XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

LUÍS CARLOS BALBINO GAMBOGI

ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Luís Carlos Balbino Gambogi, Anizio Pires Gaviao Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-136-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro Teorias do Direito e Realismo Jurídico é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, tal foi proposto em 2014.2 pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Na terceira edição do GT, tal livro se apresenta elaborado a partir dos artigos apresentados durante o XXIV CONGRESSO DO CONPEDI BELO HORIZONTE em novembro de 2015.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo como parâmetro as linhas de pesquisa dos programas aos quais os pesquisadores são vinculados, mas cuja temática central girou em torno do debate sobre pragmatismo e realismo jurídico, que sobremaneira se expressa por meio das teorias da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, os 17 artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

O leitor encontrará aqui os seguintes temas, basilares para um debate de teoria do direito na referência ao Realismo Jurídico: Ativismo judicial, Relativização da coisa julgada, a questão da vinculação aos precedentes judiciais, inferências sobre o comportamento decisional, função criadora do juiz e revisão judicial; além de artigos com maior expressão teórica como referência para discutir problemas práticos, como os artigos baseados no pensamento de Robert Alexy, Hans Kelsen, Barry Friedman,Herbert Hart e Niklas Luhmman; ou mesmo aqueles com fito mais teórico-didático, tais como o debate em torno do pensamento sistêmico, regras de reconhecimento, semiótica e positivismo jurídico.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por não tentar agregar em partes que pretensamente agrupassem o que a priori poderia ser uma identidade entre alguns artigos, dado que a natureza do próprio olhar realista e, porque não dizer, pragmático em alusão à sua matriz filosófica, advoga o raciocínio hipotético-criativo, abdutivo nas palavras de Charles S. Peirce, como aquele provavelmente mais rico para uma compreensão do fenômeno jurídico. Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Belo Horizonte, novembro de 2014.

Lorena Freitas - Coordenadora do PPGCJ/Universidade Federal da Paraíba

Anizio Pires Gaviao Filho - Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP

Luís Carlos Balbino Gambogi - Universidade Fumec

O PODER CRIADOR DO JUIZ À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

THE CREATOR POWER OF JUDGE THE LIGHT OF CRITICAL THEORY OF LAW

Cátia Rejane Liczbinski Sarreta
Luciana Gabriel Chemim

Resumo

RESUMO: A crescente atuação dos órgãos judiciais em matérias antes não afetas a sua competência se deve, em parte, à redemocratização do País, trazida pela Constituição Federal de 1988, a qual, além de estabelecer direitos fundamentais aos cidadãos, fomentando sua busca por mecanismos assecuratórios desses direitos, ampliou as funções e garantias da magistratura, de modo que o Poder Judiciário deixou de ser mero aplicador da lei, passando a atuar também como criador do direito, na medida em que possui ampla capacidade de confrontar outros Poderes como o Legislativo para assegurar a justiça, desencadeando o processo denominado Judicialização, o qual, em alguns casos, culmina, no instituto do Ativismo Judicial, alcançando um aspecto puramente subjetivo, utilizando-se dos preceitos constitucionais para justificar decisões tomadas a partir da própria vontade, popularmente chamadas pela doutrina de decisionismos. O presente artigo pretende analisar os institutos da Judicialização e do Ativismo Judicial à luz da Teoria Crítica, como forma de se repensar uma mudança de paradigma no que diz respeito às decisões judiciais enquanto transformadoras da realidade social e efetivadoras dos direitos e garantias constitucionalmente previstos. O método utilizado é o dedutivo.

