

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu
em Direito Processual Civil

JOÃO PEREIRA MONTEIRO NETO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ATIVISMO E DISCRIÇÃO JUDICIAIS:
reflexões sobre o papel democrático do juiz à luz da teoria *dworkiniana*

BRASÍLIA
2010

JOÃO PEREIRA MONTEIRO NETO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ATIVISMO E DISCRIÇÃO JUDICIAIS:

reflexões sobre o papel democrático do juiz à luz da teoria *dworkiniana*

Trabalho de Conclusão de Curso para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

BRASÍLIA
2010

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

JOÃO PEREIRA MONTEIRO NETO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ATIVISMO E DISCRIÇÃO JUDICIAIS:

reflexões sobre o papel democrático do juiz à luz da teoria *dworkiniana*

Trabalho de Conclusão de Curso para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

_____ / _ / _

_____ / _ / _

_____ / _ / _

"Le plus sûr moyen d'assassiner une idée, c'est de la vénérer".

(BORIS CYRULNIK)

"Si no puedes soñar golpea los baúles polvorientos.
Si aún no sabes vivir no enseñes a vivir em vano".

(FAYAD JAMIS)

RESUMO

A ação civil pública constitui relevante instrumento de defesa dos denominados interesses difusos e coletivos. O corriqueiro descontentamento da população com o implemento de políticas públicas, por exemplo, tem-se refletido em maior atuação dos órgãos legitimados (dentre os quais se destaca o Ministério Público) à obtenção de uma tutela jurisdicional eficaz. Nesse cenário, os debates sobre o chamado *ativismo judicial* seguem bastante fomentados na comunidade em geral, estabelecendo estudos sobre os limites, se houver, à chamada *discricionariedade* judicial. Este estudo monográfico, a partir de algumas considerações prévias sobre a nova diagramação do *acesso à justiça* e a sua interação com os mecanismos de escape da dita *litigiosidade contida*, latente hoje no seio social, analisará o fenômeno do denominado *ativismo judicial* à luz da teoria *dworkiniana*.

Palavras-chave: filosofia do direito; direito e política; ação civil pública; ativismo judicial.

ABSTRACT

Today, the public civil action acts in the national legal scenario as a relevant instrument of defense of the diffuse and collective interests. The continuous displeasure of the population as to the execution of public policies, for example, has been reflected in the performance intensification of the legitimated agencies (among which the Department of Justice is highlighted) to the obtainment of an effective jurisdictional protection. Within this perspective, discussions over the *judicial activism* (*judicialization of politics*) continue to be quite stimulated in the community in general, constantly establishing studies on the limits of the *judicial discretion*, if any. The present monographic study, based on some previous considerations about the new delineation of the *access to justice* and its interaction with escape mechanisms of the *curbed litigation*, being currently latent in the social environment, has the objective to analyze the phenomenon of the *judicial activism* pursuant to the Dworkin's theory.

Key-words: philosophy of law; law and politics; public civil action; judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	
1.1 Preâmbulo.....	12
1.2 Ação civil pública.....	12
1.3 Ativismo judicial e acesso à justiça.....	14
1.4 Litigiosidade contida e acesso à justiça.....	16
1.5 Ilustração jurisprudencial.....	17
2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	
2.1 Preâmbulo.....	20
2.2 A nova atuação judicial.....	20
2.3 Transposição histórica: o indivíduo jurisdicionado.....	21
2.4 Função criativa e discricionariedade judiciais.....	23
2.5 A contribuição de Ronald Dworkin.....	24
2.5.1 Discricionariedade judicial em casos difíceis.....	25
2.5.2 A tese da única solução correta.....	27
2.5.3 O conceito interpretativo do direito.....	28
2.5.4 O direito como integridade: parâmetros do modelo interpretativo.....	30
2.5.5 Comunidade de princípios: o fundamento de integridade.....	31
2.5.6 Debate histórico (Dworkin e Hart).....	32
2.6 Judicialização da política: o contraste de enfoques.....	34
3. PAPEL DEMOCRÁTICO DO JUIZ	
3.1 Preâmbulo.....	38
3.2 A ação civil pública como instrumento democrático.....	38
3.2.1 Legitimidade das decisões judiciais.....	39
3.2.2 Parâmetros de outorga democrática da tutela judicial.....	42
3.3 Da desconfiança legislativa acerca da discricionariedade judicial.....	45

3.4 O fundamento principiológico da Constituição.....	48
3.5 A distinção entre regras e princípios: o elemento fundativo.....	50
3.6 A atuação judicial contemporânea: o paradigma da ação civil pública.....	52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

O protagonismo da ação civil pública na defesa dos interesses coletivos desperta, entre outros dados, a necessidade de estudo da atuação judiciária reparadora de omissões administrativas que atentem contra direitos constitucionalmente consagrados, com a prolação de decisões comumente apontadas como ativistas.

A atividade judicial está ainda, em certa medida, associada à sua concepção clássica (liberal) – aspecto eminentemente formal da atuação do magistrado –, suscitando problemas para o referencial de percepção dos supostos abusos (ou inações administrativas) passíveis de controle jurisdicional.

No atual ambiente democrático, não parece mais válido o engessamento da atividade jurisdicional, inerte diante da vulneração de direitos sociais, sob a clássica justificativa de *pesos e contrapesos*.

Por hipótese, pretende-se descortinar um novo papel da atividade judiciária, de índole democrática, cuja discricionariedade decisória revelaria um *conceito de relação*, inerente à própria função judicial. A característica do poder judicial como *função* deixaria de ser *decorrente* para adquirir conteúdo político. A limitação da discricionariedade, assim, revelaria e seria revelada pelo aspecto democrático da atuação jurisdicional (imputação social).

A problematização emuladora da monografia, cujas respostas serão também sintetizadas nas ponderações conclusivas, obedecerá à seguinte linha.

O primeiro traço de indagação depende de uma resposta a esta questão: o incremento da tutela coletiva dos direitos (sediada em ação civil pública) contribui de modo significativo à expansão da chamada *discricionariedade* judicial? Caso se entenda que sim, quais são os elementos dessa interação?

Em segundo plano de questionamento, estabelecido e respondido aquele primeiro aspecto do debate (elementos de interação entre a tutela coletiva e a suposta expansão da *discricionariedade* judicial), será elaborada a seguinte formulação: qual padrão conceutivo do *direito*, nas justificativas filosóficas de DWORKIN, pode resultar eficazmente na expansão compreensiva do problema acerca do *ativismo* judicial?

