

# ATIVISMO E LEGITIMIDADE: PROVÍNCIA DEMOCRÁTICA PARA A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Lucas Seixas Baio<sup>†</sup>

Resumo: A presente produção reúne elementos científicos que comprovam a legitimidade do fenômeno do ativismo judicial à luz da Teoria Democrática moderna. As estruturas civilistas têm visto o ativismo judicial com negatividade; um desvirtuamento da competência jurisdicional em detrimento da legislatura, restando obnubiladas as possibilidades de uma releitura do Princípio da Separação dos Poderes. Com recurso ao direito comparado, pode-se superar este espectro, desde que se tenha em mente a conciliação entre lei e jurisprudência, como fontes do direito em *Civil Law*. Neste sentido o Brasil participa do interseccionamento sistêmico entre *Civil* e *Common Law*. Partindo de uma tese de obediência ao ordenamento, o método deste trabalho envolve o autor LOUIS L. JAFFE, em sua tese substancialista de irradiação constitucional e crítica relativa ao mito de representatividade popular. Possível conclusão é a de que a democracia convive com um elemento personalíssimo de consciência do juiz.

Palavras-Chave: ativismo; democracia; substancialismo; legitimidade; interseccionamento sistêmico, direito comparado.

Abstract: This paper gathers scientific evidence that demonstrates the legitimacy of the judicial activist phenomena regarding modern Democratic Theory. The civil structures

---

<sup>†</sup> Advogado. Mestre em Teoria do Direito pelo Centro Universitário Eurípides UNIVEM – Marília/Estado de São Paulo/Brasil. Professor das Cadeiras de Direito Civil e Processual Civil – Centro Universitário Módulo – Caraguatatuba/SP.

have been seeing activism as usurpation of the legislative competence, clouding the possibilities for a re-reading of the Separation of Powers. Recurring to comparative law, such specter may be overcome, as long as we admit the conciliation of written law and jurisprudence as sources of *Civil Law*. In this sense, Brazil participates in an intersection process between *Civil Law* and *Common Law*. From the standing point of an ordainment bounding thesis, the method to this work involves LOUIS L. JAFFE, his substantial theory of constitutional irradiation and criticism regarding a myth of popular representation. A possible conclusion is that democracy deals with a personal element of judicial conscience.

Keywords: activism; democracy; substantialism; legitimacy; systemic intersection; comparative law.

Sumário: Introdução. 1. “Espectro de Ilegitimidade Ativista”: Necessidade de Superação. 1.1. Uma releitura acerca do Princípio da Separação dos Poderes. 1.2. Teoria Democrática tradicional e razões de resistência ao ativismo. 1.3. Necessários esclarecimentos acerca do interseccionamento sistêmico entre *Civil* e *Common Law* – dos Estados Unidos ao Brasil. 2. O Modelo Substancialista de Louis L. Jaffe: Caráter Democrático da Produção Judicial do Direito. 2.1. Singelo Delineamento e Justificações Metodológicas. 2.2. Compartilhamento de Liderança Democrática. 2.3. Questões Práticas da Decisão Judicial: O Problema da Limitação pelo Direito, na Produção do Direito. Considerações Finais. Referências



## INTRODUÇÃO

O fenômeno denominado *ativismo judicial* consiste na participação ativa de juízes e tribunais no processo de formação do direito, com o transbordar dos limites impostos pela letra da lei e o uso de mecanismos jurídico-argumentativos que estendem, da jurisdição, o poder de adaptação dos casos fáticos ao ordenamento.

Em países nos quais o material legislado é o instrumento primordial de trabalho dos juristas (*Civil Law*), empresta-se ao ativismo feição espectral: aparente vilipêndio ao Princípio da Separação dos Poderes.

O resultado é a alegação de que Judiciário usurpa a função genética de normas tradicionalmente atribuída ao Poder Legislativo, desencadeada a ameaça de entregar o controle da nação a autoridades não eleitas, no que denominamos de “espectro de ilegitimidade”.

Esta contribuição de natureza teórica articula o relacionamento entre a prática jurídica ensejadora do ativismo e os elementos principais de teoria democrática que o proíbem, em análise superficial. Traça-se, assim, a província democrática para a produção judicial do direito, com amostras científicas da *conciliabilidade* entre representatividade/controlado popular e as exigências de adaptabilidade do direito legislado às constantes renovações das relações sociais.

Para tal propósito, propõe-se a releitura da Separação dos Poderes, visualizando-o como princípio que impõe o *dever* criação do direito, por parte do Judiciário, em contextos de administração do instrumental legal. Postula-se, em suma, a superação do citado espectro, demonstrando razões que impedem a passividade do Judiciário.

O método para o específico relacionamento entre democracia e ativismo contará com a doutrina de LOUIS LEVENTHAL JAFFE, que em sua obra *English and American Judges as Lawmakers* (1969), demonstrou o caráter

democrático da ação judicante.

A justificativa metodológica da escolha vem da necessidade teórica de criar base sólida para as idéias que propomos, pelo que a tese da legitimidade ativista, apoiada em realidades extra-normativas, deve encontrar suporte em uma teoria de natureza substancialista, tal como a do eleito autor.

Não bastasse isso, JAFFE tece considerações de grande profundidade a respeito dos temas jurídicos dos quais trata; inobstante, não foi ainda devidamente “descoberto” pela doutrina nacional, nestes tempos em que novos ares científicos são tão bem-vindos.

As demais razões da estratégia argumentativa para o presente texto apresentam-se pontualmente em cada tópico, devendo-se destacar intenso recurso ao direito comparado entre Brasil e Estados Unidos da América, seguindo a tendência da doutrina autorizada em tratar do ativismo sobre o prisma comparatístico, mormente em vista o choque aparente de fontes no Direito (*lei e jurisprudência*).

Esta dinâmica comparada é devida, na medida em que o ideário republicano/democrático da Constituição dos patriarcas norte-americanos foi importado por RUI BARBOSA à Constituição Brasileira de 1891.<sup>1</sup> O pacote de influências trouxe também a doutrina do *judicial review*, oriunda do caso *Marbury vs. Madison* de 1803, que lançou as bases do controle judicial de constitucionalidade por via difusa.

Em razão de tudo isso, o Brasil foi envolvido em um movimento de valorização da posição do Tribunal Constitucional sobre o sentido da Carta Maior, traduzido em nossos dias pelos fenômenos de irradiação constitucional do direito (constitucionalização) e interseccionamento sistêmico entre *Civil* e *Common Law*, consoante se demonstrará.

As frações de doutrina trazidas do estrangeiro têm seu

---

<sup>1</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 98.

teor original lançado em notas de rodapé, para que possa o Caro Leitor consultar o texto original quando melhor lhe aprouver.

## 1. “ESPECTRO DE ILEGITIMIDADE ATIVISTA”: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO

O arranjo institucional levado a efeito pelo Princípio da Separação dos Poderes impede, em estrita teoria, que juízes criem preceitos vinculativos em caráter geral e abstrato; se assim agissem, distorceriam a realidade de que somente o “ato de legislar é um exercício de poderes jurídicos operantes, ou eficazes, para a criação de direitos e deveres.”<sup>2</sup>

JOHN HART ELY identifica a dificuldade dos que defendem a possibilidade de criação judicial do direito: “a democracia majoritária é, sabem eles, o cerne de todo o nosso sistema; e, quando seus antagonistas os acusam de esposar uma filosofia fundamentalmente incompatível com isso, eles não sabem se podem negar esta acusação.”<sup>3</sup>

LOUIS L. JAFFE, por sua vez, aponta que a soberania popular somente se aperfeiçoa quando os representantes eleitos obedecem a um *circuito comunicativo-democrático primário*; uma cadeia interativa na qual o Povo sinaliza aos gestores públicos as necessidades a serem satisfeitas, com maximizada aceitação e consenso.<sup>4</sup>

Os eloqüentes argumentos lembram a inabalável importância do processo eleitoral nas democracias representativas, e por reflexo, retratam a realidade de países de tradição romanística, como o Brasil, nos quais *direito*

---

<sup>2</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 41.

<sup>3</sup> ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.

<sup>4</sup> JAFFE, Louis L. *English and American Judges as Law Makers*. Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 31.

*legislativo* é o referencial elementar do trabalho dos juristas. Por esta razão, a prática ativista é tratada, em tais sistemas, como disfunção, consagrando um *espectro de ilegitimidade*.<sup>5</sup>

O fato é que, nenhuma autoridade ostenta arbítrio ilimitado em ambiente constitucional; e, aceite a comunidade jurídica ou não, juízes e tribunais vêm-se cada vez mais obrigados a tratarem de casos não solucionáveis em plano meramente subsuntivo.

O argumento democrático, assim, por mais potente que seja, não pode autorizar versão de si próprio que negue a importância vital da função judicial nas frentes de defesa do cidadão, proteção das minorias, e na posição de liderança na solução de problemas sociais, com o instrumental jurídico.

Para a superação do quadro de ilegitimidade, devemos estar cientes, em primeiro lugar, de que certa *resistência* ao ativismo é *natural*, ante a experiência jurídica das civilizações ocidentais.