Palavras-chave: Judicialização, Ativismo judicial, Juiz como transformador da realidade, Teoria crítica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The increasing role of the judiciary in matters not before afetas jurisdiction is due in part to the democratization of the country, brought by the Federal Constitution of 1988, which, besides establishing fundamental rights to citizens, promoting their search for these mechanisms assecuratórios rights, guarantees and expanded the functions of the judiciary, so that the Judiciary ceased to be mere law enforcer, going to also act as creator of law, in that it has ample capacity to confront other powers - and the legislature - to ensure justice, triggering the process called Adjudication, which, in some cases, culminates at the Institute of Judicial Activism, reaching a purely subjective aspect, using the constitutional provisions to justify decisions taken from the own will, popularly called the doctrine of "decisionismos". This article analyzes the institutes of Adjudication and Judicial Activism in the light of

critical theory as a way of rethinking a paradigm shift with regard to judicial decisions as transformative social reality and efetivadoras of constitutional rights and guarantees provided. The method used is deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Judicial activism, Judge as transformer of reality, Critical theory of law

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o Poder Judiciário vem assumindo papéis que antes fugiam de sua competência, acarretando consequências tanto na esfera jurídica quanto no cenário político brasileiro.

O juiz atual não opera mais como mero aplicador da norma, mas sim como criador do direito, na medida em que, não raras vezes, se vê diante de um conflito sociológico nem sempre possível de ser dirimido com a simples aplicação da lei.

De outro lado, a própria Constituição Federal de 1988 criou novos direitos, garantias e medidas assecuratórias, e foi bastante minuciosa ao explicitá-los, despertando na população uma maior conscientização de seus direitos, a qual passou a buscar com maior intensidade a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Ocorre que nem todos estes direitos encontraram seu regulamento na lei ordinária,

Assim, o presente artigo tem por escopo refletir acerca da importância da atuação jurisdicional no Estado Constitucional vigente, estabelecendo os pontos cruciais da intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes da União, bem como os limites necessários para que não se crie, ou se estabeleça, a figura do juiz salvador da Pátria, que utiliza dos mecanismos de interpretação da norma para atender a preceitos pessoais, valorizando a supremacia do eu em detrimento dos direitos coletivos. Mas também, ao mesmo tempo, encontrando uma atuação do Poder Judiciário ativa, criadora, e não meramente expectadora do direito, utilizando-se da Teoria Crítica, para que possa ser objeto de efetiva transformação social.

2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A atual jurisdição constitucional provoca o órgão judicial no sentido de atuar não mais como aplicador da norma, mas como criador de mecanismos que efetivem os direitos e garantias muitas vezes ignoradas pelos demais poderes. Outrossim, o que se tem constatado no cenário jurídico são decisões pautadas no uso arbitrário do poder discricionário conferido aos juízes, extrapolando os contornos conferidos pela

Constituição, “isso seria uma “autorização” para ativismos, que, ao fim e ao cabo, deságuam em decisionismos”. (STRECK, 2010, p. 47).

Neste contexto, importa diferenciar os dois institutos, judicialização e ativismo, que, apesar de resguardarem semelhanças, na medida em que ambos realizam o caso concreto, possuem diferenças significativas que não podem, nem devem ser confundidas pelos estudiosos e operadores do direito, sob pena de colocar-se no mesmo patamar arbitrariedade e discricionariedade.

Judicialização, no dizer de Luiz Roberto Barroso, “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...].” (BARROSO, 2009).

Neste sentido, a judicialização significa uma transferência de poder para juízes e tribunais, os quais assumem o dever de tutelar os direitos e garantias constitucionalmente previstos, inclusive nos casos de omissão e às vezes em confronto com outros Poderes, fazendo desaparecer a figura do juiz como mero aplicador da lei.

A autora Clarissa Tassinari sintetiza o fenômeno da Judicialização da seguinte maneira:

> É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário, do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido [...] pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. (TASSINARI, 2012, p. 20).

Quanto ao instituto do Ativismo Judicial, entende a autora relacionar-se com a postura do Judiciário para além dos limites constitucionais, ou seja, avança o sentido do direito, na medida em que interpreta a norma conforme a convicção pessoal do juiz, assumindo um contorno estritamente subjetivo, ao passo que a judicialização traduz um processo contingencial, político-institucional, voltado a atender as demandas sociais concretizando a vontade da Constituição, ainda que, para tanto, precise afrontar os demais Poderes da União. (TASSINARI, 2012).