A partir de então, constituirá problema final apurar, sempre mantida a

perspectiva originária (teoria *dworkiniana*), se tais limites revelam um novo *papel* do magistrado: há algum modo de legitimar a dita atuação ativista do juiz? Tal justificativa é de índole democrática? Finalmente, qual seria a relevância do reconhecimento dessa nova *função* à democracia?

Das questões propostas, resultarão algumas considerações que se pretendem esclarecedoras, as quais serão identificadas pelos respectivos itens (capítulos) da monografia.

De fato, o incremento da tutela coletiva dos direitos revela, sim, novas abordagens da denominada *discricionariedade* judicial, cuja questão fundamental (elementos dessa interação) apura-se com fundamento nas noções de *acesso à justiça* e de *litigiosidade contida*. Esses elementos propedêuticos serão abordados no primeiro capítulo do trabalho.

Em seguida (segundo capítulo), traçado um prévio paralelo acerca da *vocação do nosso tempo à jurisdição* (teoria de PICARDI), serão apontados os pressupostos teóricos do estudo, com a identificação de alguns elementos da teoria de DWORKIN aptos a permitir a compreensão do segundo nível de solução às formulações provocativas.

Na fase de desenvolvimento do trabalho (terceiro capítulo), e em adiantamento de uma possível solução aos temas problematizados, a monografia tenderá a demonstrar que a concepção *dworkiniana* do direito como *integridade* envolve um conceito jurídico dialético, consonante com o atual ambiente democrático e de suma utilidade ao processo de interação social do direito, prestando-se, por consequência, a fortalecer o comprometimento da atividade judiciária com os escopos sociais.

Por fim, quanto à exposição metodológica (tipo de pesquisa, técnica de pesquisa e método de procedimento), merecem destaque as seguintes considerações.

Em relação à técnica metodológica empregada, o tipo de pesquisa desenvolvido pode ser classificado como *epistemológico*, pois o teor da atividade investigativa aplicada ao trabalho é de preponderante cunho teórico-filosófico. Tal opção de método justifica-se tanto pelo referencial teórico selecionado como pela problematização do objeto pesquisado.

A viabilização da pesquisa dependeu, no presente caso, de uma técnica eminentemente *bibliográfica*, preponderando o interesse por um viés

sistemático-crítico do pensamento teórico aplicável.

Quanto ao último elemento da exposição metodológica, deve-se esclarecer que o método de procedimento empregado é de perfil *sócio-jurídico*, em razão, especialmente, da utilização de marco teórico filosófico, fundado na teoria *dworkiniana*.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Preâmbulo

Acerca da estrutura deste capítulo inicial, importa esclarecer que, de início, serão realizadas considerações gerais sobre a ação civil pública, pois este modelo de ação (fundamental na defesa dos interesses transindividuais) emulará as reflexões do trabalho (*ativismo judicial* e o novo *papel democrático* do juiz). Ao final do primeiro capítulo, há uma ilustração jurisprudencial (precedente do Superior Tribunal de Justiça) exemplificativa do possível alcance (supostamente *ativista*) das decisões exaradas em ação civil pública.

Ademais, serão trazidos apontamentos introdutórios interativos entre as noções de *ativismo judicial*, de *litigiosidade contida* e de *acesso à justiça*, em razão da relevância desses elementos à demonstração de que a suposta feição *ativista* da atual atividade judiciária (especialmente, no âmbito da tutela coletiva) atende, na verdade, a elevados níveis de expectativa social .

1.2 Ação civil pública

A Lei n. 7.347, em vigor desde 25 de julho de 1985,¹ consolidou no ordenamento jurídico brasileiro a ação civil pública, implicando grandes transformações à tutela dos denominados interesses coletivos e difusos.²⁻³ Inaugurou-se no Brasil, vinte anos após o início de vigência da Lei da Ação Popular

1 Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.139/09, de iniciativa do Presidente da República. Trata-se de proposta de nova disciplina legal à ação civil pública, com a revogação do atual diploma.

2 Segundo a definição legal, são *coletivos* os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base (inc. II do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor). Já *difusos*, tratam-se de direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (inc. I do art. 81 do CDC). Ou seja, em sentido geral, os direitos denominados *difusos* (como o meio ambiente) podem ser incluídos em categoria autêntica de interesses públicos (MAZZILLI, 1992, p. 21).

3 Como cediço, em apontamentos da doutrina especializada, a “indeterminação dos sujeitos”, a “indivisibilidade do objeto”, a “conflituosidade intensa” e a “duração contingencial” representam traços característicos dos interesses difusos (MANCUSO, 1996, p. 73).

(Lei n. 4.717/65), um novo modelo de tutela, afastado do então paradigma processual individualista, com avanço a um plano dinâmico do processo, inspirado no sistema da *class action* da *common law*.

Instrumento privilegiado, protetivo dos interesses sociais, a ação civil pública pode tanto voltar-se à tutela cominatória (obrigação de fazer ou de não fazer) como à demanda condenatória (verba indenizatória), conforme o rol legal exemplificativo dos danos passíveis de correção ou de prevenção.⁴ Nesse contexto, não obstante a presença de um polo ativo concorrente, a proeminência de atuação pertence, sem dúvida, ao Ministério Público, que, quando não como autor, desempenhará a função de *custos legis* (§ 1º do art. 5º da Lei n. 7.347/85).⁵

Esse novo contorno de tutela judicial também merece destaque para três aspectos previamente considerados, quais sejam, a legitimidade para agir, o objeto da ação e a coisa julgada.

Na ação civil pública, a legitimidade de agir, ante a vindicação de tutela de direitos coletivos (*lato sensu*), não pode invocar a singularidade-padrão individualista, por conta da suposição preliminar de indeterminação dos titulares dos interesses defendidos, justificando a indicação legal do rol de legitimados à ação.⁶⁻⁷

Ademais, a ação civil pública tem importância vital na contenção e na reparação do dano individualmente insignificante (ilustrativamente, quando a pretensão individual esbarrar na inviabilidade econômica), mas coletivamente considerável, o que justifica os motivos da ascensão dessa forma de ação, por exemplo, nas demandas consumeristas, como instrumento idôneo a restituir o equilíbrio de força entre as partes.