Tal experiência, com sabido, deu origem às duas bem conhecidas famílias ou sistemas do direito contemporâneo<sup>6</sup>: o *Common Law*, de tradição anglo-saxônica e origem inglesa; e o *Civil Law*, oriundo da tradição romano-germânica vivenciada por toda a Europa continental.

Se habitamos ambientes de *Civil Law*, a pecha do déficit democrático atribuído ao ativismo judicial é relevante já que

---

<sup>5</sup> Em sua obra *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110, ELIVAL DA SILVA RAMOS reporta-se ao ativismo judicial como *disfunção*, articulando o argumento de diferença gradativa no tratamento do fenômeno em ambientes de *Civil* e *Common Law*: “Se a ativismo judicial, em noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento notadamente da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *Common Law* é muito mais difícil de que nos sistemas da família romano germânica a caracterização do que seria uma conduta ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição à uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.”

<sup>6</sup> Denominação dada por RENÉ DAVID, em seu *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

somente na tradição saxônica a decisão judicial, consubstanciada em precedentes, ocupa o *ranking* de fonte jurídica primária.

Os juízes romanísticos concebem o direito em plano mais abstrato e sistematizado, valorizando acentuadamente a estrutura lógica de um ordenamento administrável e previsível. É a tese de ARTHUR T. VON MEHREN:

Teoricamente, as cortes na tradição de *Civil Law*, não consideram as decisões judiciais como fontes do direito propriamente; conseqüentemente, embora vigorem considerações acerca de igualdade, previsibilidade e eficiência, prepondera um princípio de que às cortes não é dado apartarem-se de previsões já, a não ser por razões muito fortes. Ao menos em nível doutrinário, a tradição de *Civil Law* não aceita a doutrina do *stare decisis*.<sup>7</sup> (tradução nossa)

Magistrados saxônicos, em contraposição, tendem ao trabalho mais detido a fatos, galgados em situações concretas e em valores consuetudinariamente consagrados, situação que subordina a própria aplicabilidade da lei à incorporação jurisprudencial.

Não sem razão, em *Common Law*, “o ativismo é elogiado

---

<sup>7</sup> MEHREN, Arthur T. Von. *The US Legal System: Between the Common Law and the Civil Law Legal Traditions*. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 2000, p. 08. No original: “*In theory, courts in Civil Law traditions do not consider judicial decisions a source of law; accordingly, although considerations of equal treatment, predictability, and economy of effort, support the principle that courts should not depart from positions previously taken, except for very good reasons, at least doctrinally, the Civil Law tradition does not accept the principle of stare decisis*”. Note-se que a expressão “*economy of effort*”, traduzida literalmente “*economia de esforço*”, é por nós lançada no corpo do texto como “*eficiência*”, no sentido do atingimento de mais resultados, com o mínimo de dispêndio econômico e de pessoal. Com relação ao chamado precedente (*stare decisis*), utilizado no sistema de *Common Law*, trata-se do caso julgado de forma inaugural sobre certa matéria (*laeding case*), autêntica fonte vinculativa para o julgamento de casos futuros.

por propiciar adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas [...].”<sup>8</sup>

Considerando as fontes jurídicas primárias das duas tradições, lei (*Civil Law*) e jurisprudência (*Common Law*), jamais ocupariam o mesmo espaço primordial, não fosse a grosseria da unicidade metodológica, ante a vivência humana.

LENIO LUIZ STRECK<sup>9</sup> falará num redimensionamento do papel dos operadores do direito, onde “a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal abstencionista. *O Estado Democrático de direito apresenta um plus normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social*”.

Na dinâmica deste *plus normativo*, são identificáveis certos elementos de Teoria Democrática que consolidam a *província democrática* da judicatura ativista.

A especificação deste espaço democrático, demanda a análise das razões de resistência à criação judicial do direito, em releitura do próprio Princípio da Separação dos Poderes.

É necessário enfrentar, também, o problema do *paradoxo metodológico* de fontes de direito, no bojo das tradições ocidentais com a defesa da tese de que lei e jurisprudência completam-se, em tributo ao imperativo de harmonia entre Poderes, consagrado constitucionalmente.

---

<sup>8</sup> RAMOS, op. cit. p. 110.

<sup>9</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 18. O professor JORGE MIRANDA, em sua obra *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 41-42, relativamente à superação do Estado Social, ensina que, “observam-se no Estado social de direito, fundos sintomas de crise – a chamada crise do Estado-providência, derivada quer de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais), quer de causas financeiras (os custos de serviços cada vez mais extensos para populações ativas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (o quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social).”



## 1.1. UMA RELEITURA ACERCA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Quando a idéia de legalidade é interpretada como um princípio do constitucionalismo, assume a forma de divisão de funções governamentais, os chamados *Poderes*.

Tal divisão inibe o exercício arbitrário de força pelo Estado, com fundamental cisão entre as atribuições do Poder Legislativo, criador da *lei*, e as dos outros dois Poderes, que administram o produto representativo em seus respectivos âmbitos; o Executivo aplica a lei por ofício e o Judiciário, o faz mediante provocação.

HERBERT L. A. HART<sup>10</sup> dissertou que “[...] os membros da sociedade devem descobrir por si mesmos as normas e adaptar seu comportamento a elas; nesse sentido, eles próprios ‘aplicam’ as normas a si mesmos”. Tal imperativo é nominado *escopo de controle social do ordenamento* e, somente quando falha esta função primária entre em cena o Poder Judiciário em sua função de especificação e solução de conflitos.

Esta configuração leva-nos à conclusão de que o Estado Constitucional repousa sobre certa primazia de legalidade, cujos marcos são generalidade e abstração. Em verdade, os fatos que ocorrem nas vidas dos cidadãos comuns são regrados de forma uniforme, em alinhamento aos pilares de igualdade e liberdade.

Atualmente, entre nós, a separação dos poderes se sustenta na independência e na harmonia entre os órgãos do poder político. Isto significa que, não obstante a independência orgânica, no sentido de não haver, entre eles qualquer subordinação, ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, a Constituição instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há

---

<sup>10</sup> HART, *op. cit.* p. 52.

interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.<sup>11</sup>

Tal leitura tradicional do Princípio da Separação dos Poderes, mesmo tendo em conta o sistema de *checks and balances*, tem autorizado a doutrina a fixá-lo no rol de argumentos contrários ao ativismo judicial. Ora, se as funções estatais estão separadas, o Judiciário não pode criar o direito.

Tal absolutização contribui para a consolidação do espectro de ilegitimidade, podendo, no entanto ser superada (ainda em plano dogmático), se considerarmos que tal Princípio atua em *dimensão bipolarizada*.

TREVOR R. S. ALLAN articula:

É essencial que haja um Poder Judiciário independente, que assegure a aplicação justa e estrita da legislação; tendo que, embora a função legislativa, em seus procedimentos essenciais, destinga-se claramente de outras asserções estatais de poder, é permitido às duas personalidades [Judiciário e Legislativo] exercerem poderes de formação e execução jurídicas.<sup>12</sup> (*tradução nossa*)

Em outra oportunidade<sup>13</sup>, referimo-nos à separação de

---

<sup>11</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 864.

<sup>12</sup> ALAN, T. R. S. *Constitutional Justice: a liberal theory of the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 32. No original: “It is essential that there should be an independent judiciary to ensure that the law is fairly applied and strictly enforced; but provided that the legislative function and its special procedures are clearly distinguished from other assertions of governmental power, it is permissible for the same persons to exercise both legislative and executive powers.”

<sup>13</sup> BAILO, Lucas Seixas. Aspectos Teóricos Relativos à Independência de Juízes. Em *Revista AJURUS* n. 122. Porto Alegre, p. 167-197, junho/2011.

funções estatais como técnica indispensável à ambientação para a independência da Magistratura e, se desejamos comprovar que o juiz efetivamente cria direito, em medida legítima, é necessário ater-nos a este posicionamento.

Devemos defender que, se por um lado a Separação dos Poderes figura efetivamente como argumento limitador do criacionismo judicial, (e isto será adequando em sede de rigidez constitucional e nos atrativos de certeza e previsibilidade da lei) <sup>14</sup>; de outro pólo somos levados a considerar que, em um contexto de administração judiciária, tal Princípio é *incentivador* de uma atuação não coagida por parte do Judiciário, em prestígio à harmonia entre Poderes.

No que toca ao Poder Judiciário, sua peculiaridade é que não busca conflitos à porta do cidadão.

A Constituição exige que a jurisdição conserve-se imparcial, jamais tomando partido nos cursos de ação político-ideológica do Legislativo (que denotam grande densidade discricionária). Neste sentido, que quer que o juiz decida, o faz no bojo do Princípio de Inafastabilidade da Jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV), desde que quebra a inércia pelo interessado.

Uma possível releitura do Princípio da Separação dos Poderes sugere que o *dever* funcional dos juízes consiste justamente na criação de uma norma de concretização que resolva um conflito em espacial, com recurso a instrumentos interpretativos.

Desde que respeitados certos mecanismos democrático-procedimentais, como acesso à justiça de primeiro grau e aos tribunais, a ordem constitucional *exige do juiz* contributo para a formação do direito, por que se impõem a defesa de bens jurídicos já assegurados pelo ordenamento e se proíbe

---

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 71.

abstenção de julgar.<sup>15</sup>

Ocorre que a implementação de direitos, por si só, não é suficiente para introduzir efetivamente mudanças nas vidas dos jurisdicionados.

