

GOVERNO DOS JUÍZES:

Nuances entre discricionariedade e arbitrariedade dos juizes no ato de criação do direito por meio da interpretação criativa, sua legitimidade democrática e o ativismo judicial brasileiro

Breno Panetto Morais¹

Resumo: A presente pesquisa científica tem por objetivo analisar o atual cenário do ativismo judicial brasileiro como mecanismo de concretização de direitos, sobretudo em temas claramente políticos e sob a ótica da interpretação criativa; se pretende fazer a ambientação do tema, comentando acerca dos conceitos de ativismo judicial, discricionariedade e arbitrariedade judiciária e os problemas de legitimidade democrática e de estabilidade institucional num Estado Democrático de Direito que esta atuação pró-ativa do judiciário traz. Outrossim, investigar a natureza da Lei através da forma de legislar e como o posicionamento de criação de direito jurisprudencial faz sessar discussões saudáveis e democráticas no âmbito competente.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática. Discricionariedade e arbitrariedade judicial. Interpretação criativa. Estabilidade contitucional e democrática.

INTRODUÇÃO

No cenário da recente conquista do Estado Democrático de Direito brasileiro, comumente o ativismo judicial é considerado como mecanismo valoroso para o bom funcionamento do Estado, sobretudo, quando os outros poderes se abstém de resolver certos casos, ou quando se tem direitos violados.

Todavia, a atuação pró ativa judiciária, num contexto da ainda jovem democracia brasileira e deste momento de consolidação institucional, pode ser considerado uma verdadeira anomalia proveniente do sistema constitucional dos países que adotam uma constituição escrita extensa, como nosso caso. E que devido aos dispositivos gerais, compostos em sua maioria de princípios norteadores abstratos, os tribunais têm se utilizado

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e estudante pesquisador no programa de iniciação científica.

de interpretação criativa para afirmar posicionamentos convenientes e encontrar, apenas então, o princípio justificador na Carta Magna.

Nesse contexto, em especial, a atuação do Supremo Tribunal Federal vem aumentando cada vez mais em decisões polêmicas, afirmando posicionamentos por vezes tidos como muito mais políticos que jurídicos. Por vezes, em temas políticos de todo relevantes, e em que ou o Poder Legislativo ou o Executivo se omitem, a atuação da suprema corte vem dando repostas para conseguir superar essas lacunas. Todavia, em casos como no julgamento do financiamento privado de campanha², decidindo mesmo ante o tema sendo debatido no Congresso Nacional na esfera da Reforma Política.

Pretende-se, de forma ampla e para reflexão filosófica mais apurada, instigar o pensamento oportuno, a fim de compreender que a atuação ativista do judiciário em decisões claramente políticas e de todo controversas gera problemas de cunho à instabilidade institucional num Estado Democrático de Direito. Delimita, ainda, que certas vezes, e aqui incluo no chamado reconhecimento do direito das minorias, como a atuação do CNJ no caso da união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo³, de cada vez menos conseguem se fazer valer dos mecanismos democráticos numa sociedade republicana para que consigamos que nossas instituições políticas sejam de fato espaço para se fazer valer o direito de todos, não sendo a melhor forma fugir dos debates políticos saudáveis numa democracia sólida.

A grande questão suscitada aqui se encontra na legitimidade do STF, e do Poder Judiciário como um todo, para decidir e criar direito em certos temas quando não se voltam a resolver lides de casos concretos e como, ao decidindo, cria direitos mesmo com legislação prévia direcionando de outra forma, através da interpretação criativa, e como essa postura é prejudicial à nossa consolidação democrática. Enfim, as nuances entre discricionariedade e arbitrariedade judicial.

Ativismo judicial

Na compreensão da construção histórica do tema, segundo traz BARROSO (2009), a atuação ativista do judiciário nasceu nos Estados Unidos com a decisão da Suprema Corte daquele país com o *hard case* da segregação racial, (*Dred Scott v. Sanford*, 1857), trazendo

² ADI 4650

³ Resolução 175, de 14 de maio de 2013.

posicionamento divergente do que majoritariamente era defendido socialmente e, exatamente por isso, justificando de forma a interpretar criativamente a Constituição americana.