Já o objeto da ação civil pública é inerente à aptidão dessa modalidade

4 Conforme a definição legal, a ação civil pública presta-se para “reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º da Lei 7.347/85)”.

5 O Ministério Público poderá, também, suceder o autor, em caso de desistência infundada ou abandono da ação pela associação legitimada (art. 112 do CDC), promover a execução do título, em caso de inércia do autor (art. 15 da Lei n. 7.347/85), instaurar inquérito civil (art. 8º da Lei n. 7.347/85), etc.

6 São estes os entes: Ministério Público, União, Estados e Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, fundações, entes públicos de defesa do consumidor – ainda que sem personalidade jurídica – e associações, respeitada a pertinência subjetiva com a atividade social, constituídas há pelo menos um ano (regra flexibilizada por manifesto interesse social), como dispõem o art. 5º da Lei n. 7.347/85 e o art. 82 da Lei n. 8.078/90.

7 A taxação legal é exaustiva. “Assim, enquanto nas *class actions* norte-americanas a legitimidade é do indivíduo, para que ele exerça a *representatividade adequada* da coletividade, examinada pelo juiz em cada caso concreto, aqui o autor é um *representante institucional*, previsto em abstrato pelo legislador. Ou seja, a verificação da legitimidade se dá *ope judicis* nos países anglo-americanos e, em algumas matérias, na Itália; aqui, ela se dá *ope legis*” (DINAMARCO, 2001, p. 200-201).

de ação à proteção dos interesses coletivos (*lato sensu*), a qual é plenamente condicionada ao socorro dos casos concretos. O magistrado, ao sentenciar, terá de apurar a mais útil e necessária dentre as soluções dos conflitos submetidos, mediante uma recomendável análise pormenorizada da situação, visando ao estabelecimento de limites ao controle da lesão dos interesses coletivos. Por esse motivo, a ação civil pública não limita radicalmente o juiz ao pedido.⁸

Nesse sentido, o objeto da ação civil pública “é o mais amplo possível, graças à (re)inserção da cláusula 'qualquer outro interesse difuso coletivo” (MANCUSO, 1996, p. 35), o que desperta atenção à ausência de taxatividade no rol tutelável de interesses (MAZZILLI, 1992, p. 98).⁹

Esse espectro máximo de efetivação da tutela, reflete-se, por fim, na fixação dos limites subjetivos da coisa julgada, com o afastamento da noção clássica *inter partes*,¹⁰ para a assunção da imprescindível possibilidade de coisa julgada *erga omnes e secundum eventum litis*.¹¹

Conforme será demonstrado no corpo do presente estudo monográfico, a ação civil pública participa notadamente da redefinição do novo papel democrático do juiz, como instrumento de implemento do acesso à justiça e como ação que provoca o exercício de uma jurisdição eficaz, chamada, a depender do caso, de proativa.

1.3 Ativismo judicial e acesso à justiça

A ausência de implementação de políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais democráticos – dentre os quais, o direito à saúde (mencionado

8 “Valendo reiterar que a regra do art. 460, *caput*, do CPC, não pode ser levada aos extremos na ação civil pública. Isso implica que o juiz, ao prolatar a sentença, decida pelo adequado, útil e necessário, e não, necessariamente, pelo pleiteado, mormente porque em seu bojo busca proteger interesses de manifesta relevância social, com características peculiares, e quem efetiva o pedido para a defesa de tais interesses coletivos *lato sensu* não é o titular do direito, mas os legitimados indicados pela lei” (LOUREIRO, 2004, p. 205).

9 Observe-se que “sempre há de preexistir a *relevância do interesse para a sociedade civil*, embora esse quesito possa apresentar diversa gradação e, mesmo no caso dos individuais homogêneos, derivar da conveniência do trato processual coletivo, mormente agora com as restrições à formação do litisconsórcio ativo 'multitudinário” (MANCUSO, 1996, p. 35).

10 Sobre a imprestabilidade do sistema tradicional: “tais soluções não se compatibilizam com os cânones tradicionais dos limites subjetivos da coisa julgada, fiel ao princípio *res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest*” (MANCUSO, 1996, p. 189).

11 Nesse sentido, é a disposição do art. 16 da Lei n. 7.347/85, esmiuçado posteriormente pelos artigos 103 e 104 da Lei n. 8.078/30 (Código de Defesa do Consumidor).

no caso prático citado abaixo) – contribui, hoje, para o denominado fenômeno do *ativismo judicial*,¹² cuja atuação dialoga diretamente com a expansão social do acesso à justiça. A vindicação judicial de direitos sociais, pelos cidadãos e órgãos legitimados, vincula-se não apenas à ausência de implemento de medidas públicas, mas também à suposição de inadequação (ou desvio) de determinadas posturas administrativas, outorgando ao Judiciário a costumeira missão de *efetivação* de direitos na solução do caso concreto.

Essa nova ordem de *acesso à justiça* – na qual se insere a ação civil pública – necessita revestir-se de ferramentas pluralistas,¹³ ante as quais o Poder Judiciário assume notável opção política, reveladora de uma nova percepção *criativa* da atuação judicial. Assim, o fortalecimento dos *princípios* democráticos afasta, hoje, a concepção de uma atuação judiciária exclusivamente “secundária” (ainda ligada à ideia liberal da *bouche de la loi*), impondo a figura de um julgador ativo.

Tal feição democrática da nova atuação judicial, como será tratado ao longo do presente trabalho, revela novos níveis de entendimento da noção de *equilíbrio* e *separação* de poderes, sem que se precise admitir, para tanto, a inconcebível ideia de um “governo de magistrados”. Portanto, a atividade judicial constitui-se em contenção e reparação do abuso, e não em “rivalidade” com os outros poderes republicanos. Os limites de percepção para se estabelecer o *abuso* passível de controle jurisdicional, hoje, é inerente ao novo papel social do magistrado, sob pena de o juiz, inerte ante a vulneração de direitos sociais, engessar-se sob a justificativa dos *checks and balances*.¹⁴

Nesse novo cenário, o *acesso à justiça*¹⁵ segue fortalecido, no curso da

12 “Para muitos autores, o ativismo judicial nasceu a partir do famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana, restando igualmente famoso o voto proferido pelo então *Chief Justice* John Marshall sobre o *Judicial Review*” (MACEDO FILHO, 2009, p. 51).