O redimensionamento da Separação dos Poderes propõe-se a combater um sintoma de inefetividade normativa e até mesmo constitucional, já que ainda estamos em processo de concretização das conquistas formalmente alcançadas em 1988.<sup>16</sup>

CELSO CAMPILONGO<sup>17</sup> defenderá a posição ativa dos juízes, na qual a aplicação do direito tende a configurar-se em apenas um resíduo da atividade judiciária, “[...] o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mais como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção do equilíbrio entre interesses supra-individuais”.

Resta defensável, assim, que antes de vilipendiar a Separação dos Poderes, o Judiciário presta a ela tributo criando o direito além da lei, nos casos de insuficiência desta, pois nada mais faz que cumprir um papel exigido e constitucionalmente garantido.

## 1.2. TEORIA DEMOCRÁTICA TRADICIONAL E RAZÕES DE RESISTÊNCIA AO ATIVISMO

Os atributos que justificam a existência de uma Teoria Democrática no ocidente são traduzidos em frentes de maximização dos interesses individuais e de potencialização

---

<sup>15</sup> O juiz não se exime de sentenciar. Quando a lei for omissa, decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)*. [Brasília, DF]. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm) >. Acesso em: 23 ago. 2011.

<sup>16</sup> STRECK, op. Cit. p. 15.

<sup>17</sup> Os desafios do judiciário; um enquadramento teórico. Em: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 49.

das capacidades/habilidades humanas.

Considerando superadas as pretensões de individualismo, no que toca aos ideais de direito, resta às sociedades democráticas sustentarem-se na capacidade humana de desenvolver-se no uso de faculdades únicas, que podem ser “largamente assinaladas e incluem a compreensão racional, a ação e julgamentos baseados no senso moral, as capacidades de criar, de observar, etc. [...]”.<sup>18</sup> (*tradução nossa*)

A crença na perícia humana de pensar e organizar contribuiu para a derrota das monarquias e teocracias do passado e para o conseqüente estabelecimento de governos que reconhecem a soberania do povo.

A estrutura democrática, assim, é construída sobre pedra de toque denominada *representatividade*, delineada por JAMES MADISON em seu *Federalist 39*, da seguinte forma:

Se recorrermos aos critérios e aos diferentes princípios sobre os quais diferentes governos são estabelecidos, podemos definir uma república, ou pelo menos usar este nome, para governo que entrega todo o poder direita ou indiretamente à grande massa popular, e é administrado por pessoas detentoras de mandato, com período limitado, enquanto hajam com dignidade/boa conduta. É ESSENCIAL para tal governo que ele provenha do grande corpo da sociedade, não de uma pequena parcela dela nem de uma classe favorecida; se assim fosse, um punhado de nobres tiranos, exercendo opressões por delegação de seus próprios poderes, aspirariam ao título de republicanos, honrando seus arbítrios com a denominação de república. SUFICIENTE para tal

---

<sup>18</sup> McPherson, C.B. *Democratic Theory*. New York: Oxford University Press. 1990. p. 04. No original: “These attributes may be variously listed and addressed: they may be taken to include the capacity for rational understanding, for moral judgment and action, for aesthetic creation or contemplation [...]”

governo é que os administradores sejam apontados, direta ou indiretamente pelo povo; e que tenham somente poderes estritamente especificados; de outra feita, todo o governo dos Estados Unidos, assim como todo o governo popular que já foi organizado e administrado, seria despedido do caráter republicano.<sup>19</sup> (*tradução nossa*)

O distintivo do sistema de representatividade é a possibilidade de debate aberto entre as diferentes ideologias sociais, de forma que as propostas de ação veiculadas pelas facções políticas procurem “convencer” a população sobre qual é o melhor curso para a gestão de suas vidas.

Tal processo culmina na transfiguração da individualidade “cidadão” em *uma* unidade de opinião (“um homem, em voto”), levada em consideração de forma pontual no evento convencionalmente denominado *eleição*, em um

---

<sup>19</sup> HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. *The Federalist: a collection of essays written in favor of the New Constitution*. New York: A. & J. McLean, 1787, p. 109. No original: “If we resort for a criterion to the different principles on which different forms of government are established, we may define a republic to be, or at least may bestow that name on, a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior. It is ESSENTIAL to such a government that it be derived from the great body of the society, not from an inconsiderable proportion, or a favored class of it; otherwise a handful of tyrannical nobles, exercising their oppressions by a delegation of their powers, might aspire to the rank of republicans, and claim for their government the honorable title of republic. It is SUFFICIENT for such a government that the persons administering it be appointed, either directly or indirectly, by the people; and that they hold their appointments by either of the tenures just specified; otherwise every government in the United States, as well as every other popular government that has been or can be well organized or well executed, would be degraded from the republican character.” A lógica de representatividade popular, estrito ponto de tensão provocador do espectro de ilegitimidade ativista, contou em terras norte-americanas com a notável contribuição das noções políticas e constitucionais veiculadas pelos *Federalist Papers*, de JOHN JAY, ALEXANDER HAMILTON e JAMES MADISON. Tais documentos tinham o objetivo de informar a população sobre as condições de ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1789.

confronto de grupos em oposição política.

Para LÍLIAN MÁRCIA BALMANT EMERIQUE<sup>20</sup> o exercício de oposição política é direito fundamental, autorizado pela liberdade de consciência ideológica, que traz consigo as *possibilidades de discordar do governo corrente, de fiscalizá-lo e de promover-lhe a alternância.*

Em adição, para prevenir a tiranização das minorias derrotadas no embate eleitoral, as constituições modernas, prevêm direitos péticos, impassíveis de supressão. Esta última estratégia faz parte da implementação de uma cláusula de *não retrocesso social*: um projeto que impõe ao Estado uma *obrigação negativa* de mover-se contra as conquistas que representam o fortalecimento dos direitos individuais e sociais.

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste, deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.<sup>21</sup>

A operação de delegação do poder democrático, se destilada das imperfeições de que padece todo sistema humano, impõe que o povo participe ativamente da gestão da coisa

---

<sup>20</sup>EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *Direito Fundamental Como Oposição Política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 217. “A democracia é instrumentalizada na conjugação dinâmica entre maioria e minoria, e é neste contexto que a oposição ocupa um espaço primordial na própria composição dos mecanismos de governo. Não se resume o governo ao exercício do poder pelos grupos vencedores, mais na atividade tanto da oposição como da situação na condução da vida política de um Estado.”

<sup>21</sup>Decisão de TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL (Ac. 34/84 - TC), citada por LENIO LUIZ STRECK em *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 22.

pública, elegendo, criticando, e controlando os órgãos que exercem a função geral de legislar.

Considerando a polêmica do ativismo judicial, o dilema revela-se pela posição institucional dos juízes: autoridades inalcançadas pelo debate eleitoral e, excluídos da cadeia de sujeição política à oposição.

Desenvolve-se no imaginário do jurista experiente e do novíço, a noção de que os juízes encontram-se em campo de atuação jurisdicional mais claro e escorreito, qual seja, o de aplicação da lei. Neste diapasão, é dificilmente contestada a inteligência de Mr. Justice FELIX FRANKFURTER, em seu voto no caso *A.F. of L. v. American Sash & Door Co.*<sup>22</sup>, pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

A corte não está a salvo de tornar-se oligárquica porque professa agir a serviço das causas humanas. Como prova o viés histórico, o judiciário tende a desprestigiar o bem público, confundindo noções privatistas com exigências constitucionais e tal desprestígio não está sujeito ao legítimo controle popular, exceto remotamente. Juízes vitalícios... não podem ser removidos do ofício ou ter a judicatura suplantada por homens de melhor visão. Não escapam também estes juízes

---

<sup>22</sup> “*The Court is not saved from being oligarchic, because it professes to act because it professes to act in the service of humane ends. As history amply proves the judiciary is prone to misconceive the public good for confounding private notions with constitutional requirements, and such misconceptions are not subject to legitimate displacement by the will of the people except as a too slow pace. Judges appointed for life ... cannot be voted out of office and supplanted by men of views more consonant with it. They are even farther more removed from democratic pressures by the fact that their deliberations are in secret and remain beyond disclosure either by periodic reports or by such a modern device for securing responsibility, to the electorate as the ‘press conference’. But a democracy needed not to rely on the courts to save it from its own unwisdom, [...] it is such vigilance and control over its representatives that democracy proves itself.*” Decisão do caso 335 U.S. 538, 555-6 (1948). Disponível em “US Supreme Court Center” <http://supreme.justia.com/us/335/538/case.html>; acesso em 15/08/2011.



das pressões democráticas, tendo em vista o segredo [subjetividade criteriológica] de suas deliberações, que permanecem inalcançadas aos meios de comunicação ou por mecanismos modernos de que assegurem justificações ao eleitorado, como por exemplo uma “entrevista coletiva à imprensa”. Mais a democracia não precisa confiar nas cortes para ver-se salva de sua própria ignorância, [...] é no controle e vigilância *sobre os representantes* que a democracia se sustenta. (tradução nossa)

Complementando, em sua teoria de controle judicial de constitucionalidade, JOHN HART ELY revela que, nas democracias, “a maioria das decisões importantes é tomada por nossos representantes *eleitos* (ou por pessoas que respondem perante eles)”, com o agravante de que os juízes, [...] – “apesar de obviamente não desconsiderarem por completo a opinião popular, não são eleitos nem reeleitos.”<sup>23</sup>

Como se verifica, razões de representatividade e lógica democráticas deixam claro que ninguém elege juízes para criar o direito; tal função é esperada de políticos que figuram de câmaras legislativas, sendo pretensamente ilegítima a conduta judicial ativista.

