

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

LORENA DE MELO FREITAS

MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Gabriela Maia Rebouças; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-419-8

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4. Filosofia.

XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro “Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico” é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI.

O referido GT foi proposto em 2014.2 pela então Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e nesta ocasião coapresentadora e membro da coordenação deste Grupo por ocasião deste XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília, e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Neste encontro os professores Doutores Carlos Alberto Simões de Tomaz (Fundação Universidade de Itaúna – UIT), Maurício Dalri Timm do Valle (Universidade Católica de Brasília) e Lorena de Melo Freitas (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE/PNPD e UFPB) coordenaram os trabalhos no grupo.

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 em conta o tema central do evento, qual seja: “Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, mas sempre fazendo uma aproximação sob a perspectiva do pragmatismo, realismo jurídico e/ou teorias com foco na questão da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, porém os doze 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).

Os primeiros quatro artigos têm em comum a centralidade em torno de um autor-objeto de pesquisa, assim, o livro permite perpassar aspectos dos pensamentos de Aulis Aarnio, Benjamin Cardozo, Ronald Dworkin, Sam Harris e Manoel Atienza. Em seguida temos três artigos com objetos afeitos ao debate de categorias teóricas centrais ao direito, quais sejam, validade, vigência, eficácia, raciocínio e método no direito. Já a parte final tem uma

característica mais empírica, nela encontramos cinco artigos que analisam problemas jurídicos atuais mas com referência à casos, decisões ou simplesmente a perspectiva de abordagem dos temas têm a delimitação em torno que objetos pautados na realidade.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por apenas apresentar a disposição dos artigos em seus aspectos identitários, mas sem pormenorizar um detalhamento de cada tema por inspiração na própria proposta de John Dewey, um dos expoentes do pragmatismo e realismo jurídico, cujo pensamento tem como categorias centrais a interação e a continuidade.

Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - UIT

Prof^a. Dr^a. Lorena de Melo Freitas (UFPB)

Prof. Dr. Maurício Dalri Timm do Valle (UCB)

Brasília, julho/2017

LEGAL PRINCIPLES AND THE LIMITS OF LAW E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

LEGAL PRINCIPLES AND THE LIMITS OF LAW AND THE JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

**Ana Julia da Cunha Peixoto Reis
Rafael de Oliveira Perpétuo**

Resumo

Raz em seu Artigo Legal Principles and the Limits of Law tenta demonstrar a importância dos princípios, bem como as suas distintas aplicabilidades. Considerando o posicionamento que Raz adota no mencionado texto, analisaremos o fenômeno do ativismo judicial no Brasil. No Brasil há uma discussão acerca de seus limites. A doutrina contrária ao ativismo judicial no Brasil acredita que se trata de uma interferência a tripartição de poderes. A doutrina que apoia o ativismo judicial defende que em casos concretos que não há legislação, a atuação do Poder Judiciário de forma expansiva não interfere diretamente com a tripartição dos poderes.

Palavras-chave: Princípios, Aplicabilidade, Ativismo judicial, Tripartição de poderes

Abstract/Resumen/Résumé

In the Article “Legal Principles and the limits of law”, Raz tries to demonstrate the importance of Principles as well as its different applications on the legal system. Considering Raz’s position, this article intends to analyze the Judicial Activism in Brazil. There is a strong discussion about its limits. The doctrine that stands against the judicial activism in Brazil believes that the judicial activism is an offense to the tripartition of powers. The doctrine that supports the judicial activism defends that in concrete cases, if there were no legislation, the judge’s decision without a previous legal basis would be acceptable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Raz, Principles, Applicability, Judicial activism, Tripartition of powers

INTRODUÇÃO

Raz, em seu Artigo “Legal Principles and the Limits of Law” traz à tona uma questão que estava aparentemente negligenciada, o fato de haver, no ordenamento jurídico, questões, como os princípios, que apesar de fazerem parte do conjunto de regras não são leis.