À guisa de conceituação, ativismo judicial compreende a atuação do papel criativo dos tribunais interpretando a Constituição, sobretudo, de forma abrangente e trazendo conceitos novos para o direito, se utilizando de princípios menos rígidos como base de argumentação na afirmação de certo direito ou, quando não existente, afirmar postura como de legislador, atuação claramente política.

Nesse sentido, o faz, por vezes, de forma a decidir não sobre a singularidade do caso concreto em si, mas sobre ideias de justiça, construindo, assim, precedente jurisprudencial antes mesmo à formulação da própria lei.

No caso brasileiro, o STF tem tido atuação claramente ativista. Exemplo dessa postura desvinculada unicamente à vontade da Lei ou a interpretação da Constituição é o voto do ministro Celso de Mello, que diz que

“a interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria CR, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.”⁴

Assim, se percebe claramente a postura da Suprema Corte em não apenas interpretar a Constituição e garantir que seus efeitos irradie sobre povo, mas também em a interpretá-la conforme seja conveniente. Justificando tal postura na “necessidade de mudança” da Lei frente às novas realidades sociais complexas, se impondo através de chama de “legitimidade de adequação”.

Conversando com CAPPELETTI (1999, PP. 81), tal qual nessa decisão do STF, bem como em outras trazidas nesse trabalho, os juizes e tribunais agem não na qualidade de juízes,

⁴ (HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009.) Vide: ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.

mas como legisladores, na medida em que inexistente estreita conexão entre a decisão e o caso concreto.⁵ É tomada de postura política, e não de julgador.

O discussão imperativo aqui presente se dá no sentido de “desde quando esta é a função do Poder Judiciário e sobretudo da Suprema Corte?”. No sentido de questionar veementemente essa postura, como com questões: qual a legitimidade democrática deste Poder em definir as mudanças de paradigmas sociais necessárias? Aonde se encontra garantida a representatividade efetiva da população no Judiciário para que ele se enche de si para dizer quais as atualizações a serem feitas e definir qual novo direcionamento a ser dado? E ainda, como mensurar, sob ótica democrática, até que onde vai o olhar crítico do judiciário em querer dar respostas diferentes das socialmente convencionadas para as questões da realidade social complexa da sociedade contemporânea?

Enfim, são questões intermináveis, que nos fazem refletir sobre o posicionamento pró-ativo dos tribunais. Considerando que pode sim por vezes essa postura levar ao reconhecimento de direitos de forma mais rápida; todavia, leva também a exacerbação da interferência deste poder na vida do cidadão, sem que este tenha os mecanismos necessários de controle desta atuação coercitiva, por não ser o Poder designado para esta função. E, bem como, por se tratar do exercício da jurisdição, o povo não vê ali seu desejo político de fato representado, e por isso talvez não seja capaz de dizer até que ponto é positivo essa atuação pró-ativa e quais os limites entre ativismo e tirania.

Entre outros pontos, o presente trabalho ainda pretende abordar os tópicos “**A atividade legislativa e o processo de criação da Lei: representação e legitimidade democrática garantida**”, em que se afirma a compreensão da percepção legitimamente democrática da Lei está no fato dela se dar de forma apriorística, ou seja, a norma geral e abstrata é feita com o fim de atingir a todos que se enquadrarem numa conduta hipoteticamente prevista. “**A atuação do juiz como operador do direito: o ato de interpretar**”, em que a percepção se volta à interpretação do direito está umbilicalmente vinculada ao direito. Como traz HART (2001, pp. 220), “as leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos para que possam, assim, se tornar normas jurídicas”, e por fim

⁵ Seja na ausência de um nexo lógico para decidir conforme o caso concreto, a ser resolvido a pedido de parte, seja na decisão de incidência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

investigando as “**Nuances entre discricionariedade e arbitrariedade judicial na criação do direito**”, sob a ótica de Hart e Dworkin, sobretudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

CAPPELETTI, Mauro. Juizes Legisladores?. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis Editor, reimpressão, 1999.

HART, L. A. O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 2001.