É hora de superar tal espectro.

Democracias deixadas por si, porque vertidas em poder canalizado nas mãos de grupos de interesse, podem vir a despir as pessoas de sua dignidade e arrancar dos agentes sociais de sua voz.

Os eventos do Século XX confirmaram a veracidade das observações de BLACKSTONE, de que “não há poder que possa controlar políticos inclinados à ação irracional, em democracias nas quais o governo da maioria é regra absoluta e

---

<sup>23</sup> Op. cit. p. 07.

incondicional.”<sup>24</sup>

O mais notável é que, muitas comunidades, em momentos de liberação de regimes despóticos e arbitrários recorreram aos juízes e tribunais para auxílio:

No curso dos últimos cinquenta anos, a mais e mais juízes foi dado o poder de rever o modo pelo qual os dois ramos elegíveis do governo [Legislativo e Executivo] exercem a autoridade coercitiva do Estado. Se políticos e seus oficiais cometeram abusos ou não; tem sido tem sido papel do Judiciário decidir.<sup>25</sup>

Decorrência imediata, é que do Judiciário são exigidas respostas a respeito dos mais controvertidos assuntos, versando contrastes políticos e morais, que trazem ao povo sérias dúvidas sobre como agir.

Tais exigências não podem ser cumpridas se o papel ativista não for devidamente exercido e tal papel é, sem dúvida, uma das características definidoras do próprio Estado Democrático, já que nunca foi tão evidente (e necessário) que os tribunais *testem* a legitimidade das leis passadas em nome do Povo, tendo em conta princípios e regras constitucionais que norteiam a existência das instituições.

### 1.3. NECESSÁRIOS ESCLARECIMENTOS ACERCA DO INTERSECCIONAMENTO SISTÊMICO ENTRE CIVIL E COMMON LAW – DOS ESTADOS UNIDOS AO BRASIL

---

<sup>24</sup> BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England*. Chicago: University of Chicago Press, 1979, p. 91. No original: “*There is no power that can control politicians bento on acting contrary to reason in democracies in which the sovereignty of the majority’s rule is absolute and unconditional.*”

<sup>25</sup> BEATTY, Davis M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 02. No original: “*Over the course of the last fifty years, more and more judges have been given the power to review the way in which the two elected branches of government exercise the coercive authority of the state. If politicians and their officials have crossed the line has been left for the judiciary to say.*”

A tese que enquadra o Brasil à família jurídica do *Civil Law* tem sido contestada em dias atuais, por mentes pioneiras. Certas imprecisões assolam, contudo, a tese devendo ser esclarecidas.

Apesar da batida afirmação de aproximação entre as duas tradições do direito, é correto afirmar que nos enquadrados na tradição *romano-germânica*, não obstante o prestígio que tem atingido o precedente judicial em nosso ordenamento.

Acontece que avançamos no sentido uma *estrutura civilista especificada*, tendo em vista a necessidade de flexibilização da rigidez legal, para a adaptabilidade do ordenamento a valores constitucionais indispensáveis à longevidade democrática.

Este *interseccionamento sistêmico*, chamado por JUAN PABLO COUTO DE CARVALHO, “*commonlawlização do direito brasileiro*”<sup>26</sup>, é defensável em termos dogmáticos desde que consideremos as diferenças fundamentais entre as duas tradições<sup>27</sup>, mas não só.

Em primeiro lugar cabe destacar que o neologismo “*commonlawlização*”, com a devida vênua, é expressão *generalista*, na medida em que não considera as especificidades do sistema judicialista nos diferentes países em que é adotado.

Com efeito, a corriqueira declaração de que “o sistema legal da *Common Law* é praticado nos Estados Unidos da América e na Inglaterra”<sup>28</sup>, *não pode ser entendida com se o*

---

<sup>26</sup> O processo civil no estado constitucional e o fenômeno da commonlawlização do direito brasileiro. Em *Revista Juris Síntese* nº 68. Novembro/2007.

<sup>27</sup> ARTHUR T. VON MEHREN, na obra já citada, destaca as três principais diferenças entre *Civil* e *Common Law*: 1. A maneira como os imperativos primários de raciocínio legal são auferidos: no *Civil Law* o são pela legislação compactada em códigos, no *Common Law* tais imperativos constam das decisões judiciais; 2. Diferença de grau de influência pelo direito romano, profunda e vasta em *Civil Law*, mais escassa em *Common Law*; 3. Modo de pensamento dos juízes: abstrato e sistemático em *Civil Law*, fático e consuetudinário em *Common Law*.

<sup>28</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas*

*direito fosse praticado, nos dois países, da mesma forma.*

As descontinuidades começam na seara do direito público, com a derrocada da monarquia inglesa e de suas instituições associadas, episódio que levou os Estados Unidos ao “Segundo Congresso Continental para a Declaração da Independência Americana”, em 04 de julho de 1776 e à ruptura capital com o direito colonial inglês, em termos de soberania. A *Declaration of Independence*, assinada por JOHN HANCOCK, estabeleceu a transformação das colônias em Estados-membros, além do federalismo, do presidencialismo e do papel das cortes como guardiãs da Constituição.<sup>29</sup>

Enquanto, em terras britânicas, a Casa dos Lordes (*House of Lords*) se restringia com base em regras contrárias à revogação de precedentes, a jurisprudência americana passou a alterar-se com muita frequência, em razão das bruscas e novas movimentações econômicas, políticas e sociais.<sup>30</sup> Isto permanece até hoje, na medida em que o precedente inglês oscila com frequência muito menor.

No que toca aos Estados Unidos da América, então, surgirá situação particular em termos de enquadramento a um sistema de direito, pois em tal país coexistem, como fontes primárias de direito, a lei (*statutory law*) e a jurisprudência (*case law*).

Não obstante seja o *Common Law* a tradição predominante no direito americano, (influência britânica de

---

*legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 107.

<sup>29</sup> VILE, John R. *A companion to the United States Constitution and its amendments*. Connecticut: Praeger, 2006, p. 294. Na dicção da conclamada *Declaration*: “*That these United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States; that they are absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved*”. “*Que Essas Colônias Unidas sejam, por direito, Estados livres e independentes, absolvidos de toda aliança à Coroa Britânica, e que toda conexão política entre Elas e o Estado da Grã-Bretanha seja totalmente dissolvida.*” (tradução nossa).

<sup>30</sup> JAFFE. Op. cit. p. 34.

colonização, povoamento e língua), a presença de espanhóis, franceses e holandeses, na Flórida, em Louisiana e em Nova Iorque, respectivamente, conservou nas legislações destes Estados elementos diretamente derivados do direito romano. A instalação deste bem sucedido *plano de misto de Common Law* nos EUA, deve-se ao fato de que “o povo americano, tendo progredido lentamente por meio de desastre e provação, fez grades descobertas que iniciaram a formação constitucional.”<sup>31</sup> (*tradução nossa*).

Podemos afirmar que a evolução do Brasil nos colocou no mesmo caminho; o da miscigenação de sistemas, processo tendente a desenvolver particular tradição jurídica.

Estamos orientados, porém, a desenvolver um *plano misto de Civil Law*, consubstanciado em uma estrutura qualificada pela valorização do trabalho do Poder Judiciário, em especial do trabalho interpretativo do Tribunal Constitucional.

O evento jurídico que melhor espelha este fenômeno de miscigenação sistêmica é a adoção pela, pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, das chamadas *súmulas vinculantes*.

Sem considerações densas sobre a legitimidade do instituto, (o que demandaria produção científica específica), pode-se afirmar, com a doutrina de ANDRÉ RAMOS TAVARES, que “reconhece-se na súmula vinculante a possibilidade de construção de enunciados que sintetizam o entendimento (interpretação) já consolidado do Tribunal Constitucional, iluminando operações jurídicas posteriores.”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> É o que relata MERRYL JENSEN, em seu *The Articles of the Confederation: an interpretation of the social constitutional history of the American Revolution*. Madison: The University of Wisconsin Press, 1940, p. 05. No original: “*The American people, having progressed slowly through disaster and trial, have made great discoveries, which led the way to the Constitution.*”

<sup>32</sup> “O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro”. Em *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 333.

Nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, as súmulas são editadas após reiteradas decisões em um mesmo sentido, relativas à normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração, em casos de grave insegurança jurídica e, ao mesmo tempo, de multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria).<sup>33</sup>

O modelo brasileiro de súmula vinculante, embora se aproxime do precedente pelo fato de ser *produção judicial do direito*, não pode ser confundido com ele. Difere, assim, a dinâmica da súmula, da fisiologia do *stare decisis* em virtude da cisão absoluta entre caso fático e norma de concretização: estão posicionadas em dimensões diversas as realidades “fato” e “direito aplicado ao fato”.