Na concepção de Luiz Roberto Barroso, os institutos da judicialização e do ativismo judicial são similares, mas não iguais, de modo que um seria espécie e outro gênero:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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, é 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 modelo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retratação 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. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2009, p. 03).

Também na visão do professor Rafael Tomaz de Oliveira há que se fazer a distinção entre judicialização e ativismo judicial, veja-se:

> Portanto, fica evidenciado que judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário. A judicialização, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático. [...] Já o ativismo possui uma raiz completamente diversa. Este, sim, liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos políticos-sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política. (OLIVEIRA, 2012).

Nas palavras de Lênio Streck, os dois institutos não se confundem, vez que envolvem problemáticas completamente distintas em sua origem:

> Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para a prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas). (STRECK, 2013).

Para a professora Vanice Regina L. do Valle:

> O parâmetro para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do

> poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. (VALLE, 2009, p. 21).

Não obstante os conceitos e diferenças citadas entre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, é inegável que o Estado Democrático de Direito, na sua esfera político-social, passa por significativa expansão da jurisdição constitucional, conferindo ao Poder Judiciário a guarda da Constituição em todas as suas instâncias, face sua supremacia, inclusive, em relação aos Poderes todos da União, permitindo, portanto, sua atuação em assuntos antes geridos pelos demais Poderes, seja pela inércia desses, seja pela interpretação negando ou suprimindo direitos fundamentais conferidos à sociedade pela mesma.

Nesse sentido, constata-se que o processo da judicialização se faz imperioso, na medida em que objetiva salvaguardar e atender aos reclames da sociedade, evitando, através do poder discricionário que lhe é conferido, a mera subsunção da norma ao caso concreto, sem qualquer análise normativa ou cognitiva crítica.

No dizer de José Laurindo de Souza Netto e Paulo Roberto Pegoraro Junior:

> [...] a ampliação do acesso à Justiça e a própria expansão da litigiosidade, seja em decorrência da simplificação verificada com a adoção dos Juizados Especiais, seja pela tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, são marcas inegáveis da difusão da jurisdição constitucional, a culminar com o chamado ativismo judicial, cuja gênese se encontra no próprio controle incidental (difuso) da constitucionalidade, tendo reconhecido o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, que “em caso de omissão inconstitucional sistêmica, recalcitrante, o tribunal tem que assumir uma posição ativa, mais enfática. (SOUZA NETTO; PEGORARO JUNIOR, 2009).

Na mesma linha, é o entendimento esposado por Eduardo Cambi:

> Os juízes não desenvolvem atividade política *stricto sensu*. Não decidem com fundamentos de política partidária, mas apenas concretizam a Constituição. Julgam com base em fundamentos de políticas constitucionais, devendo, as decisões, ser (sic) pautadas por valores, princípios e regras contidos no ordenamento jurídico.
> Por outro lado, negar a legitimidade democrática do Judiciário para aplicar, imediatamente, direitos fundamentais seria ignorar a submissão do legislador à Constituição e o papel da jurisdição constitucional na efetivação do Estado Democrático de Direito. O Judiciário deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais que são as bases substanciais para a realização da democracia.

> Sem a permanente vigilância na observância dos direitos fundamentais, não há democracia. (CAMBI, 2009, p. 270-271).

Há que se ressaltar que a própria jurisdição constitucional provoca o órgão judicial no sentido de atuar não mais como aplicador da norma, mas como criador de mecanismos que efetivem os direitos e garantias muitas vezes ignoradas pelos demais poderes.

Nesse sentido, pertinente a lição de Cambi:

> Por outro lado, há que se impedir a criação de um "superpoder", suscetível de abusos e de desvios. A concentração de plenos poderes no Judiciário redundaria no monismo do poder, comprometendo o princípio da separação dos poderes que, ao lado dos direitos fundamentais, também compõem o núcleo essencial da Constituição brasileira [...]. (CAMBI, 2009, p. 200).