13 “(...) fenômeno do pluralismo, no sentido de que não é suficiente a divisão simplista entre público e privado, Estado e indivíduo. Surgem formações intermediárias de extrema importância, capazes de representar o indivíduo e de protegê-lo contra os efeitos potencialmente desastrosos da economia de massa, da sociedade de massa” (CAPPELLETTI, 1985, p. 180).

14 Por outro lado, o *ativismo* judicial implica alguns riscos, inerentes ao seu avanço (CAPPELLETTI, 1993, p. 50). Primeiramente, o risco estaria compreendido na dificuldade de se estabelecer as diferenças entre a discricionariedade administrativa e a legislativa, sempre que estejam envolvidos conhecimentos técnicos sofisticados, apontando-se pronta solução às verificações periciais. Ademais, a falta de efetividade do controle jurisdicional sobre a atividade de caráter contínuo da Administração Pública, especialmente quando, para preservar tal interesse, valida-se a atuação administrativa com atos legislativos. Por fim, o último problema corresponderia à suposta falta de legitimidade democrática dos magistrados, que, não investidos de mandato eletivo, deveriam atuar de modo mais restrito (não-ativista).

15 “O movimento por ‘acesso à justiça’ tem representado, nos últimos decênios, uma importante, talvez a mais importante, expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988,

segunda metade do século XX e nesta primeira década do século XXI, correspondendo a uma recorrente reivindicação democrática, acolhida amplamente no anseio popular.

1.4 Litigiosidade contida e acesso à justiça

A questão fundamental do *acesso à justiça* é a denominada *litigiosidade contida* (LOUREIRO, 2004, p. 58), que, constituindo um fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, demonstra já os primeiros sinais de “deterioração do seu sistema de resistência” (WATANABE *apud* LOUREIRO, 2004, p. 59). Tal fator, incrementado negativamente por um certo nível de descrença social no Poder Judiciário, tem levado determinados institutos processuais a uma reelaboração que proporcione maior efetividade, como se extrai do exemplo obtido com o nascedouro dos chamados “juizados especiais”, correspondentes a uma solução vinculada à denominada *primeira onda* do acesso à justiça (obstáculo *econômico*).¹⁶

Por outro lado, voltando atenção a questões referentes ao surgimento de novos interesses no seio social, cujo acesso à jurisdição melhor se justifica *conforme* um sistema especial de tutela, chega-se à chamada *segunda onda* do acesso à justiça, constituída por um nítido caráter organizacional da estrutura judiciária (obstáculo *organizador*). Das novas necessidades dessa influência renovatória, extrai-se principalmente o fortalecimento de determinadas entidades para a identificação e a representação dos interesses coletivos *lato sensu*, ante os quais se destaca a atuação do Ministério Público (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49).

Enfim, a *terceira onda* do movimento capitaneado por CAPPELLETTI enfatizou a “questão processual, demonstrando a inadequação com que os procedimentos tradicionais se apresentavam para cumprir o dever de proteção do Estado” (LOUREIRO, 2004, p. 75), com a proposta de soluções que reflitam no

p. 144).

¹⁶ Corresponde à terminologia de Cappelletti e de Garth (1988), inspirada no perfil econômico do jurisdicionado ou da demanda, ante os dispêndios comuns que um processo judicial acarreta e que podem, naturalmente, por si só “inviabilizar” o exercício do poder de demanda.

contencioso judiciário apenas a via derradeira de reparação dos conflitos, o que caracteriza um fluxo de incentivo ao implemento de novos instrumentos procedimentais (obstáculo propriamente *processual*).¹⁷ Deveras, o acesso à justiça apresenta-se plenamente condizente com a disposição de formas de tutela jurisdicional adequadas para a vindicação de direitos,¹⁸ esclarecendo a relevância da ação civil pública na defesa dos interesses inseridos na sociedade contemporânea (massificada),¹⁹ nitidamente caracterizados pela transindividualidade.²⁰

1.5 Ilustração jurisprudencial

Dentro desse contexto, antes das considerações que tomarão corpo nesta monografia, interessa ilustrar o presente tópico inicial com um precedente do Superior Tribunal Justiça, a fim de que se demonstre, em termos práticos, a efetivação de direitos fundamentais por intermédio da ação civil pública.

O Ministério Público local ajuizou ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina visando à regularização do atendimento do “Hospital Infantil Joana de Gusmão”, em face da ausência de devida assistência médica a aproximadamente seis mil e seiscentos (6.600) pacientes infantis, muitos deles em aguardo para atendimento havia quase dois anos. O Estado esquivava-se sob o argumento do excesso de demanda hospitalar.

Deferida liminarmente a pretensão ministerial, foi proferida decisão judicial para estabelecer um cronograma de atividades regularizadoras do atendimento médico. Ante essa decisão, o Estado catarinense interpôs agravo de instrumento, provido monocraticamente – e confirmado pelo colegiado, após agravo interno –, sob o fundamento de indevida ingerência judiciária na atividade administrativa, implicando extinção processual terminativa, por suposta carência de

17 “(...) obstáculo propriamente processual, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 148).

18 “Tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial” (BEDAQUE, 2001, p. 31).

19 “A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na segunda metade do século XVIII, proporcionou uma profunda e radical metamorfose da sociedade, assinalando o principal movimento responsável pela *evidenciação* dos direitos transindividuais” (LENZA, 2003, p. 32).

20 “Em uma sociedade de ‘massa’, os valores e as preocupações desfocam-se das tradições individualistas, eis que o interesse do grupo se sobrepõe ao particular, não sendo primordial prender-se a atenção com situações jurídicas individuais” (LOUREIRO, 2004, p. 182).

ação.

Ademais, no julgamento do recurso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina taxou de “casuística” a pretensão do *parquet*, que importaria em inconcebível administração judiciária de receita pública, em quebra do sistema *tripartido* de poderes, etc.