Com mais densidade no *Common Law* inglês, e menos densidade no *Common Law* estadunidense, o caso concreto é *parte/elemento do direito/norma*.

Por tal razão existe a técnica do *distinguishing*, consistente no enquadramento do caso atual ao fato anteriormente considerado em precedentes. Em meio à infinidade de casos julgados, para a descoberta do *case law* aplicável, os juristas contam com bases de dados informáticos chamados *citators*, que tornam as informações sobre os julgamentos inter-relacionáveis e acessíveis.<sup>34</sup>

Com relação à súmula brasileira, o que existe é a vinculação à *matéria interpretável* não estando dispensado o juiz de identificar as especificidades do evento ensejador da provocação judicial (caso fático).

Ao contrário do sistema de *Common Law* inglês, no qual o precedente é cristalizado, a edição jurisprudencial no âmbito

---

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [Brasília, DF]: [s.n.], 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011.

<sup>34</sup> CLARK, S. David. “Civil Procedure”. Em *Introduction to the law of the United States*. New York: Kluwer Law International, 2002, p. 127.

dos sistemas de *Civil Law* não vincula ao Poder Legislativo, nem tampouco ao Tribunal Constitucional, que pode alterar seu posicionamento, desde que o faça de forma fundamentada. Nesse sentido, a Constituição Federal do Brasil, segundo a qual o efeito das súmulas somente vincula aos “*demais* órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Resta ainda a primazia do legislativo em termos de “renovar a discussão encerrada pela súmulas vinculantes”, aprovando lei de conteúdo contrário às elas. Significa dizer que a revogação do precedente pode ser levada a efeito por edição do direito legislado.<sup>35</sup>

Nosso posicionamento, ante todo o demonstrado, é que as duas tradições do direito ocidental permanecem em campos de interação jurídica distinta: o Brasil *não* está se transformando em um país de *Common Law* (como sugere o vocábulo “commonlawlização”); está, isso sim, participando de um processo *interseccionamento sistêmico*, abrindo seu modelo civilista a um destaque do papel delegado ao Judiciário na moldura constitucional.

A prática jurídica já consolidada em terras americanas e em vias de consolidação no Brasil parece estar no caminho de superar o *paradoxo metodológico da inconciliabilidade de fontes primordiais do direito* (direito legislado e direito decidido).

Não se trata mais de discutir a viabilidade ou não da convivência de estatuto e jurisprudência como fontes do direito, tal convivência já ocorre e, atrevemo-nos a dizer que sem ela, a Democracia definha.

## 2. O MODELO SUBSTANCIALISTA DE LOUIS L. JAFFE: CARÁTER DEMOCRÁTICO DA PRODUÇÃO JUDICIAL

---

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar, PFLUG, Samantha. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva 2005 p. 371.

## DO DIREITO

### 2.1. SINGELO DELINEAMENTO E JUSTIFICAÇÕES METODOLÓGICAS

A fabricação de um esquema teórico que justifique a legítima criação judicial do direito deve partir do relacionamento entre os principais signos democráticos (representatividade e controle popular), e as dificuldades que enfrentam os juízes na gestão dos conflitos sociais.

Tal relacionamento foi provido, com raro sucesso, pelo catedrático de Harvard LOUIS LEVENTHAL JAFFE, apesar da doutrinariamente reconhecida temeridade do assunto.<sup>36</sup>

JAFFE trabalha com um arrojado sistema substancialista de acolhimento axiológico, em termos teórico-constitucionais de função, não olvidando de que, embora o Direito possa ser definido autonomamente sem recurso à moral, valores de feição abstrata integraram o raciocínio prático dos juristas.

O substancialismo defende que certos valores, devido à sua importância, devem ser colocados fora do alcance da batalha político-ideológica que qualifica a democracia representativa.

RONALD DWORKIN também figura desta escola (substancialista), e esclarece que “não se trata de uma questão sobre o *modo* como a moral figura na identificação do direito, mais sim de uma questão sobre *quando*, a moral exige que os juízes atuem de modo independente da lei, o mesmo e contrariem.”<sup>37</sup>

A teoria de JAFFE não se atém a considerações de ordem superficial, chegando a declarar a demonizada verdade de que é *correto*, por parte do juiz, consultar sua *consciência* quando da

---

<sup>36</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 98.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 28.



decisão. Aliás, para o autor, o agente jurisdicional tem direito de adotar uma postura representativa (em termos democráticos), sendo essa uma decorrência de seu mandato.

Não há hipótese de verificar objetivamente o caráter majoritário ou não da aceitação de um princípio eleito em sede de decisão judicial; por isso mesmo o Poder Judiciário tem a função de *formular* a própria opinião popular tendo em vista as aberturas interpretativas nas disposições constitucionais e legais. Tais aberturas são deixadas pelo constituinte de caso pensado, para que as forças de liderança ajam a favor da adaptabilidade do direito às condições de vida.

O Corpo Popular, ainda que seja titular constitucional de todo poder, ostenta, a respeito de grande parte dos assuntos, opiniões superficiais e de senso comum, a não ser que tenham tratado daquele particular assunto em suas vidas pessoais ou profissionais.

Na opinião de L. L. JAFFE é mais provável que a estabilização das difusas visões populares se dê por parte dos juízes, em anos de treinamento e prática e em instâncias especializadas (relações civis, criminais, de trabalho, de fiscalidade, etc.), do que por políticos que representem as opiniões de “maiorias putativas”.<sup>38</sup>

O processo de formação do direito nas sociedades democráticas, não é uma operação computadorizada; é um massivo processo de adaptação constante, em favor da resolução de conflitos sociais. Em muitas ocasiões, por vasto que seja o instrumental jurídico, não é dado ao juiz resolver os problemas da cidadania sem uso de mecanismos extra-normativos (o que não significa dizer extra/antijurídicos).

Na realidade esta é a manobra metodológica que define JAFFE como substancialista, pois segundo ele, o juiz trabalha com considerações valorativas, recorre a princípios de moralidade para formular justificações de julgamento,

---

<sup>38</sup> JAFFE, *op. cit.* p. 46.

inclusive fazendo uso de institutos de outras áreas do saber (economia, sociologia, ciências políticas), na chamada *dinâmica de interdisciplinariedade*.<sup>39</sup> Há um chamamento jurídico destes outros campos científicos para que emprestem função ao direito, em um mecanismo de acoplamento.

O caráter eminentemente científico deste trabalho, não nos isenta de apontar específica fragilidade em uma das posturas do autor. Neste sentido, certa especulação sobre a conduta pessoal do magistrado pode ser verificada; chegando JAFFE a considerar, com seriedade, que a consciência do juiz *está* sujeita a um controle objetivo.

É claro que esta tese não resistiria nem ao mais tosco ataque procedimentalista: a humanidade ainda carece de um petrecho que limite a individualidade e a riqueza de seu próprio pensamento. Além disso, submeter à consciência humana a um controle de eficiência universal pressuporia a consagração de uma “ordem objetiva de valores”; como se sabe, tal tese já foi desintegrada abaixo do calcanhar doutrinário contemporâneo.<sup>40</sup>

Assim, para que possamos conciliar as contribuições desta significativa teoria democrática, considerá-la-emos partindo da tese de vinculação ao texto base da norma, para o caráter legítimo do ativismo, sem descurar dos relacionamentos estabelecidos por JAFFE, entre democracia e atividade jurisdicional.

## 2.2. COMPARTILHAMENTO DE LIDERANÇA DEMOCRÁTICA

---

<sup>39</sup> A orientação multidisciplinar contou, no Brasil, com a contribuição notável de LÍDIA REIS DE ALMEIDA PRADO em: *O juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millennium Editora, 2010.

<sup>40</sup> Neste sentido, DWORKING em *A Justiça de Toga*, cit. p. 86: “Portanto, se o argumento de que não existe verdade objetiva acerca das questões morais é bem fundado, sua consequência não é a de que existe, não obstante, uma verdade para a nossa comunidade, mais sim que há uma verdade distinta para cada um de nós, e não podemos sustentar a abordagem teórica de decisão judicial com base nisso.”

As condições de vida na sociedade moderna estão sempre se modificando; as expectativas da coletividade alteram-se conforme a vida humana se redefine e em consequência, novas demandas surgem.

O poder também oscila. Minorias exploradas reúnem geralmente o voto de um vasto número de eleitores, em potencial alternativa ao governo. A impulsão do discurso dialético-ideológico torna o derrotado de ontem, o governante de amanhã, ávido por mais; “muitos filósofos e psicólogos reconhecem que os homens são apaixonadamente inclinados a realizar seus quereres à despesa daqueles sem poder de resistir [...]”. (*tradução nossa.*)<sup>41</sup>

O método de LOUIS JAFFE para a demonstração do caráter democrático do direito judicialmente criado envolve o traço de um cenário no qual a Democracia não se esgota no conceito de *governo pela maioria*.