Contrariando a maior parte da doutrina no que se refere ao conceito de ativismo judicial, o entendimento esposado por Jackson Tavares da Silva de Medeiros e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson nega que esse instituto extrapole os limites da discricionariedade:

> O ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade, tampouco com violação ao princípio da tripartição dos poderes e ao princípio democrático. Isso fica claro ao se perceber que a atuação da jurisdição constitucional não se efetiva exclusivamente por vontade do órgão jurisdicional. O Poder Judiciário segue o mandamento constitucional da inércia, determinando esse princípio que a atuação do Judiciário, no exercício da jurisdição, só será exercida quando for ele provocado.
> Uma vez provocado, o órgão judicial, necessariamente, deverá analisar o caso conforme determina o princípio da inafastabilidade do Judiciário, o que representa direito fundamental do acesso à Justiça, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/1988. (MEDEIROS; NELSON, 2013, p. 216.

Como se pode observar, segundo doutrinadores que defendem o ativismo, é necessário se ter uma atividade criativa do juiz, para que assim seja possível o papel do judiciário alcançar os seus objetivos, bem como fornecer à lei uma espírito prático, aproximando-se dos que defendem

No entanto, o verdadeiro problema não é o da oposição, na realidade, inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obras dos tribunais (...) o intérprete é chamado a

dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa. (CAPPELLETTI, 1999, pp. 21/22).

Neste ponto, quer parecer que a Teoria Crítica é o prisma pelo qual o julgador poderá refletir o direito de modo a evitar decisões mecanizadas, pautadas estritamente nos contornos e limites impostos pelo legislador ordinário, com a finalidade precípua de proteger e assegurar direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, aproximando-se sobremaneira da realidade social.

3 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

3.1 Histórico da Teoria Crítica no Brasil– breves apontamentos

Antes de ventilar um conceito propriamente dito, mister se faz entender aspectos relevantes acerca da história da Teoria Crítica do Direito no Brasil.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer, a história aponta os primeiros movimentos de crítica no Direito no final da década de 60, através de juristas europeus influenciados pelas ideias oriundas do economicismo jurídico soviético, mediante o pensamento de Stuka e Pashukanis, da releitura gramsciana da teoria marxista, da teoria frankfurtiana e das teses arqueológicas sobre o poder, de Michel Foucault, os quais questionavam o pensamento juspositivista dominante na academia. (2002, p. 16)

Ainda no dizer do mesmo autor, no decorrer dos anos 70, o movimento de crítica ao pensamento jurídico consolidou-se e ganhou força na França, por meio dos professores universitários de esquerda e, na Itália, através de magistrados politizados e antipositivistas. Estes movimentos acabaram por influenciar o debate crítico jurídico no Brasil a partir da metade dos anos 80, sob o incentivo, também, de alguns professores de filosofia e sociologia jurídica. (WOLKMER, 2002. p. 17)

3.2 Conceito de Teoria Crítica

Tecidas algumas considerações iniciais acerca da introdução do pensamento crítico no Brasil, oportuno percorrer as possibilidades conceituais na teoria crítica do Direito.

Hodiernamente a sociedade passa por dificuldades em encontrar um novo parâmetro de verdade, de modo que os fundamentos teológicos, metafísicos e racionais que, durante séculos, ampararam as formas de conhecimento não mais estão aptos para responder de modo efetivo às inquietações e necessidades da modernidade. (WOLKMER, 2002, p. 1)

Diante desta crise instrumental pela qual passa a ordem jurídica, se faz imperiosa a mudança e a reconstrução de paradigmas, por meio de um discurso mais crítico e mais condizente com as transformações operadas pela sociedade e, nem sempre, alcançadas pelo direito, de modo a fornecer aos operadores da ciência jurídica elementos de aproximação entre as decisões proferidas e a apresentação das circunstâncias fáticas pertinentes.