Em seu texto, o autor, apesar de fazer críticas diretas ao Professor Dworkin, deixa claro que sua intenção com o mencionado artigo não é refutar a crítica de Dworkin ao positivismo de Hart, mas mostrar que não há nada nos argumentos de Dworkin que possa justificar o completo abandono da tentativa de Hart em delimitar o direito.

Para tanto, Raz tenta diferenciar os princípios das leis pontuando, inicialmente, que o que para Dworkin seria o conceito de princípio e a sua aplicabilidade estaria, na verdade, diretamente ligada à aplicação dada pelos juristas aos princípios.

Segundo Raz, os princípios são aplicados no Direito em cinco diferentes situações, quais sejam:

- (i) interpretar as leis, talvez, esta seja a forma mais extensa de utilização de um princípio, isto é, os aplicadores do direito valer-se-ão dos princípios para interpretar todas as regras, inclusive princípios de usos mais restritos;
- (ii) servirem como apoio para alteração da lei;
- (iii) serem alicerce de exceções das leis;
- (iv) fundamentarem novas leis;
- (v) servirem como única base para interpretação de casos concretos.

Sob a ótica de Raz a respeito dos princípios e sua aplicabilidade, será analisado o fenômeno do ativismo judicial no Brasil.

Embora o Ativismo judicial tenha tido origem e ter se desenvolvido principalmente nos Estados Unidos, atualmente, ele vem efetivamente sendo utilizado no Brasil e, em razão disso, gerando uma grande discussão acerca de sua aplicabilidade em nosso país.

Segundo a doutrina contrária, o ativismo judicial seria, na realidade, uma interferência do Poder Judiciário na seara do Poder Legislativo ferindo, pois, o Sistema de Tripartição dos Poderes previstos na Constituição Federal de 1988.

Já a doutrina que apoia o ativismo judicial no Brasil, acredita que, conforme já estudado por Raz existe a possibilidade de o julgador utilizar-se dos princípios em casos concretos em que o legislador tenha sido omissivo em sua função de legislar, sem que tal atuação do Poder Judiciário interfira diretamente com o Sistema de Tripartição dos Poderes.

2 Legal Principles and the Limits of Law¹

Inicialmente, Raz esclarece que apesar da dificuldade de se distinguir as leis daquelas regras não legais esta diferenciação deve ser preservada, seja pelo fato de que nos casos mais comuns esta diferenciação é fácil de ser feita, seja porque a diferenciação entre as leis e as demais regras ajuda a entender o direito e a sociedade.

Raz deixa claro que a intenção dele com o artigo “Legal Principles and the Limits of Law” não é refutar a crítica do Dworkin ao positivismo de Hart, mas mostrar que não há nada nos argumentos de Dworkin que justifique o completo abandono da tentativa de Hart em delimitar o direito.

A classificação das regras em categorias lógicas sempre foi um dos desafios da filosofia. Entretanto, antes de adentrar na problemática da distinção entre princípios e regras, Raz ressalva a necessidade de primeiramente esclarecer/responder uma questão ainda mais fundamental:

O que é um direito completo? No que tange a este questionamento, o primeiro esclarecimento que deverá ser feito é que se trata de uma questão de individualização do direito e não da lei, ou seja, é uma questão de lógica, de ideal, de intelectualidade e não uma questão simples de matéria. Isto porque, a lei por si só não abrange todo o direito, sendo somente mais um dos elementos que compõem o sistema jurídico.

Existem regras que não são consideradas leis, mas que fazem parte do direito. Um exemplo muito comum dessas regras é a moral que, apesar de não estar presente em nenhuma lei, faz parte do direito, tratando-se, pois, de um princípio do direito.

Segundo Raz nem tudo que parece um princípio de direito é de fato um princípio de direito como entendido por Dworkin.

