder Judicial e, assim dizer, da criação jurisprudencial do direito surgirá desde que observadas duas regras do processo: a) a instauração do processo civil vincula-se, pelo princípio dispositivo, à iniciativa da parte ou do interessado; b) o juiz deverá observar o contraditório “nas estruturas dialéticas do procedimento”. (CONTE, 2016, p. 874).

En primer lugar, las normas creadas por el poder legislativo son obligatorias para todos y en especial para todos los jueces. En cambio, las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general "creada" por un juez en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria. Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida de origen jurisprudencial (BULYGIN, 2018, p. 25)

Assim, percebe-se que muito além da norma individual, a criatividade jurisdicional apresenta-se em duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto (aquela extraída da conclusão da decisão) e a regra jurídica que atuará como modelo normativo para a resolução dos casos semelhantes que serão julgados no futuro (aquela extraída da fundamentação da decisão). Isto se dá, no ordenamento jurídico brasileiro, com mais força, com a inserção da teoria dos precedentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Constitucional não pode o juiz limitar-se a compreender e conformar a lei de acordo com as normas constitucionais, decidindo que a parte tem um direito a ser tutelado. A jurisdição deve dar tutela aos direitos – e não apenas afirmar qual direito merece proteção.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, a eficácia dos demais direitos fundamentais solenemente proclamados na ordem constitucional e a concretude das posições jurídicas de vantagem asseguradas em nível infraconstitucional (individuais e coletivas), na hipótese de vulneração, seja em relações intersubjetivas privadas, seja no tocante ao Poder Público, dependem, visceralmente, do direito do acesso à Justiça e da tutelabilidade jurisdicional (inibitória ou ressarcitória) justa e efetiva. A ser diferente, titulares de direitos e de posições de vantagem estariam à míngua da proteção processual do Estado juiz. Definitivamente, direito algum pode ser levado a sério se estiver ao relento da respectiva tutela jurisdicional efetiva.

Na perspectiva de garantia ao acesso à justiça, há uma tendência mundial, nas democracias atuais, de constitucionalizar as garantias processuais.

A percepção do Estado Democrático de Direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe um Judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir. Por outro lado, avulta a questão da democracia na perspectiva da jurisdição e do processo como instrumento de concretização da cidadania. São justamente a democracia como direito de quarta geração e a jurisdição democrática como exigência do Estado contemporâneo que tornam o Judiciário um *locus* efetivo da concretização da cidadania e da participação, suplantando os entraves do acesso à justiça, especialmente os graves problemas sociais de Estados emergentes como o Brasil, onde a exclusão, mais do que um problema, constitui uma chaga social.

Em um contexto sistêmico de garantias fundamentais do processo que são admitidas universalmente, sublima a tutela jurisdicional efetiva (incluindo a entrega do bem da vida e não somente a possibilidade de ingresso do pleito no judiciário), que perpassa não somente a justiça do procedimento e da decisão, mas também o alcance da adequação e da efetividade da função jurisdicional às exigências do direito material e da duração razoável do processo. O direito fundamental de acesso a justiça somente será concretizado em uma sentença juridicamente motivada, “comprometida com a efetividade qualitativa do julgado, mediante os meios idôneos de atuação executiva, coativa ou forçada, preordenados no ordenamento jurídico-processual”.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. 1. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**. Santiago: Librotecnia, 2006.

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_paraSelecao.pdf. Acesso em janeiro de 2018.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho?. **Isonomía**, México, n. 18, p. 7-25, 2003. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 05 jan 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.

COMPARATO, Fábio konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**. São Paulo, v.18, n.51, p.151-159, ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 Jan. 2018.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito Discurso justificativo Legitimação do exercício da jurisdição**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. In: O novo paradigma do direito na pós-modernidade. (RECHTD) 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011 © 2011 by Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2011.31.08, Acesso em 01/11/2013, às 11:56 (horário Espanha) 8:56 horário Brasil.

DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009, Título original: *Philosophy of Technology – an introduction*.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo)Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Título original: *Le gardien des promesses*.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. Título original: *The Structure of scientific revolutions*.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Vol. 1. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORIN, Edgar. **O método 4**: as idéias. 3ª. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em janeiro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: ADI/3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento em 28/05/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 03 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário**. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário**. RE 417408 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00512.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário**. RE 519778 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo em ação 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>. Acesso em 05 jan. 2018

VIANNA, Luiz Werneck. “Apresentação”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Entre princípios e regras**: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. Dados, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777-843, Dec. 2005 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 Jan. 2018.