Assim, surge a Teoria Crítica como uma "luz no final do túnel" para auxiliar no esclarecimento acerca da realidade, questionando conceitos e discursos prontos do senso comum, fazendo transparecer verdades encobertas pelo modelo positivista, desmistificando o conceito tradicional de racionalidade, porém, sem negá-lo, buscando a emancipação do direito e da sociedade como um todo.

Para que se possa conceituar Teoria Crítica, no dizer de Antonio Carlos Wolkmer (2002, pp. 3 e 4), deve-se, necessariamente, identificar os sentidos da "crítica", expressão que por vezes soa imprecisa, na medida em que pode ser traduzida e interpretada de várias formas.

Assim, a "crítica" pode ser compreendida como o conhecimento que produz transformação da realidade, podendo resultar na libertação do ser humano.

> Desse modo, pode-se conceituar teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. (WOLKMER, 2002, p.5)

Portanto, concebe-se que a teoria crítica é um instrumento de despertar de consciência para além dos discursos pré concebidos pelo senso comum, buscando um

efetivo compasso entre o direito e a realidade, fomentando um pensamento crítico, de modo a atender às contradições estruturais da atualidade.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

4.1 A Decisão judicial pautada na Teoria Critica

Conforme se pode observar, não cabe nos dias atuais a figura do juiz "boca de lei", limitado a seguir estritamente o que preconiza a norma, ao contrário, como garantidor dos direitos Constitucionais, deve ultrapassar, se necessário for, os contornos legislativos que forem contrários ou suprimam, de alguma forma, garantias e prerrogativas asseguradas pela Lei Maior, de modo a trazer para a realidade social a resposta mais adequada a ser aplicada em cada caso individualmente considerado.

Isso quer dizer que o juiz ou tribunal não está vinculado a repetir o que diz a lei infraconstitucional quando esta, frente determinado caso concreto, inviabilize ou negue direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, do mesmo modo que pode e deve deixar de aplicar a lei quando o efeito da mesma produzir, dentro do caso individualmente considerado, injustiça ou afronta a princípios como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, pensa-se que a teoria crítica do Direito pode contribuir no sentido de que as decisões jurídicas sejam produzidas para além dos pressupostos ideológicos construídos e sustentados pelos modelos tradicionais de interpretação e tradução do Direito.

> A importância da discussão sobre o "pensamento jurídico crítico" é plenamente justificada, porquanto o modelo de cientificidade que sustenta o discurso jurídico liberal-individualista e a cultura normativa tecno-formal está em processo de profundo esgotamento. Essa disfuncionalidade decorre da própria crise de legitimidade, da elaboração e aplicação da justiça, bem como da crescente complexidade das novas formas de produção do capital e das incisivas contradições sociais das sociedades contemporâneas. Natural, pois, substituir os paradigmas racionais de fundamentação jurídica (jusnaturalismo e positivismo) quando eles não mais acompanham as incontestes transformações sociais e econômicas porque passam as modernas sociedades políticas. (WOLKMER, 2002)

Assim, a decisão jurídica respaldada nas vertentes da teoria crítica buscará romper com a alienação e opressão produzidos pelo atual paradigma da ciência jurídica, buscando um processo mais flexível e adaptável às necessidades concretas da sociedade.

4.2 A Doutrina e Jurisprudência referente à (in) aplicação da Teoria Crítica no Ativismo Judicial

O ativismo judicial é um movimento crescente na atividade judiciária do Brasil, ou seja, uma realidade a ser aceita e trabalhada da melhor maneira possível, mas que também deve considerar a segurança jurídica.

Para a corrente mais simpática ao movimento no Brasil, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, para assim atingir as necessidades sociais. Deste modo a interpretação irá além do texto constitucional e atingindo a eficácia do direito em tela.

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008).

Para o doutrinador quando não se há regras sobre respectivos assuntos, a exemplo o julgamento que tratou de anencefalia, o judiciário deve criar uma regra específica que até o momento não estava prevista. Para ele essa atitude criativa não desrespeita o Congresso Nacional, pois no momento em que o Congresso Nacional deliberar sobre o tema, será sua posição que valerá.