Extinta a ação civil pública, o Ministério Público interpôs recurso especial²¹ (e concomitante recurso extraordinário, posteriormente prejudicado), apreciado após provimento de agravo de instrumento (art. 544 do CPC). A violação apontada indicava os arts. 1º, 4º, 7º, 11 e 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069/90), interpretados à luz dos arts. 194 e 227 da Constituição Federal.²² Ademais, o Ministério Público apontou a existência de destinação orçamentária suficiente à cominação judicial pretendida.²³ Em contrarrazões recursais, o Estado catarinense arguiu basicamente a generalidade das normas invocadas, as quais foram incluídas na categoria de normas *programáticas*.

O Superior Tribunal de Justiça proveu a pretensão ministerial, ordenando a retomada de trâmite da ação civil pública, sob as seguintes razões (pontuadas conforme esquema ementado do julgado):

a) O direito à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando violação a lei federal de garantia;

b) A vontade política inculpada na Constituição Federal deve ser respeitada. As normas constitucionais programáticas (intituladas de “promessas cogentes”) não podem sucumbir ao sistema infraconstitucional, relegando princípios éticos e valores constituintes;²⁴

21 Recurso autuado no STJ sob o n. REsp 577.836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ. 28.02.05.

22 Trecho do texto do recurso especial: “(...) a legislação específica e, principalmente, a nossa Constituição Federal, asseguram a proteção integral à criança e ao adolescente, sendo este o seu traço marcante, contendo preceitos suficientes para que o Ministério Público defenda, via ação civil pública, estes interesses que são tão relevantes. E, sem sombra de dúvida, nenhuma interpretação jurídica ou lei hierarquicamente inferior pode trazer restrições, de modo a negar efetividade jurídica a direitos afetos às crianças e adolescentes, garantidos constitucionalmente” (extraído do relatório do acórdão).

23 “Importante é reiterar que existia a necessária dotação orçamentária para a prestação dos serviços reclamados, em valores consideravelmente substanciais, como claramente asseverado no agravo interposto pelo Ministério Público catarinense, às fls. 163/4, razão pela qual, com o devido respeito, não se vislumbra fundamento plausível para justificar a negativa de apreciação das questões envolvidas” (*idem*).

24 “Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade” (trecho da ementa do

c) O princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado constitucionalmente, imputa dever estatal de prestação, presentes à hipótese homogeneidade e transindividualidade autorizadoras da ação civil pública;²⁵

d) A cominação judicial não implica ingerência indevida na esfera administrativa, pois a discricionariedade administrativa isenta-se da possibilidade de moderar direitos constitucionais, havendo autêntica atividade vinculada sujeita à fiscalização do Judiciário;

e) Em última análise, a regulamentação infraconstitucional (ECA) contém, por si só, normatividade suficiente à consagração efetiva da “programação” – se assim admitida – constitucional.²⁶

acórdão).

25 “(...) sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo” (*idem*).

26 “(...) tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional” (trecho da ementa do acórdão).

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

2.1 Preâmbulo

Quanto à estrutura deste segundo capítulo, importa aclarar que, inicialmente, serão apontados elementos do novo momento de valorização da atividade judiciária (uma *vocação do nosso tempo*, como denomina PICARDI), associados à ideia de uma transposição histórica tendente a aprofundar os níveis sociais de compreensão e de vindicação dos direitos. Tais considerações são relevantes porque é nesse contexto que se descortina uma via de atuação judiciária mais efetiva do que a tradicionalmente praticada (concepção liberal).

Em seguida, tomarão corpo apontamentos sobre a teoria constitutiva do marco teórico (DWORKIN), no que interessa à reflexão do trabalho. Será considerada, especialmente, a noção do direito como *integridade*, sublinhada pela relevância principiológica do modelo interpretativo assumido pela nova postura judicial democrática.

2.2 A nova atuação judicial

Assiste-se, atualmente, a uma litigiosidade latente no seio social (*litigiosidade contida*), o que frisa um momento histórico de relevante ascensão da atuação jurisdicional, uma *vocação à jurisdição* do nosso tempo (PICARDI, 2008, p. 2) – em antagonismo àquilo que já se caracterizou como tendência predominante da *legislação* (século XVIII)²⁷ –, capaz de revalorar a atividade jurisdicional, especialmente a partir da observação de novos aspectos funcionais e institucionais da magistratura.

As nações inspiradas no sistema da *common law*, não diversamente,

²⁷ Sobre a atuação judiciária liberal (*bouche de la loi*), inclusive a conduta do magistrado obedecia a determinados ditames: “(...) la sentenza non è il risultato di un ragionamento tecnico, ma la giustificazione di una decisione pratica. Non a caso i trattati di retorica contenevano un catalogo delle norme di condotta del giudice” (PICARDI, 2007, *Il giudice secondo...*, p. 1.486).

assistem à expansão da ação judicial, como “marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas” (CITTADINO, 2004, p. 105), implicando um crescente fenômeno vinculado ao dito *ativismo judicial*, aprimorado a partir da concepção jurisprudencial do direito, própria daquele sistema.

Essas mudanças, basicamente celebradas (ou impulsionadas) pela tendência hodierna à *sindicalização* dos direitos, redimensionam-se segundo elevados níveis de compreensão ideológica,²⁸ sob o ponto de vista democrático,²⁹ propondo pertinentemente um novo modelo de interação “Juiz-Estado-Sociedade”.

2.3 Transposição histórica: o indivíduo jurisdicionado

A passagem do Estado Liberal³⁰ para o Estado Social exacerbou significativamente a atividade legislativa – *inflação legislativa* (PICARDI, 2008, p. 11) –, o que sugere uma relação simbiótica entre “legislação-jurisdição” (quanto mais expandida a atividade legislativa, maior discricionariedade confere-se à carga cognitiva judicial). Tal efeito constitui um *círculo-vicioso*, cuja conclusão, por evidência lógica, implica o aumento de antinomias internas, eivando de lacunas o ordenamento. Desse modo, acentua-se sucessivamente a margem discricionária do juiz, revelando sempre novos níveis dessa simbiose.

Trata-se, assim, de incremento quantitativo do ordenamento jurídico, em detrimento valorativo da norma (aspecto qualitativo). Portanto, o Estado Social, com o afastamento da antiga noção *igualitária* do sistema codificado,³¹ ocasionou um *desvalor* da norma jurídica, incorporando à concepção de *justiça* as práticas judiciais.³²

28 “(...) toda verdadeira subversão das expectativas ideológicas é efetiva na medida em que *se traduz em mensagens que também subvertem os sistemas de expectativas retóricas. E toda subversão profunda das expectativas retóricas é também um redimensionamento das expectativas ideológicas*” (ECO, 2001, p. 87).