¹ Raz, Joseph Legal Principles and The Limits of Law, The Yale Law Journal, vol. 81, pag.823-854, 1972.

Para tanto, Raz traz como exemplo a questão da liberdade de expressão dizendo que uma pessoa, para demonstrar que no seu país a liberdade de expressão é assegurada pelo direito demonstra que tal liberdade somente é limitada por algumas questões, enquanto na mesma situação em outro sistema jurídico, outra pessoa afirma que em seu país a liberdade de expressão é assegurada pelo Direito visto que há uma lei que garante que os julgadores irão garantir a liberdade de expressão.

Segundo Raz a segunda versão do princípio é aquela aceita por Dworkin. Sendo assim, Dworkin somente estava superficialmente consciente da problemática da individualização e com isso, muitas vezes o que este entendia como princípio não passava de regras prévias.

Conclui-se então que a multiplicidade de princípios engana, visto que muitas vezes não passam de referências de regras e não um princípio completo.

Raz contesta ainda a primeira característica usada por Dworkin para distinguir princípios de regras, que é exatamente o fato de que princípios podem ter conflitos quando aplicados a um caso concreto, ao ponto de que leis não poderiam ter conflitos e quando houvesse, uma delas não seria válida.

Dworkin acredita que as leis preveem todas as exceções não podendo conflitar entre si ao passo que os princípios teriam pesos que auxiliariam nas resoluções dos possíveis conflitos, ou seja, para Dworkin leis não teriam dimensões de peso.

Para Raz leis podem conflitar entre si e, conseqüentemente, têm pesos distintos, não podendo então tal característica ser usada para distinguir leis de princípios.

Para tanto, Raz traz o exemplo da lei que proíbe o assalto e suas exceções, argumentando que não há a necessidade de que todas as exceções, como a legítima defesa, sejam incluídas visto que estas são aproveitadas por outras leis como aquela relativa ao homicídio.

Considerando que o direito deve ser visto como um todo, não há a necessidade de se esmiuçar cada lei a fim de se evitar conflitos. Muito antes pelo contrário, as leis devem ser sucintas evitando repetições, demonstrando a importância da conexão entre elas assim como ocorre com os princípios, podendo sim haver conflitos e interações entre as leis ao contrário do que afirmou Dworkin.

Assim sendo, quanto ao segundo ponto de distinção de princípios e regras de Dworkin, qual seja, os diferentes pesos, Raz acredita que tanto leis, quanto princípios têm pesos. No entanto, para ele, o peso dos princípios varia conforme o caso, já para as

leis o peso deverá ser sempre o mesmo, o que pode ser usado para distinguir as leis dos princípios.

Ainda, segundo Raz, há situações nas quais leis se portam como princípios, por conseguinte, eventuais conflitos surgidos nestes casos, deverão, aparentemente, serem resolvidos da mesma maneira que seriam caso fossem princípios. Para tanto, Raz sugere que a diferenciação entre princípios e regras não tenha como base a possibilidade de conflito.

Para distinguir regras e princípios Raz, do mesmo modo que Dworkin, observa que a lógica destes é distinta, tal qual dentre os próprios princípios e as próprias regras há diferentes lógicas.

Raz esclarece ainda que, nem todo direito é norma e o direito que não é norma foi negligenciado e que apesar de existirem diferentes tipos de princípios serão analisados somente os que geram obrigações comparando-os com as regras que também geram obrigações.

Os princípios que geram obrigações e as regras são muito similares, sendo, como bem observado também por Dworkin, que nem sempre será claro quando se está tratando de um princípio de uma regra como, por exemplo, no caso do princípio constitucional americano de que o Congresso não poderá limitar o direito de liberdade de expressão.

Inclusive, havendo aparente conflito entre regras e princípios, nem sempre os princípios serão descartados, como por exemplo, ocorreu no conflito entre o princípio que estabelece que uma pessoa não deva beneficiar-se do seu malfeito e a regra que estabelecia o direito de herança, quando aquele que tinha direito à herança foi o responsável pela morte do testador.