O autor propõe-se, então, a enfrentar as obscuridades da noção de que o “governo pelo povo” consiste na satisfação irreservada da vontade da maioria vitoriosa no embate eleitoral. O *mito* de representatividade popular, em plano cimeiro, esbarra no problema de que *maiorias são freqüentemente criadas por minorias de elite*:

Maiorias passam a existir a partir de indivíduos, uns com interesses muito específicos, outros com idéias brilhantes. [...] Cada um destes indivíduos, por sua riqueza o focos bem definidos, tem condição de formar opiniões, oferecendo aos legisladores assessoramento, informação e o suporte de que necessitam.

Em suma este é o paradoxo básico segundo o qual maiorias são formadas por minorias elitizadas.

---

<sup>41</sup> JAFFE, *Op. Cit.* p. 32. No original: “Most philosophers and psychologists recognize that men are passionately driven to realize their desires at the expense of those who are without power to resist [...]”.

<sup>42</sup> (*tradução nossa*)

JAFFE defende ser o homem do povo mais ou menos indiferente aos problemas que não lhe afetam diretamente o bem estar, alguns destes problemas são de gênese tão sofisticada que falta à grande parte das pessoas conhecimento ou imaginação para visualizá-los.

O legislador, por seu turno, não escapa das pressões exercidas por grupos privados. Isto é particularmente verdadeiro no Brasil, onde caríssimas campanhas políticas são financiadas por corporações privatísticas.<sup>43</sup> Tudo isso se alia às pautas congressuais carregadas de questões orçamentárias, que não raro buscam satisfazer vontades não assim tão *populares*.

Este trabalho desconstitutivo acompanha a afirmação, muito real, de que *o legislativo sozinho não tem condições de canalizar os interesses da coletividade de forma a satisfazê-los na integralidade*, em uma deformação do circuito comunicativo-democrático primário, assinalado no início desta produção.

Tal ciclo pressupõe a *liderança* do Poder Legislativo na tarefa de efetivar o bem estar social, por meio da criação de leis. A franqueza de JAFFE, porém, nos força a admitir que, não obstante a antiguidade e a força do argumento de interação eleitor-eleito, o povo não tem acesso *real* a seus representantes de câmara.

A expressão *liderança*, não muito comum na Teoria Democrática dos países de *Civil Law*, significa a delegação de

---

<sup>42</sup> JAFFE, *Ibidem*. p. 33-34. No original: “Majorities are brought into existence by individuals, some with special interests and some with especial insights. Each of them, because of its wealth and its clearly defined purpose, has the power to make opinion and to offer the legislator the guidance, the information, and the support which he needs. In short there is the basic paradox that majorities are for the most part created by minority elites.”

<sup>43</sup> A este respeito ver: CRUZ, Elaine Patricia, MOREIRA, Marli, 2010. “Cartilha orienta empresas sobre como financiar campanhas políticas”. *Jornal Agrosoft*, 26 de julho. Disponível em: <<http://www.agrosoft.org.br/agropag/215041.htm>>. Acesso em 19 de julho de 2011.

função fundamental ostentada por um agente estatal, carreadora de providências sem as quais os cidadãos padecem.

Neste ponto cabe a idéia, retirada da teoria de JAFFE de um *compartilhamento de liderança democrática entre legislativo e judiciário*, para o atingimento do equilíbrio social.

Devemos insistir que o juiz de direito não age, senão quando provocado<sup>44</sup>; significa dizer que ele é um canal aberto a qualquer membro da população que veja sua esfera jurídica inadvertidamente invadida:

Acima de tudo, o direito administrado pelo Poder Judiciário tem sido o mais pronto meio de proteção dos indivíduos e das minorias. Seja como cidadão ou membro de uma minoria [que necessita de especiais tipos de norma para ver suas necessidades supridas], toda pessoa é potencial buscador de justiça, os tribunais são assim, tão essenciais à democracia como o legislativo ou o executivo.<sup>45</sup> (*tradução nossa*)

---

<sup>44</sup> JAFFE praticou o direito nos Estados Unidos da América, em ambientes de *Common Law*. Em breve contextualização; paralelamente à inafastabilidade de jurisdição, na tradição saxônica utiliza-se a expressão “*controversies pursuant to law*” – como o poder de resolver controvérsias postas por uma parte contra a outra, nos termos da lei. A limitação judicial é aperfeiçoada pelo *Party Presentation Principle*. Na lição de DAVID S. CLARK (*op. cit.* p. 378), o *Party Presentation* assume que os litigantes são os senhores de seus próprios direitos, tendo o dever de subsidiar seus pedidos e defesas, com os fatos pertinentes, as provas e articulações discursivas necessárias à solução do *case*. O interesse público de consolidação do ordenamento jurídico presume-se preservado na medida em que cabe a cada qual a gestão de seus próprios (interesses). A verdade mais provavelmente emerge do sincero envolvimento das partes com as atividades de argumentação e investigação, do que de uma persecução judicial motivada meramente por dever funcional. De acordo com o *Novo Dicionário Português/Inglês, Vol. 1*. Amadora: Sistema J LTDA., 1997, p. 112; o vocábulo “*presentation*” enquadra-se na tradução de “*apresentação/demonstração*”, a expressão “*Party Presentation Principle*”, pode também ser traduzida como “*o princípio segundo o qual cabe à parte apresentar/demonstrar em juízo o que lhe seja de interesse*”.

<sup>45</sup> JAFFE, *op. cit.* p. 33. No original: “*But above all, judicially administrated law has been the most ready protection of individuals and of minorities. And since qua individual and qua member of a minority, every person is a potential seeker of*

O Poder Judiciário passa, assim, a figurar do circuito democrático primário como interface de comunicação Estado/Cidadão, tomando, ao lado do Legislativo, a posição de líder na resolução de conflitos, com o instrumental jurídico já provido constitucional e legalmente, e com poder normativo circunstancialmente limitado, capaz de inovar no cumprimento do dever jurisdicional.

O juiz ativista sabe que o judiciário não pode proteger os interesses do homem do povo, a menos que possa redefinir as proteções a ele dirigidas pela Constituição e pela prática forense, já que a democracia pretende abordagem coerente e dinâmica, antes inerte e uni-direcionada.

Outro aspecto da crítica de JAFFE à função de formatação legislativa, é que, pelo fato de ser informada por conveniência e oportunidade políticas, não está dispensada de enganos jurídico-materiais que venham a vilipendiar direitos fundamentais. Por esta razão a sociedade democrática buscou fórmulas de contenção do arbítrio majoritário, manifestando fatores de *desaceleração do poder*.<sup>46</sup>

É como se a oportunidade política fosse filtrada por imperativos balizadores.

O Judiciário assume também, neste quadro de regulação do poder, o papel de instância desaceleradora, notadamente quando a produção legislativa ameaça atentar contra direitos indispensáveis à emancipação e dignidade do homem.

Vê-se que as limitações operacionais da máquina legislativa determinam a necessidade de assunção das

---

*justice, the courts are as integral to democracy - as we understand it - as the legislature and the executive."*

<sup>46</sup>Embora não se limitem a ele, estes fatores de desaceleração são facilmente identificáveis em referência ao processo legislativo (CF/88 Art. 59 a 69), nas limitações materiais (CF/88 Art. 60, §4º) e procedimentais (legitimidade e quóruns numéricos para elaboração/proposta de alteração legislativa) impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado. BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. São Paulo: Saraiva 2010. p. 433.

dificuldades de relacionamento/comunicação entre câmara representativa e população, formando-se o palco para a ação democrática do Judiciário.

Tais considerações, não obstante sua profundidade, vacilam em resolver certos problemas de prática jurídico-decisional; passemos a estes problemas, preparando-nos para concluir a presente produção.

### 2.3. QUESTÕES PRÁTICAS DA DECISÃO JUDICIAL: O PROBLEMA DA LIMITAÇÃO PELO DIREITO, NA PRODUÇÃO DO DIREITO

Em conferência internacional proferida na Universidade do Porto – Portugal, o cientista político VIACHESLAV MOROZOV destacou que “democracia não é apenas questão de teoria; é também um problema prático, que demanda soluções práticas para problemas reais e regionalizados.”<sup>47</sup>

É indispensável, assim, uma abordagem prática acerca da dinâmica da decisão judicial.

O expediente da prática jurídica é consagrado, nos regimes democráticos, pelo direito fundamental ao Devido Processo Legal (*Due Process of Law*) e a seus consectários imediatos (contraditório, ampla defesa, princípio da inércia, etc.).

Mais, principalmente se seguirmos a orientação de JOHN HART ELY<sup>48</sup>, atribuindo a estes direitos natureza meramente procedimental, parece incoerente a criação do direito pelos juízes; ora, o ordenamento jurídico, definido por NORBERTO

---

<sup>47</sup>*World Crisis: Revolution or Evolution in the International Community*. Paper: “Russia’s Take on Democracy: a counter hegemonic practice in a postcolonial situation”. Apresentado em: 18/08/2011.

<sup>48</sup>Ao longo de *Democracia e Desconfiança*, obra citada. HART ELY figura no constitucionalismo americano como ferrenho procedimentalista. Na seara do processo, significa dizer que defende a noção de que os direitos constitucionalmente garantidos visam unicamente garantir às partes participação efetiva no debate judicial, sem a incidência de direitos substantivos.