29 Nesse sentido, basta imaginar uma situação ilustrativa, na qual um consumidor, irritado com o atraso na fila da agência bancária, invoca o seu *status* de “cidadania” para exigir atendimento, sob ameaças de promoção de providências judiciais.

30 Mesmo com a definição de “Poder” autônomo, “durante il XIX ed il XX secolo, per lo più, in Europa si continuò a definire la magistratura come potere autonomo: il 'terzo potere'. Ma, a ben vedere, ormai era solo suggestione di una terminologia risalente” (PICARDI, 2007, p. 285).

31 O fenômeno napoleônico da “codificação” do ordenamento jurídico, inserido pelo modelo liberal francês (pós-revolucionário), difundido pela Europa continental, representa ideologicamente uma reação ao “Antigo Regime” (*Ancien Régime*), avocando o *status* de atributo geral da nova ordem jurídica (feição distributiva igualitária do Direito).

32 Por conseguinte, desvinculou-se o Poder Legislativo como figura primordial do Estado constitucional, que, à

Não obstante, tal como o excesso de elaboração de normas, também a inatividade legislativa favorece a discricionariedade do juiz, pela via *integrativa* (corretiva de lacunas) ou, ainda, pela necessidade de complementação cognitiva de elementos normativos inferiores (postos por delegação).³³

Assim, o “novo” juiz, ante o “fracasso” da norma (desvalor), assume uma novel função, mais politizada, como facilmente se exemplifica pelos nascentes elementos de aptidão judicial conciliatória, que inclusive tende a futuros aperfeiçoamentos, conforme progride a tutela das novas gerações de direitos. Tal tendência encontra apogeu naquilo que se determina como *ativismo* judicial. Pode-se apontar essa renovação do papel social do juiz, agora mais distante da anterior posição liberal *burocrática*,³⁴ por exemplo, com a imparcialidade judicial para intermediar interesses públicos e interesses privados.

Tal transposição histórica confirma-se, então, na *vocação* contemporânea para a jurisdição, como elemento enunciativo da resposta judiciária à crise de formação legislativa (intensa e fragmentária).

A escassez de *incidência eficaz* da norma, manobrando a sociedade ao desvio da conduta normativa pura, é um problema que, além de atribuir sentido novo à prestação jurisdicional, “jurisdicionaliza” toda a atividade social, ao imputar ao Judiciário credibilidade originariamente pertencente ao Legislativo, do qual decorre a “expressão normal” do direito. Desenvolve-se, hoje, uma espécie de expressão “anômala” do direito, extraída da noção de indivíduo *jurisdicionado*. Ou seja, o juiz atua, por intermédio da tutela jurisdicional, na repressão e prevenção de situações jurídicas (intensificação da atividade) desajustadas ao baixo grau de eficácia primária da norma (espontaneidade social de cumprimento), “escavando no magma do direito, estendendo ou restringindo, integrando ou corrigindo o dado normativo” (PICARDI, 2008, p. 13).

época, como afirmou Locke, recordado por COMPARATO (1986) só podia ser o Legislativo, “por duas razões principais: ele representava e encarnava a soberania popular; ele editava, nessa qualidade, as normas declaratórias dos direitos de todos”.

33 “Aliás, uma das evidências de resposta a essa 'instabilidade' é a intensificação do Direito supranacional, que, no modelo europeu contemporâneo (unificado), suscitará um novo perfil de *codificação*” (PICARDI, 2008, p. 27).

34 Sobre a “burocratização” judicial pós-revolucionária, o próprio Autor já assinalou, em artigo diverso: “Già con la rivoluzione francese – sepolti ancora viventi i grandi magistrati – la legislazione del 1790 trasformò i giudici di Francia in *salaries par l'Etat*, mutando così il *nobile officium iudicis* nella figura del giudice funzionario” (PICARDI, 2007, *La responsabilità...*, p. 287-288).

2.4 Função criativa e discricionariedade judiciais

A compreensão do poder judicial como *função* revela a existência de uma concepção contemporânea não-ortodoxa, antiformalista, adepta da noção de *criação* como elemento da atividade interpretativa judicial (*judge-made law*), preconizando a existência de colaboração judicial no aperfeiçoamento da atividade legislativa, que, a despeito de ser mais evidente na *common law*, seria aspecto atual do novo poder judicial também na *civil law* (PICARDI, 2008, p. 14).

Todavia, a *criação* do direito, hoje, não constitui “face externa” da interpretação, mas pertence à própria cognição judicial, sendo seu elemento intrínseco. Vale dizer, as diversas bases interpretativas de verificação do caso concreto encontram, no *iter* de formação da convicção judicial, a atuação de vários poderes discricionários, consolidados a partir da cognição, e não da interpretação (PICARDI, 2008, p. 17).

Assim, diante de um determinado fato da realidade jurídica, existiriam sempre várias alternativas, todas legítimas, para a aplicação do direito em concreto, cuja atuação discricionária variaria conforme a estrutura da norma.³⁵⁻³⁶

Contudo, a discricionariedade,³⁷ hoje, é um *conceito de relação*, inerente à função judiciária, ou seja, pertence a ela, e não dela decorre. Como não corresponde a um poder absoluto – ao contrário, é limitado e controlável – há uma margem apenas relativa de discricionariedade, que pertence ao aspecto democrático da função. Do contrário, haveria arbitrariedade. Portanto, a característica do poder judicial como função deixa de ser *decorrente* para adquirir conteúdo eminentemente político. A limitação da discricionariedade,³⁸ assim, revela e é revelada pelo aspecto democrático da atuação jurisdicional.

Nesse contexto, ganha fundamental relevância a noção de *direito*

35 Para tanto, basta perceber que a atuação sobre “*conceitos-válvula*, como os de algumas normas de estrutura aberta”, majorariam a discricionariedade judicial (PICARDI, 2008, p. 7).

36 Na reflexão *dworkiniana*, tal proposição desencadeará, ao revés, o conceito da *one right answer* (v. adiante).

37 “(...) potremmo caratterizzare l'espressione 'discrezionalità del giudice' come la condizione in cui si trova l'organo giudiziario qualora vengano a mancare delle segnalazioni giuridiche incontrovertibili che gli indichino una (e solo una) risposta da dare ad un caso a lui sottoposto” (RENTERÍA DÍAZ, 1996, p. 131).