Sopesando que, princípios são aplicáveis em casos em que há lei formal contrária que regulamenta o caso concreto, devemos perceber que, de modo geral, as leis estão submetidas aos princípios e podem ser sobrepostas por estes em casos específicos, mas com muita cautela e desde que a aplicação de tal princípio esteja em linha com todo o ordenamento jurídico e a lei que esteja sendo sobreposta não.

Regras descrevem atos específicos e princípios podem ser utilizados para justificar regras sendo certo que o contrário não é verdade, nem para um e nem para o outro.

Segundo Raz, há cinco diferentes propósitos para utilização dos princípios em conjunto com a lei, quais sejam: (i) interpretar as leis, sendo que, talvez, esta seja a

forma mais extensa de utilização de um princípio, isto é, os aplicadores do direito valer-se-ão dos princípios para interpretar todas as regras, inclusive princípios de usos mais restritos; (ii) servirem como apoio para alteração da lei; (iii) serem alicerce de exceções das leis; (iv) fundamentarem novas leis; (v) servirem como única base para interpretação de casos concretos.

Raz conclui que na realidade não há uma lógica na diferença conceitual entre leis e princípios, havendo sim, uma diferença de razões de política legal.

Em seu estudo, Raz ainda aborda a questão dos limites das regras, melhor dizendo, este passa ao estudo da diferenciação daquelas regras que fazem parte do direito e aquelas que não o fazem.

Para tanto, Raz faz uma análise dos argumentos apresentados por Dworkin em sua crítica ao positivismo de Hart que, apesar de serem três argumentos, segundo Raz, somente dois de fato foram explicitamente contra tal tese.

O primeiro argumento de Dworkin diz respeito à discricionariedade, segundo este, esta existe em seu sentido fraco, que significaria (i) julgamento, quando na realidade aquele que tem, segundo a lei poderes para tanto, ao ser provocado julga um caso concreto ou (ii) finalidade, quando é proferida uma decisão pela última autoridade competente, não podendo tal decisão ser revista ou revertida e em seu sentido forte, que é de fato contraposta por Raz.

Discricionariedade em seu sentido forte seria a liberdade dos aplicadores do direito de criarem em determinado caso concreto, ou seja, quando não há lei específica para o caso.

Dworkin considera que há tanto leis quanto princípios, por esta razão, os aplicadores do direito não têm discricionariedade em seu sentido forte, segundo Raz, não há uma conclusão que justifique tal afirmativa.

Para Dworkin a discricionariedade judicial está limitada, visto que, todas as razões utilizadas para decidir juridicamente um caso concreto são parte do direito, dessa forma, caso os aplicadores do direito tivessem discricionariedade em sentido forte, a sua aplicação no caso concreto não faria parte do direito.

Já para Raz o fato de existir um princípio aplicável ao caso concreto que aparentemente seria o caso de aplicação da discricionariedade em seu sentido forte pelo fato de a regra ser vaga o que, na maioria das vezes afasta a discricionariedade.

Para tanto, Raz acredita haverem três fontes de discricionariedade, (i) imprecisão, que seria inclusive uma característica da linguagem e dos princípios; (ii) os

distintos pesos que as regras e princípios têm, que por um lado podem ajudar na solução do caso concreto, não dão todos os elementos necessários para a resolução do caso; (iii) leis que autorizam o uso da discricionariedade, a maioria dos sistemas legais permitem o uso da discricionariedade, normalmente, pautada pelos princípios.

O segundo argumento é a fonte dos princípios. Tanto leis quanto os princípios, podem ser substituídos por novas legislações ou por autoridades administrativas.

Neste sentido, as regras e os princípios divergem, pois, as regras podem ser estabelecidas através de um precedente criado ao ser julgado um caso concreto, ao passo que os princípios não viram regras somente com base em um precedente, estes normalmente se desenvolvem como costumes.