BOBBIO<sup>49</sup>, veicula um conjunto de normais e princípios *controladores* da atividade jurisdicional.

Devemos então, em favor de um *substancialismo temperado* e livre de ingenuidades, assumir que, na atividade judicante o magistrado está vinculado (*bounded*) ao ordenamento jurídico, expresso fundamentalmente em princípios e regras constitucionalmente consagrados e em textos infraconstitucionais reguladores de matérias gerais.

Qualquer conceituação que busque legitimar a prática jurídico-ativista, no âmbito interno da estrutura do Estado Democrático de Direito – institucionalização máxima do princípio da legalidade – deve, necessariamente, buscar delimitar parâmetros de mensuração do grau de aderência do Poder Judiciário à ordem estabelecida. Não se pode por outro lado, olvidar que um sistema de subsunção mecânica de normas não resiste à análise incisiva engendrada pela moderna

---

<sup>49</sup> *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 4. ed. Brasília: Edund, 1994, p. 22: BOBBIO admite sua própria falha em buscar definir o Direito a partir do elemento “norma”, ao longo da formulação sua teoria positivista. Oferece, assim, a solução de que se defina tal ciência a partir da noção de “ordenamento”: “*Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é produto do ordenamento jurídico. Significa portanto, que uma definição satisfatória do Direito, só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico. Repensem por um momento as várias tentativas feitas para definir o direito através deste ao daquele elemento da norma jurídica. Todas elas resultaram em sérias dificuldades. Os critérios adotados, a cada vez, para encontrar um definição do direito tomando por base a norma jurídica ou foram tais que deles não foi possível obter qualquer elemento característico dessa norma com respeito à outras categorias de norma (como as normas morais ou sociais), conduzindo portanto a um círculo vicioso, ou então reconduziriam àquele fenômeno mais complexo da organização de um sistema de regras de conduta, no qual consiste justamente o ordenamento jurídico, abrindo, assim, para uma estrada que tinha como saída o reconhecimento da relevância do ordenamento para a compreensão do fenômeno jurídico.*”



Teoria da Interpretação.<sup>50</sup>

Com efeito, a grande conquista da interação jurídica atual é a identificação de uma unidade extra-normativa formadora do direito, sendo que a interpretação resultante e aplicação da lei constituem uma mesma e única atividade.

Em países de *Common Law*, com mais evidência, deverá o juiz ter em conta também os precedentes vinculativos dos Tribunais Superiores, em tributo à doutrina do *stare decisis*, que orienta a aplicação dos mesmos princípios para o julgamento de casos semelhantes.

Este conjunto de referências limita julgador ao corpo *oficial* de regras aplicáveis, e o chama a fazer, nesta dinâmica de limitação, um trabalho de escolha.

Em solo pátrio, ELIVAL DA SILVA RAMOS chamou tal imperativo de “tese de vinculação ao texto base”:

A formulação doutrinária de parâmetros calcados no direito positivo para a aferição do caráter ativista ou respeitoso à Separação dos Poderes da jurisprudência constitucional encontra um vasto campo de possibilidades, com o que se deve, metodologicamente, escolher aqueles pontos que se mostram mais relevantes ao tratamento da questão. O primeiro e principal destes parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.<sup>51</sup>

A tese de vinculação acima espelhada constitui, com certeza parâmetro legítimo de limitação (*restratint*) judicial, mais não faz cessar as necessidades de justificação democrática.

---

<sup>50</sup> BAIO, L. S.; CHARUR, A. I. *A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial*. Em *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 00-00, jan./jun. 2011.

<sup>51</sup> *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, cit. p. 168.

Seja como for, sem desprezo de tais imperativos de obediência, em certo número limitado de casos (*hard cases*) o ordenamento não permitirá uma decisão clara.

Verificamos, a esta altura, partindo de LOUIS JAFFE, uma proposição que apresenta o elemento *relativizador* da vinculação ao texto base, com a idéia de que coerência textual não satisfaz legitimidade.

Com relação ao paradoxo de produzir do direito, nos termos do direito, que o poder de julgar necessariamente implica, na opinião do Referencial, em certo *poder de inovar*, já que o próprio ato de aplicar a Constituição ou o estatuto, produz uma nova norma de concretização, no bojo do caso em exame.

O problema é colocado da seguinte forma:

[...] se nosso propósito é justificar a criação judicial do direito, não estamos envolvidos em contradição? É correto defender que aquele que produz o direito está, pelo mesmo direito, limitado? A esta última questão penso que possamos, sem muita sofisticação, responder “*sim*”.<sup>52</sup> (*tradução nossa*)

Para além dos textos normativos, os juízes podem adotar como parte da estrutura argumentativa de sua decisão, princípios operacionais e atitudes que estendem seu poder de criar o direito em obediência ao mesmo.

Neste compasso, bruscas mudanças criteriológicas não encontram suporte na teoria analisada, de sorte que “o juiz deve crer na validade das razões dadas para a decisão, ao menos em nível de estar preparado para aplicá-las a um caso semelhante o

---

<sup>52</sup> *English and American Judges as Lawmakers*, cit. p. 36. No Original: “[...] if our purpose is to justify judicial lawmaking, are we not involved in contradiction? Is it logical to contend that one who makes the law is even in the very act of lawmaking bound to the law? To this last question I think that we can without too much sophistication answer ‘yes’.”

qual ele não pode, honestamente, distinguir”<sup>53</sup>

Se as razões oferecidas para a sentença são mera fachada, ou se são criadas em regime de exceção, para faticidade isolada, sem qualquer fundamentação ou suporte em Direito, não pode ser classificada legítima.<sup>54</sup>

Desta sorte, jungido ao ordenamento como unidade constituição-lei-princípios, e como manifestação *textual de comunicação* (norma escrita), o juiz pode proceder de duas maneiras:

- a. Pode ater-se ao sentido literal da lei aplicável fazendo transparecer tal literalidade em sua decisão, hipótese em que deve assumir que *o sentido das palavras permanecerá*, mesmo se inconsistente com algum valor maior (*equity*) do ordenamento/estatuto, ou;
- b. Pode ampliar as fórmulas verbais da lei, agindo em abordagem dinâmica. Neste caso deverá assumir que a providência de *irradiação* melhor atende a um escopo do ordenamento.

Em enquadramento preciso a esta teorização de LOUIS JAFFE, a prática jurídica brasileira oferece exemplo formidável.

Recentemente, prestigioso órgão da imprensa nacional veiculou notícia sobre a aplicação do artigo 22, III, “a” da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, a um caso de agressões envolvendo dois *homens* conviventes em união homo afetiva.<sup>55</sup>

Na hipótese, um dos companheiros sofria constantes

---

<sup>53</sup> JAFFE, *op. cit.* p. 38. No original: “*The judge must believe in the validity, of the reasons given for a decision at the least in the same sense that he is prepared to apply them to a latter case which he cannot honestly distinguish.*”

<sup>54</sup> Nesta seara vigoram os princípios de publicidade e obrigatoriedade de fundamentação das decisões (CF, artigo 92, inciso IX), o que em plano *formal* supre a necessidade de apresentar à comunidade as razões do convencimento judicial.

<sup>55</sup> SPILLARI, Carolina, 2011. “Lei Maria da Penha é aplicada a casal gay no Rio de Janeiro”. O Estadão, 14 de abril. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,lei-maria-da-penha-e-aplicada-a-casal-gay-no-rio-de-janeiro,708486,0.htm>>. Acesso em 19 de julho de 2011.

agressões por parte do outro, o que ensejou processo penal para apuração de crime de violência doméstica, nos termos do artigo 129, §9º do Código Penal Brasileiro. O pleito ministerial de condenação vinha cumulado ao de aplicação de medida protetiva de urgência, com lastro na Lei nº 11.340.

O magistrado responsável pelo caso recebeu a ação penal e *deferiu a medida*, ordenando ao agressor que se mantivesse afastado da vítima, fixada distância mínima.

Adequando o sentido da lei às especificidades do caso, o juiz entendeu que a especial proteção destinada à mulher, poderia ser estendida ao homem naqueles casos em que também é vítima de violência doméstica e familiar. Tudo isto em respeito ao Princípio Constitucional da Isonomia, invocado expressamente na fundamentação da decisão.

Independente que é, o julgador poderia entender inaplicável a legislação em evidência ao fato que originou o pedido, pois a literalidade legal *delimita* o atendimento pessoas do sexo feminino.

Se uma decisão desta monta (hipótese “a”) tivesse sido exarada, apesar de sua orientação *contemplativa/passiva*, seria ela irrepreensível em termos subsuntivos; mais não seria legítima à vista do escopo do ordenamento. O detalhe é que se tivesse persistido a decisão da hipótese “a” teria toda condição formal de figurar do direito; na medida em que interessa à ordem pública a coercibilidade do mandamento judicial.

Juízes que privilegiam a passividade subsuntiva em nada ousam, podendo pensar, por outro lado, que nada perdem.