38 Essa discricionariedade limitada (poder judicial nas democracias) detecta-se em duas ordens de fenômenos, quais sejam, em *conceitos-válvula* – direcionamento explícito ou implícito à equidade formativa (por exemplo, boa-fé, costumes) – e em conceitos indeterminados, relacionados à equidade integrativa (leis orientadoras de assinatura em branco). Entre ambos os fenômenos, há uma distinção entre equidade formativa (axiológica), que se socorre de valores retirados da própria ordem social, e equidade integrativa (valores reenviados), fundada em uma sistematização de valores retirados do próprio ordenamento jurídico.

vivente: a sentença insere-se no contexto geral do ordenamento (continuidade do direito), não exaurindo *per se* os efeitos a ela inerentes. Ou seja, o *direito vivente* deve ser entendido como consequência da argumentação da norma, transferindo-se à propriedade funcional também de *norma* (juiz como *law maker*), afinal, “fora da argumentação, nada é possível” (PICARDI, 2008, p. 19).

2.5 A contribuição de Ronald Dworkin

Contemporaneamente, tem-se fomentado muito o debate sobre os limites da interpretação judicial como suposta ferramenta, inclusive, de obtenção do alcance das *normas* jurídicas (enunciados conectores dos *casos* às soluções, em operação subsuntiva). A especificação (ou individualização) do sentido de tais normas conduz o juiz (investigador) às hipóteses decisórias aplicáveis *in concreto* (DWORKIN, 2000, p. 175). Contudo, a problematização dessas operações consiste na possibilidade de nenhuma solução ou de múltiplas soluções emergirem, cuja consequência inarredável recai sobre o estudo da *discricionariedade* judicial.

Nesse cenário, interessa ao presente trabalho monográfico a teoria de DWORKIN, cuja “pilastra” do pensamento jurídico (especialmente nas seguintes obras: “O império do direito”, “Uma questão de princípio” e “Levando os direitos a sério”) indica a complexidade fenomênica do direito, de modo mais articulado do que a anterior produção positivista (DWORKIN, 2003, p. 46), sob um dado básico para consideração prévia: os elementos componentes do direito são múltiplos (regras, princípios e diretrizes políticas), e apenas o controle formal não é suficiente para a verificação de sua incidência no ordenamento jurídico (DWORKIN, 2000, p. 217).³⁹

As colocações doravante expostas constituem pressupostos teóricos do pensamento *dworkiniano*, que interessarão às reflexões posteriores, no

³⁹ “O problema central da doutrina jurídica analítica diz respeito ao sentido que se deve dar às proposições de Direito. Refiro-me aos vários enunciados que os juristas fazem ao descrever o que é o Direito com relação a uma certa questão. As proposições jurídicas podem ser muito abstratas e gerais – como a de que os Estados dos Estados Unidos não podem fazer discriminações raciais na prestação de serviços básicos aos seus cidadãos –, ou relativamente concretas – como a proposição de que alguém que aceita um cheque no curso normal de uma transação, sem notar nenhum defeito no título, tem o direito de saque ante o emitente –, ou muito concretas – como a proposição de que a sra. X é responsável por danos perante o sr. Y, na quantia de \$ 1.150, porque ele escorregou em sua calçada escorregadia e quebrou a bacia. Em cada caso surge uma dificuldade. De que tratam as proposições jurídicas? O que pode torná-las verdadeiras ou falsas?” (DWORKIN, 2000, p. 218).

desenvolvimento da proposta deste trabalho.

2.5.1 Discricionariedade judicial em casos difíceis

A sujeição do juiz ao ordenamento jurídico celebra a ideia geral de que a atividade interpretativa propriamente dita, ou em sentido estrito, opera-se somente na presença de uma obscuridade no texto legal (memorando a antiga noção do brocardo *in claris non fit interpretatio*),⁴⁰ o que suscita mormente a pergunta: “o intérprete reconhece ou imputa significado à norma”? E, desses questionamentos, faz-se constantemente distinção entre “casos fáceis” (*easy cases*) e “casos difíceis” (*hard cases*),⁴¹ segundo a contenção textual da lei delimite ou não correspondência direta ao caso concreto (DWORKIN, 2000, p. 219).

Essa distinção entre “casos” reflete importante âmbito de compreensão prévia da teoria *dworkiniana*, que, ao defender a tese da *one right answer thesis*,⁴² reelaborou a teoria do direito *hartiana* (HART, 2002, p. 101), atribuindo ao positivismo jurídico a existência de suposições teóricas das seguintes espécies: a) há “casos difíceis”, aos quais se vinculam formulações vagas e lacunosas; b) para os *hard cases* não existem soluções unívocas, pois, para tais casos, o direito não prevê uma resposta correta (*right answer*); c) as respostas aos “casos difíceis” não são talhadas da *referência* positivada, mas em sua *órbita*, ou seja, os *hard cases* demandam discricionariedade judicial, cuja atuação, por sua vez, cria um *novo* direito (processo reelaborativo); d) o juiz, para solucionar um “caso difícil”, deve perseguir solução que assegure o bem-estar coletivo (DWORKIN, 2000, p. 175-216).

Conforme já prenunciado, a teoria *dworkiniana* repara o problema daquelas suposições teóricas – e, conseqüentemente, da *discricionariedade* judicial – com a proposição da *one right answer thesis* (solução única). Para o deslinde da atuação judicial, a *discricionariedade* denota casos de aplicação discernida do direito

40 O preceito está codificado, inclusive, no Código Civil Italiano de 1942: “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”.

41 Na verdade, “o termo *hard cases*, utilizado por Dworkin, é sinônimo de lacuna da lei, utilizado pelos positivistas e por Herbert Hart” (DMITRUK, 2007, p. 148).

42 “A tese da única 'resposta correta' é uma importante contribuição da teoria de Dworkin para a compreensão do Direito democrático” (PEDRON, 2009, p. 103).

a partir de cláusulas abertas (ou gerais), utilizados como critérios de decisão pré-determinados. Essa existência prévia do parâmetro de controle dos limites discricionários contribui, inclusive, para a vedação da arbitrariedade (ausência de parâmetros prévios), consolidando um elemento de índole democrática. Nesse sentido, a discricionariedade estaria justificada pela existência de critérios genéricos, em um sistema de *princípios* vinculantes à atuação judicial (DWORKIN, 2000, p. 106-107).