Dworkin acredita que a moral, por exemplo, somente poderia ser considerada no conjunto de regras jurídicas se esta viesse a ser considerada pela comunidade uma norma social através da criação de leis ou julgamento de casos concretos.

Raz contesta tal argumento alegando que todas as normas sociais são automáticas, independentemente de legislação prévia ou reconhecimento através de julgados.

O terceiro argumento, de que a regra de reconhecimento, que seria aquela regra primária que daria a todas as outras regras validade, não seria válido.

No que tange este terceiro argumento, Raz esclarece que apesar da crítica de Dworkin à regra de reconhecimento este não formulou uma solução, o que, por consequência não só tornou este argumento inaplicável como também prejudicou o segundo argumento.

Raz conclui em seu estudo que, apesar da teoria de Hart poder ser aprimorada em algumas questões, os argumentos de Dworkin não foram suficientes para invalidar tal teoria, principalmente quando se analisa os casos mais complexos.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL

Em 1947, o jornalista Arthur Schlesinger publicou nos Estados Unidos da América um texto intitulado “The Supreme Court:1947” na Revista Fortune, no qual, pela primeira vez se usou o termo ativismo judicial.

Apesar de o referido texto, à época, não ter tido embasamento jurídico e sim ter sido tratado mais como uma crítica pessoal aos juízes da Suprema Corte Americana, este iniciou uma discussão que perdura até os dias de hoje.

Em seu texto, Arthur Schlesinger dividiu os juízes em duas categorias, os (i) ativistas, que eram aqueles juízes que expandiam o seu julgamento para além dos preceitos dispostos na legislação, sob o fundamento de efetivar o que entendiam ser justiça social e (ii) de autocontenção, que eram aqueles mais conservadores, ou seja, para estes, se manter a forma e o preceito legal era indispensável para dar efetividade à justiça.²

O ativismo judicial, nos Estados Unidos, era à época, e ainda é atualmente, mais utilizado em questões de política pública, o que gera um certo desconforto político, além de fomentar críticas àqueles juízes que ousam interferir em tal seara.

Este fenômeno iniciou-se nos Estados Unidos, mas expandiu-se para outros ordenamentos jurídicos.

No Brasil, tem se falado muito a respeito do tema, entretanto, não há, na doutrina sequer consenso em relação ao termo ativismo judicial, havendo inclusive uma aparente confusão entre ativismo judicial e judicialização.

A nosso ver, não há que se confundir estes institutos, visto que, a judicialização é um fenômeno vivido no Brasil desde a promulgação da Carta Magna de 1988.

A judicialização nada mais é do que a abertura dada pela Constituição que franqueou e abrangeu ainda mais o acesso ao judiciário no Brasil.

Assim como leciona Luiz Flávio Gomes “A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito.”³

Portanto, a judicialização nada mais é do que este amplo acesso ao Poder Judiciário e o consequente aumento de questões e situações que são levadas a este para apreciação.

Já o ativismo judicial, hoje no Brasil, é entendido para a maioria dos doutrinadores como a atuação expansiva do judiciário em casos concretos que não tenha legislação específica a respeito do tema ou, caso haja esta se encontra dissociada da realidade social enfrentada.

² SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. Fortune, v.XXXV, n.1, jan. 1947.

³ GOMES, Luiz Flávio, O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?, Revista Jus Navigandi, acessível em <http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>.

Esta atuação expansiva é muito criticada por muitos, por entenderem que há por parte do judiciário, uma invasão ao poder que foi conferido ao legislativo segundo o sistema de tripartição de poderes.

Por conseguinte, os que entendem dessa forma acreditam que o Poder Judiciário estaria usurpando o poder de legislar do legislativo ao decidir no caso concreto em que não há legislação específica, ou mesmo de forma contrária ao texto literal de lei, invocando princípios para julgar de acordo com as próprias convicções, alterando a própria legislação, mesmo quando o texto não comporta interpretação.