Entende então que quando faltar uma norma que regulamente um conflito envolvendo direito fundamental, o judiciário deve atuar, e nesse sentido mesmo que não explícito pode estar presente a aplicação da Teoria Crítica quando desconsidera o senso comum e busca a decisão pautada na realidade social, mesmo que não presente na lei.

Diferentemente outra corrente posiciona-se no entendimento de que o judiciário não pode interferir nas outras esferas visto que a Constituição Federal Brasileira adotou o Princípio de Separação dos Poderes. Em sua atividade não se pode admitir a criação de novos direitos, uma interpretação criativa do texto constitucional. O que levaria a um abalo ao Estado Democrático de Direito. Compartilha desse posicionamento o doutrinador Ronal Dwuorkin, para ele os juízes mesmo ao decidir casos difíceis, o fazem com estrito respeito às regras democráticas e à existência de uma

Constituição escrita. Para ele, os juízes devem interpretar o direito como um todo nos casos difíceis, respeitando a legislação existente.

Dworkin 2002, afirma que *" juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente"*. Compreende o autor que o limite para o ativismo judicial esta na lei, e sobre a interpretação da mesma deve surgir as decisões de nossos magistrados.

Nesse sentido,

> 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 interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

Para essa posição mais extremista, o ativismo apresenta-se como uma ameaça a Constituição e ao princípio da separação dos poderes explicito na Carta Magna. Com uma visão mais positivista, para essa corrente a prática do ativismo judicial é um abalo a segurança jurídica.

Um pouco diverso de Ronald Dwuorkin, Lenio Streck movimenta as reflexões acerca do ativismo judicial no Brasil. Com argumentos fortes, revela que o julgador não deve extrapolar seus limites. As decisões dos tribunais não podem e não deve estar pautada na vontade e na subjetividade do julgador, a Lei limita essa subjetividade possibilitando uma maior segurança nas decisões. Segundo Lenio Streck os limites para essa subjetividade é a própria Constituição.

> Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o "quanto de judicialização", mas "como as questões judicializadas" devem ser decididas. Aqui está o busílis. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política. (STRECK, 2013).

Como afirma o autor, é na constituição que se apresenta os limites dessa chamada atividade criativa do judiciário.

Esse entendimento traz um alerta à necessidade de uma reflexão crítica sobre a prática indiscriminada do ativismo judicial. Já se tornou comum notícias sobre decisões polêmicas e até mesmo de difícil entendimento a luz da Constituição de 1988.

De acordo com Lenio Streck no livro "O que é isto- decido conforme a minha consciência?" tem-se uma profunda crítica ao subjetivismo das decisões dos tribunais, que ao pronunciar o voto, por vezes se encontram expressões do gênero: […] Decido, porém, conforme a minha consciência,… […] Não me importam o que pensam os doutrinadores…

Ainda tem aquele voto que decide pela maioria não demonstrando sua convicção legal e nem mesmo subjetiva. Para o autor, não se pode admitir um julgamento que seja baseado no direito que o julgador quer que seja.

Sendo assim é de suma importância a observação da jurisprudência. Ao analisar a Ação Penal nº 2013.01.1.076604-6, do Distrito Federal, a qual repercutiu em todas as redes de comunicação, causando grande polêmica na sociedade e meio jurídico. Sendo a mesma se tratar da absolvição de um homem que tentou entrar na Papuda com 51 trouxinhas da de maconha. Nessa específica decisão, depara-se com uma situação onde o magistrado transpareceu suas convicções subjetivas a respeito do caso. Merece registrar parte do fundamento da sentença:[…] A conduta praticada pelo acusado, com efeito, parece se adequar àquela descrita no art. 33, caput, cc art. 40, da lei 11343/06. Contudo, no meu entender, há inconstitucionalidade e ilegalidade nos atos administrativos que tratam da matéria.

A decisão do juiz foi amplamente questionada na mídia e pelo Ministério Público, expondo as convicções do magistrado a despeito do caso em concreto, nesse caso além da convicção do juiz ele atentou a uma realidade existente, o que diante da situação específica pode ser considerada uma decisão com um olhar de crítica social do magistrado.