Acidamente JAFFE refere-se a esta posição: “*nada, exceto a oportunidade de serem úteis*”.<sup>56</sup> (*tradução nossa*)

Assim, na essência de seu modelo, o autor revela que os juízes podem e devem proceder na atitude de que a

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 37. No Original: “*But these judges at least have ventured nothing and so, they may fell, have lost nothing – nothing that is, except the opportunity to be useful.*”

Constituição, a jurisprudência, e até mesmo as leis infraconstitucionais ostentam proposições suficientemente gerais para ampliar o alcance do direito, conforme surjam as controvérsias (hipótese “b”).

Trata-se do uso das fórmulas do caso *Heydon*<sup>57</sup>, indagando-se “*qual o malefício falhou a legislação em erradicar e como agiria o legislador ao buscar remediar o problema que aflige o bem-estar social?*”

A amostra relativa ao “casal homossexual” revela o desabrido caráter dinâmico do direito, e as constantes novas necessidades sociais, profundamente sentidas no cotidiano da população, mais parvamente providas pela letra da lei.

Nesta hipótese, em especial, o julgador não possuía meios de ater-se ao texto legal, procedendo à engrenagem de *irradiação constitucional* projetada pelo substancialismo que ora examinamos.

Sem embargo, a derivação decisional, ocorra ela por competição lógica de princípios (ponderação), ou por inovação circunstanciada, levará o juiz sempre a uma *escolha*; significa dizer que a democracia convive com um elemento *personalíssimo de convencimento do juiz*, e isto pressupõe a natureza humana do julgador.

Aqui situa-se a peculiar ousadia da filosofia de JAFFE; a fusão de elementos teórico-democráticos com a necessidade de outros (elementos), extra-normativos, principalmente a constatação de que não se pode desejar arrancar do o *direito* ao pensamento ativista.

O povo não pode viver sem que o Direito evolua; uma das expressões mais efetivas e consagradas desta evolução é o

---

<sup>57</sup> ENGLAND AND WALES. *High Court (Exchequer Court) Decisions: Decisão do Caso Heydon de 1954. (1584) 76 ER 637.* Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html>>, acesso em 18/08/2011. “*What was the mischief and defect for which the common law did not provide. What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth*”.

papel de destaque que o Poder Judiciário assumiu na Democracia moderna, tal papel demanda que o juiz deixe de contemplar a lei de modo apático e busque meios de satisfazer a comunidade, assumindo as conseqüências da imperfeição do instrumental jurídico.

Tudo isso, é claro, sem presumir onipotência do judiciário, apresentando-se, em plano de limitações um meio termo conciliatório entre o suporte no jurídico oficial, referencial primeiro de conduta do juiz, e um elemento personalíssimo de convencimento, que emerge em casos de conflito normativo ou ausência de normação.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente produção, sem pretensões de esgotamento, buscou reunir elementos de natureza teórico-democrática que autorizam a criação judicial do direito, providencia chamada de “ativismo judicial”.

Expusemos um viés da Separação dos Poderes segundo o qual o Poder Judiciário *deve* criar o direito, nas hipóteses de exercício do direito de ação pelo jurisdicionado, espacialmente quando o caso fático trazido não encontra amparo legal definido.

As exigências deste criacionismo circunstanciado levaram o Brasil por uma dinâmica de interseccionamento sistêmico entre *Civil Law* e *Common Law*, em semelhança com o que ocorreu nos Estados Unidos da América. Não se pode, contudo, afirmar que estamos nos transformando em um país de *Common Law*, pois nossa legislação, embora conviva com a jurisprudência, possui primazia teórico-técnica centrada na Constituição.

Seja como for, mesmo em vista não uniformidade de critérios para a eleição de princípios nos julgamentos, a neutralidade do juiz é falácia liberal há muito vencida. A

conclusão não pode ser outra, senão a que determina que o julgador tem *direito* de convencer-se e de adotar uma posição representativa.

Como muito provavelmente este elemento de escolha, refletirá uma *preferência* por ele assumida em algum ponto de sua vida; o juiz ativista sempre enfrentará a descarnada realidade humana das paixões, inclinações, preconceitos e aversões e; estará sujeito a críticas de usurpação, pois inevitavelmente recorrerá à sua consciência.

Esta é a perplexidade final de nossos dias: os tempos de “boca da lei” se foram, e não se pode ainda exigir dos juízes que funcionem naquele molde.

Alternativas podem ser buscadas em esquemas substancialistas temperados, como o de LOUIS LEVENTHAL JAFFE, que buscam combinar a incorporação de valores à prática jurídica, procurando conciliá-los com limites trazidos pelo ordenamento.

É certo que o juiz não pode destruir as barreiras ordenamentais quando dentro delas, a resposta jurídica para o caso for clara; haverá, não obstante, casos de conflito e insuficiência que demandarão do julgador inovação, que deverá curvar-se à coerência constitucional, em trabalho de irradiação.

Neste particular, deve-se concordar que o Poder Legislativo não tem condições de prever todas as hipóteses fáticas da vida humana, compartilhando sua função de liderança democrática com o Poder Judiciário, que opera como interface Estado/Cidadão: um canal aberto de comunicação, desde que superadas as dificuldades materiais de acesso à justiça.

Por derradeiro, propõe-se que um espectro de ilegitimidade atrelado ao ativismo seja posto de lado, sendo tal superação justificável em plano estritamente científico, articulados os adequados institutos jurídicos e teoria democrática.

É impossível as membros do Poder Judiciário abandonarem sua condição humana quando dos julgamentos; se o ceticismo deseja a previsibilidade absoluta dos resultados judiciais, dever-se encher os gabinetes forenses com supermáquinas que o tornem até um grande juiz obsoleto, representando *isso* o fim da prática jurídica, tal como a conhecemos.



## REFERÊNCIAS

- ALAN, T. R. S. *Constitutional Justice: a liberal theory of the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2001.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. New York: Oxford University Press, 2004.
- BAIO, Lucas Seixas. Aspectos Teóricos Relativos à Independência de Juízes. Em *Revista AJURUS* n. 122. Porto Alegre, p. 167-197, junho/2011.
- BAIO, L. S.; CHARUR, A. I. A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial. Em *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 00-00, jan./jun. 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. São Paulo: Saraiva 2010.
- BEATTY, Davis M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004.
- BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England*. Chicago: University of Chicago Press, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 4. Ed. Brasília: Edund, 1994.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.



- [Brasília, DF]: [s.n.], 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)*. [Brasília, DF]. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm) >. Acesso em: 23 ago. 2011.
- CAMPILONGO, Celso. “Os desafios do judiciário; um enquadramento teórico”. Em: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CARVALHO, Juan Pablo Couto de. O processo civil no estado constitucional e o fenômeno da commonlawlização do direito brasileiro. Em *Revista Juris Síntese* nº 68. Novembro/2007.
- CLARK, S. David. “Civil Procedure”. Em *Introduction to the law of the United States*. New York: Kluwer Law International, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CRUZ, Elaine Patrícia, MOREIRA, Marli, 2010. “Cartilha orienta empresas sobre como financiar campanhas políticas”. *Jornal Agrosoft*, 26 de julho. Disponível em: <<http://www.agrosoft.org.br/agropag/215041.htm> >.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 28.
- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *Direito Fundamental Como Oposição Política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Curitiba: Juruá Editora, 2006

- ENGLAND AND WALES. *High Court (Exchequer Court) Decisions: Decisão do Caso Heydon de 1584*. (1584) 76 ER 637. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html>>, acesso em 18/08/2011. “*What was the mischief and defect for which the common law did not provide? What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth*”.
- HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. *The Federalist: a collection of essays written in favor of the New Constitution*. New York: A. & J. McLean, 1787.
- HART. Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- JAFFE, Louis L. *English and American Judges as Law Makers*. Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 31.
- JENSEN, Merryl. *The Articles of the Confederation: an interpretation of the social constitutional history of the American Revolution*. Madison: The University of Wisconsin Press, 1940.
- McPherson, C.B. *Democratic Theory*. New York: Oxford University Press. 1990.
- MENDES, Gilmar, PFLUG, Samantha M. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva 2005.
- MEHREN, Arthur T. Von. *The US Legal System: Between the Common Law and the Civil Law Legal Traditions*. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparado e Straniero, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 41-42.
- MOROZOV, Viacheslav. *World Crisis: Revolution or Evolution in the International Community*. Paper: “*Russia’s Take on Democracy: a counter hegemonic practice in a postcolonial situation*”. Third Global International Studies Conference; 17-20 ago. 2011.

- FEUP. Porto, Portugal.
- Novo Dicionário Português/Inglês, Vol. 1.* Amadora: Sistema J LTDA., 1997.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida em: *O juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial.* Campinas: Millennium Editora, 2010.
- RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.* São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas.* Porto Alegre: Síntese, 2004.
- SPELLARI, Carolina, 2011. “Lei Maria da Penha é aplicada a casal gay no Rio de Janeiro”. O Estadão, 14 de abril. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,lei-maria-da-penha-e-aplicada-a-casal-gay-no-rio-de-janeiro,708486,0.htm>>.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. “O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro”. *Em Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 333.
- UNITED STATES OF AMERICA. Caso *A.F. of L. v. American Sash & Door Co.* “US Supreme Court Center”. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/335/538/case.html>.
- VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.
- VILE, John R. *A companion to the United States Constitution and its amendments.* Connecticut: Praeger, 2006.