Aqueles que defendem a possibilidade de aplicação do ativismo judicial no Brasil, como Luis Roberto Barroso, entendem que: A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (...) o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (...) a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos (...).⁴

Neste sentido, segundo tal jurista, o ativismo judicial não seria uma forma de violação da tripartição de poderes pelo Poder Judiciário.

Devemos lembrar que na realidade o Poder Judiciário somente poderá agir quando provocado, logo, no caso em que há a necessidade de que este julgue um caso concreto para o qual não há previsão na legislação vigente, deve se levar em consideração primeiramente que um cidadão legitimado levou ao Poder Judiciário uma questão e segundo que, pela própria constituição este poder não poderá se omitir de julgar o caso concreto.

Ocorre que a Constituição federal de 1988, em seu artigo 5º, LXIX, prevê a existência do Mandado de Injunção nos seguintes termos: “conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

⁴ BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89

Ou seja, há remédio legal para o cidadão que entenda que o vácuo legal esteja prejudicando o pleno exercício de seus direitos e de suas liberdades individuais, de forma que não há, a rigor, necessidade de que o magistrado julgue o caso concreto em tal situação, uma vez que o Poder Legislativo poderá ser provocado por ordem do próprio Poder Judiciário para preencher a lacuna existente.

O supramencionado artigo carecia de regulamentação, o que por vezes acabava justificando certo ativismo judicial, o que não mais se justifica uma vez que o Mandado de Injunção foi devidamente regulamentado pela Lei 13.300/16 que dispõe, em seu artigo 8º o seguinte:

“Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.”

Ora, com a edição da referida legislação, não há mais qualquer justificativa para que os juízes brasileiros adotem o ativismo judicial em seu árduo múnus de julgar, uma vez que o conjunto de normas e princípios existentes em nosso ordenamento é suficiente para embasar qualquer julgamento e caso não seja, existe caminho legal previsto no próprio ordenamento que pode e deve ser trilhado por qualquer cidadão, devendo o juiz, no caso concreto, apenas declarar o vácuo legal.

O fato de o Poder Legislativo estar cada vez se omitindo mais de sua função em relação a determinadas situações que deveriam ser regulamentadas não é motivo para que o ativismo judicial ganhe espaço no Brasil.

De fato, nosso país vem experimentando decisões no mínimo controversas, para não dizer perigosas, proferidas por nossa Suprema Corte, supostamente amparada no ativismo judicial.

Temos como exemplo do perigo do ativismo judicial, dois julgados de nossa Suprema Corte, quais sejam a decisão do Ministro Luiz Roberto Barroso acerca da legalidade do aborto e a decisão do Órgão Colegiado acerca da prisão do indivíduo após o julgamento em Segundo Grau de Jurisdição.

Em ambos os casos os julgamentos foram proferidos com base principiológica para alterarem texto literal de lei.

Em ambos, a justificativa principal seria a adequação da legislação e das decisões aos anseios da população, o que não é se deve tomar como justificativa, uma vez que ambos os temas deveriam e devem ser debatidos pelo Poder Legislativo, dada sua complexidade e controvérsia.

Observa-se que no primeiro caso, o Ministro Luiz Roberto Barroso em voto vista em Habeas Corpus⁵.

(Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro) do qual nem sequer funcionava como Relator, resolveu relativizar os artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro, que se encontram em pleno vigor, trazendo convicções próprias acerca do tema, utilizando-se, a nosso ver, de forma equivocada, dos princípios por ele invocados, conforme se vê pelos trechos da ementa, abaixo colacionados:

“**Ementa:** DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.
2. Em *primeiro lugar*, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.
3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola

⁵ Supremo Tribunal Federal - HC 124306 - Rio de Janeiro. Voto Min. Luiz Roberto Barroso. Rel. Min. Marco Aurélio <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>.

diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os *direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.”