Outro fato que auxilia a exemplificar essa tendência do judiciário, em decidir conforme sua convicção, é a decisão de um Recurso de Revista n° TST-PR-258600-03.2007.5.09.0004. O fato que surpreende na tal decisão é que no mesmo foi reduzido o valor de dano moral, ainda que o recurso não tenha sido conhecido.

> […] Recurso de revista de que não se conhece. DANO MORAL. INSPEÇÃO COM DETECTOR DE METAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO Entende esta Corte Superior que a mera revista de bolsas e sacolas dos empregados, de forma impessoal e sem toques, não configura dano moral passível de indenização. […]

> […] Assim sendo, ante os termos do art. 5.º, V, da Constituição Federal, e reconhecendo-se a desproporcionalidade da indenização em face dos fatos comprovados, é cabível sua redução de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para R$ 1.000,00 (mil reais). Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. […]

Sobre esse caso Streck (2013) dispõe em sua coluna Senso Comum. Segundo ele, ficou incompreensível a aplicação do Artigo Constitucional com o caso em questão. Para ele esse é um exemplo claro de ativismo judicial, e ainda complementa.

> Decidir não é o mesmo que escolher. O ato de decidir possui responsabilidade política diante da comunidade. Cada decisão — que não pode depender do solipsimo do intérprete ou do colegiado — tem efeitos colaterais. Se for mantida a nova "doutrina" estabelecida pela 6ª Turma do TST, todos os cidadãos da República poderão invocar uma espécie de "juízo de *equity*" dos tempos em que isso ocorria na Inglaterra com o Lord Chancellor. O TST e os demais Tribunais passariam a dar *equitable remedies ad misericordium (ou non misericordiam)* — se me entendem a ironia. O Lord Chancellor era a instância última, "resolvendo" as pendengas a partir da *equity*... Só que aqui não há Lord Chancellor. E nem mais lá. Isso já passou. Os ingleses evoluíram! (STRECK, 2014).

Como o exposto, admitir essa postura dos Tribunais, será um retrocesso e um verdadeiro desrespeito ao Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal.

Ainda a exemplo jurisprudencial, se faz necessário abarcar mais uma polêmica decisão, no momento se faz referência a uma decisão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, autos de número 394-61.2012.6.05.0091. Sentença de 2014, (Anexo 3), na qual, a juíza em sua argumentação, não exitou em colocar a sua opinião pessoal, extraída de sua subjetividade de apreciação pessoal dos fatos. Vejamos:

> […] Cumpre ressaltar a dicção do art. 23 da Lei Complementar nº 64/1990, que autoriza o julgador a formar sua convicção "pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral."
>
> Em sintonia com este comando legal, saliento que esta julgadora estava diuturnamente presente na Comarca e, acompanhou de perto todo o pleito eleitoral de 2012, presenciando a dificuldade dos investigantes, para comprovar os ilícitos praticados pelos investigados, durante todo o período eleitoral, demonstrado com a propositura de várias ações cautelares.[…]

O fato da magistrada ter argumentado com suas convicções se torna uma afronta a democracia, inclusive o referido Artigo 23 da Lei Complementar nº 64/1990, sofre questionamento na doutrina pela ampla liberdade na decisão do magistrado.

Afirma Streck (2014) que decisão judicial é algo muito importante para ficar ao sabor de indícios e presunções. Numa democracia, poder público é poder fiscalizado e controlado. Do início ao fim. Não deve importar a convicção íntima do juiz, mas sim o que o direito como um todo apresenta como resposta para um determinado contexto probatório.

Numa Nação em que os direitos nascem do princípio democrático, não é possível admitir um julgamento por presunções, o que deveras afronta os direitos do cidadão de ter um julgamento conforme a lei, carregando consigo outros direitos conquistados.