Notamos pela simples leitura da Ementa acima, que não havia vácuo legal, mas o Ministro julgador decidiu relativizar a lei com base em suas próprias crenças, usurpando, a nosso ver, papel que constitucionalmente caberia ao Poder Legislativo.

Para tanto, se utilizou dos princípios que entendia, de acordo com suas convicções, serem aplicáveis ao caso, se sobrepondo à norma posta.

Não foi isso que Raz pregou em sua doutrina. Para ele os princípios podem se sobrepor à norma posta, desde que efetivamente a norma posta não esteja alinhada com o ordenamento jurídico como um todo, o que não é o caso em tela, que se mostra muito mais fruto de convicção do próprio julgador, tendo ele, a nosso ver, usurpado o papel do Poder legislativo.

Outro exemplo de ativismo judicial a nosso ver equivocado, ocorrido recentemente em nossa Suprema Corte é a decisão do Plenário acerca da possibilidade de prisão do indivíduo após o julgamento em Segunda Instância.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII determina que:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

O Artigo 283 do Código de Processo Penal assim dispões:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

A decisão da Suprema Corte⁶, por maioria de apenas um voto, em síntese assim decidiu, criando precedente:

"É legítima a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau, e antes do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, devendo-se conferir interpretação conforme a CF ao art. 283 do CPP, para excluir interpretação diversa".

Notamos, pela leitura do trecho abaixo, que o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez não interpretou a Lei, uma vez que o texto legal não comporta interpretação.

Ao contrário, utilizando-se de forma equivocada do fenômeno do Ativismo Judicial, alterou texto literal tanto da Constituição quanto do Código Penal para fazer valer suas convicções, lançando mão, equivocadamente e de forma casuística, dos princípios que regem nossa Carta Magna e, por conseguinte, usurpando a competência do Poder Legislativo.

Vimos acima dois exemplos bastante polêmicos do que na prática pode acontecer ao se utilizar do ativismo judicial na atividade judicante.

Vimos também que não havia, no entendimento dos julgadores, vácuo legal que permitisse proferir tais decisões. No caso houve sobreposição pura e simples de princípios sobre normas postas.

Na verdade, o Poder Judiciário, com a justificativa de estar dando nova interpretação a determinados dispositivos legais, alterou de forma objetiva o que quis o legislador, alterando, de forma transversa a legislação vigente, sem o devido processo legislativo, numa clara usurpação de poder que não lhe foi outorgado pela Constituição federal de 1988.

Não há dúvidas de que os princípios podem e devem ser utilizados pelos juízes nos julgamentos dos casos concretos e difíceis, e nisso concordamos com Raz, mas há que se ter cuidado com os limites em que esses princípios são utilizados.

⁶ Supremo Tribunal Federal - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – ADC 43 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

7 CONCLUSÃO

A nosso ver, o posicionamento de Dworkin é o mais correto, uma vez que também não concordamos que a discricionariedade judicial é algo aceitável em uma sociedade.

Segundo o Jurista Charles Nunes Bahia⁷, em artigo denominado “A Discricionariedade Judicial à Luz das Teorias de Hart e Dworkin”:

“A inexistência da discricionariedade judicial se mostra como algo totalmente possível na visão de Dworkin, por não existir no ordenamento jurídico falhas que possibilitem o exercício de um poder discricionário pelo Juiz. Seria, portanto, o próprio ordenamento jurídico o responsável por dar cabo aos conflitos, tendo em vista a existência dentro do mesmo de regras e princípios. Assim, a resposta correta diante de um caso difícil surgiria dentro de um contexto interpretativo no qual princípios seriam avocados de forma a adequar a decisão conforme o melhor interesse das partes.