> A cidadania é uma conquista a medida que a exclusão social não seja uma regra, e que todos tenham direito a vida, é um processo de emancipação do individuo , o qual é integrado e passa a ser parte da comunidade do iguais. Essa condição não é um dado pronto, mas um contínuo desafio ao *status quo.* A conquista do espaço público não é uma coisa de momento, mas uma luta continua. (SARRETA, p. 201, 2007).

Em uma democracia conquistada pelo clamor da sociedade, deve-se respeitar a cidadania, devolvendo a sociedade uma resposta clara do poder judiciário e rígida através do poder constituinte. Não obstante o poder público é um poder fiscalizado e controlado, os fundamentos da Teoria Crítica estão presentes em decisões, mas que o juiz não tem seu poder jurisdicional ilimitado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que nos dias atuais não cabe mais a figura do julgador como mero aplicador da norma jurídica, até porque, como visto, há casos em que a lacuna da lei ou sua própria vacância, permitem uma interpretação criativa para além dos contornos legislativos, quando não a própria criação do direito com o fim precípuo de se preservar direitos e garantias constitucionalmente previstos.

A Constituição Federal de 1988 garantiu o legítimo exercício do poder jurisdicional , todavia, não atestou, com isso, a intervenção do julgador para além dos limites impostos pela mesma, de modo que toda interpretação deve se pautar na Carta Maior, sob pena de estar o juiz, mais do que legislando, ferindo o próprio Estado Democrático de Direito.

É fato que determinados direitos, notadamente alguns direitos sociais, carecem de devida regulamentação pelo Poder Legislativo, de modo que permitem, diante da inércia legislativa, a intervenção de juízes e tribunais, no sentido de assegurar, bem como verificar eventual abuso no exercício regular de um direito, atentando-se, sobremaneira, à proteção do interesse público, bem como para a proteção de outros direitos individuais.

Desta forma, o que se verifica é que a Teoria Crítica traz elementos que podem e devem ser considerados pelos operadores do direito ao proferirem suas decisões, na medida em que o aparelho judicial, como transformador da realidade, não pode ficar engessado em conceitos prontos, nem mesmo estagnado por limites normativos que desatendam a preceitos e garantias Constitucionais.

Assim, por ser o Direito uma Ciência Social, ele necessita estar de acordo com a sociedade. Nesse sentido os operadores e criadores do Direito devem considerar nas suas fundamentações e decisões os impactos sociais, de modo a concretizar a justiça dentro de cada caso individualmente considerado, aproximando-se, gradualmente, da realidade.

Neste contexto, quer parecer que, tanto o fenômeno da judicialização, quanto do ativismo, resguardadas as decisões que extrapolam os limites aferidos pela Carta Maior, podem e devem contribuir para um (re) pensar, criticamente, novas formas de prática jurídica, atendendo às inquestionáveis transformações sociais e econômicas das sociedades contemporâneas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismos Judicial e Legitimidade democrática**, disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 06/01/2014.

BARROSO, Luís Roberto, Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf > Acesso em 01/03/2014 às 9:49h.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACIEL NETO. Pedro Benedito. **Ativismo Judicial vinculativo não é bom**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-30/ativismo-judicial-nega-essencia-estado-democratico-direito2>. Acesso em 26/10/2013.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON. Rocco Antonio Rangel Rosso. Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial – Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 84, São Paulo: RT, jul.-set./2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>. Acesso em 23/01/2014.

SARRETA, Cátia Rejane Liczbinski, Meio ambiente e consumo sustentável: direitos e deveres do consumidor. Passo fundo: UPF, 2007.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O Neoprocessualismo e a Publicização Normativa como Corolário da Unidade Processual Sistêmica: Uma Afirmativa da Jurisdição Constitucional.** Artigo apresentado no XVIII Encontro Nacional do Compedi em Maringá, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1080.pdf)>. Acesso em 10/01/2014.

STRECK, Lênio. **O que é isso, o ativismo judicial, em números?**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em 23/01/2014.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judidário nas Experiências brasileira e norte-americana.** Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.