Na hipótese de se verificar uma colisão de princípios, na escolha da melhor justificativa ao caso concreto, o problema será resolvido na dimensão do peso. Destarte, havendo um choque entre princípios relevantes à tomada de decisão, o Juiz estará obrigado a decidir não por discricionariedade própria e sim sopesando princípio da comunidade onde o caso difícil esteja em debate, optando-se por aquele de maior peso.”

Não discordamos também de Raz quando este, em seus estudos, já previa que os princípios podem se sobrepor inclusive a leis já editadas que sejam, no caso concreto, contrárias ao ordenamento como um todo, mas desde que tais princípios estejam dentro do ordenamento jurídico, que a norma à qual se negou vigência esteja manifestamente contrária aos usos e costumes vigentes e ao próprio ordenamento jurídico com um todo e que a solução do caso não invada a seara do legislador.

⁷Bahia, Nunes Charles. “A Discricionariedade Judicial “A Discricionariedade Judicial à Luz das Teorias de Hart e Dworkin”,. In Âmbito Jurídico.com.br. pag 3 - http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13888.

O que não deve ocorrer, é a utilização de forma indiscriminada dos princípios de forma política ou para sustentar as convicções do próprio julgador, como nos exemplos mencionados no tópico anterior.

Neste sentido também leciona Lenio Streck⁸:

“Argumentos de princípios e não de política! Esse é o ponto fundamental da questão: a responsabilidade política dos juízes se materializa na produção de decisões segundo o direito. Insisto: juiz não escolhe; juiz decide! Explicando melhor: discussões que envolvem projetos futuros, bem estar social, consequências que resultaram de aplicações do direito em questão não são decisões que pertencem à esfera do Judiciário, mas que devem ser tomadas pelos meios políticos adequados (legislativos e/ou executivos); No Judiciário devemos levar o direito a sério, decidindo segundo argumentos de princípios.”

Portanto, assim como Dworkin, entendemos que todas as ferramentas (normas e princípios) já estão dentro do Ordenamento Jurídico pátrio, inclusive a previsão legal do caminho a ser trilhado em caso de vácuo legal, não havendo, pois, espaço para a discricionariedade judicial.

Da mesma forma, assim como Raz, entendemos que os princípios são fonte de direito e podem sim se sobrepor à própria norma no caso concreto, mas com extrema cautela e em casos excepcionais, nos quais aquela norma não mais faça sentido em nosso ordenamento jurídico, sob pena de termos decisões como aquelas acima elencadas, que se tratam muito mais de convicções de quem proferiu o julgamento do que da realidade fática e comportamental da sociedade, o que não é recomendável sob pena de se negar vigência ao próprio Sistema de Tripartição de Poderes e de se colocar em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

⁸ Streck, Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. Observatório de Jurisdição Constitucional, Ano 6. Vol 1. Maio/2013. Instituto Brasiliense de Direito Público. Portal de Periódicos. Pag. 218.

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/856/595>.

REFERÊNCIAS:

- BAHIA, Nunes Charles. “A Discrecionalidade Judicial “A Discrecionalidade Judicial à Luz das Teorias de Hart e Dworkin”,. In Âmbito Jurídico.com.br. pag 3 - http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13888
- BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89
- Código de Processo Penal de 1941 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm
- Código Penal de 1940 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm
- Constituição Federal de 1988 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
- GOMES, Luiz Flávio, O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes, Revista Jus Navigandi, acessível em <http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>.
- RAZ, Joseph Legal Principles and The Limits of Law, The Yale Law Journal, vol. 81, pag.823-854, 1972.
- SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. Fortune, v.XXXV, n.1, jan. 1947.
- Streck, Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. Observatório de Jurisdição Constitucional, Ano 6. Vol 1. Maio/2013. Instituto Brasiliense de Direito Público. Portal de Periódicos. Pag. 218. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/856/595>
- Supremo Tribunal Federal - HC 124306 - <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>
- Supremo Tribunal Federal - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – ADC 43 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>