Desse modo, a teoria de DWORKIN afirma um novo *non liquet*,⁴³ firmado sobre a existência de princípios regentes à hipótese concreta, esvaziando o conceito de *lacuna* propriamente dita, pois o que há, ao revés, são apenas *hard cases* interpelativos da confirmação discricionária (discernimento principiológico). Tais elementos constituem a noção da *one right answer thesis dworkiniana*, apontada como a posição de resposta mais coerente ao momento histórico-jurídico (DWORKIN, 2000, p. 113-114).

Essa nova posição filosófica contrapõe-se à originária ideia liberal da *bouche de la loi*, erigida à categoria de dogma jurídico do século XVIII, principalmente em razão da expansão de efeitos da trilogia de poderes, ou de *freios e contrapesos* (*checks and balances*). No século sucessivo, com a atuação emblemática dos *princípios* na construção de um padrão interpretativo eminentemente democrático, a antiga posição *burocrática* do magistrado esvaziou-se em prol de uma nova percepção criativa da atividade judicial (PICARDI, 2008, p. 12).

A teoria *dworkiniana* apregoa que a decisão fundada em princípios não se imiscui na tarefa legislativa, pois não se criam “novos direitos” ou “novas obrigações”, que restam apenas reconhecidos na fundamentação principiológica permitida pela percepção discricionária do magistrado. A crítica corriqueira a essa doutrina atrela-se especialmente a uma dificuldade: a do juízo de *ponderação* entre princípios que permita operações homogêneas, seguras à opção da *one right answer*, resposta essa, para DWORKIN, fundada na necessidade de reconstrução (atuação criativa) do sistema jurídico, de acordo com os princípios, para, ao fim, chegar-se à *melhor* interpretação admissível; a própria interpretação é, em parte, uma questão de justiça (DWORKIN, 2003, p. 247).

43 “En el procedimiento formulario del Derecho Romano se le otorgaba al juez *in judicio* la posibilidad de declararse incompetente en caso de no arribar a ninguna conclusión” (RAMBALDO, 2008, p. 28).

Finalmente, a distinção entre *hard cases* e *easy cases* costuma ser alvo de múltiplas críticas, que ora apontam a sua “insuficiência” metodológica – o *hard case* é rotulado em razão de um elemento prévio de (in)compreensão (caso insolúvel)⁴⁴ –, ora delimitam a impossibilidade de o raciocínio interpretativo permitir, por si só, a definição do *hard case* com fulcro na solução interpretativa sugerida, a qual não será *una*, mas *múltipla* (espeque de respostas possíveis). Nessa linha dissuasiva, o critério distintivo *dworkiniano* seria injustificável, por atender a modelos demarcados por uma dissociação da habilidade criativa do magistrado.⁴⁵

2.5.2 A tese da única solução correta

A tese da *única solução correta* (*one right answer thesis*) tende a responder a conceitos jurídicos *dispositivos*, ou seja, caracterizados por elementos de bivalência: tanto a “asserção positiva, de que o caso enquadra-se num contexto positivo, ou a asserção oposta, de que não se enquadra, deve ser verdadeira mesmo quando é controvertido qual delas é verdadeira” (DWORKIN, 2000, p. 176). Desse modo, a *one right answer* tende à preservação da integridade jurídica, extirpando fissuras normativas com a consolidação de um universo principiológico.⁴⁶ Como dito, a noção de conceito *dispositivo*, em DWORKIN, introduz, sucessivamente, a tese da *bivalência* (*bivalence*), à qual se dirigiriam apenas *one right answers*, sem prejuízo da possibilidade de existência de remotas situações de *no right answer*.

Tornou-se, então, célebre o denominado modelo do juiz *Hércules*, como figura-limite de interpretação judicial “sobre-humana” (EGELMANN, 2007, p.

44 Consequentemente, a teoria funda-se em interpretação esquemática, de modelo “sujeito-objeto”, fundada em “operações causais-explicativas (deducionismo) destinadas a resolver os casos simples e as ‘ponderações’ calcadas em procedimentos que hierarquizam cânones e princípios (ou postulados hermenêuticos) para solver os casos complexos” (STRECK, 2006, p. 201).

45 De certo modo, o próprio Dworkin relevou a distinção entre “casos fáceis” (naturalmente afetos às regras) e “casos difíceis” (de aplicação a princípios) ao estabelecer que o direito comporta sempre uma *escolha* entre diversas interpretações dos princípios, conforme o sopesamento dos seus valores, em relação aos casos práticos: “(...) a questão de saber se a prática satisfaz as condições de uma comunidade genuína depende do modo como se compreende a prática, e esta é uma questão interpretativa” (DWORKIN, 2003, p. 247).

46 “(...) si el juez realiza ese proceso de integración de normas, principios y valores morales, deberá hallar, concebido al derecho como práctica interpretativa, la respuesta correcta para el caso. Porque la red del derecho es una red sin fisuras, dado que los principios completan, eventualmente, las fisuras existentes” (CARCOVA, 2001, p. 13).

184), capaz de perceber o direito comunitário com total inteireza (DWORKIN, 2003, p. 294), naturalmente apto ao desvendamento da *solução* única.⁴⁷

De qualquer modo, o elemento teleológico da *one right answer* parece corresponder a um movimento de repulsa àquilo que já se denominou de formação de “pré-juízos *inautênticos*”, como vedação da arbitrariedade.⁴⁸ A hermenêutica útil, assim, não se presta a construções de devaneio interpretativo (*decisionismo*), não identificadas com o arcabouço de *valores* jurídicos da comunidade. Assim, a atuação *não-arbitrária* é eminentemente caracterizada por uma concepção interpretativa *inovadora* (criativa), que acerta a solução jurídica conforme a integração que o próprio ordenamento apresenta.⁴⁹

2.5.3 O conceito interpretativo do direito

A plataforma de reflexão *dworkiniana* surge, como cediço, de uma crítica ao juspositivismo, construindo também uma teoria destinada a responder tanto ao problema conceitual (*direito*) como ao papel contributivo da interpretação jurídica.⁵⁰ Esse esquema teórico situa o *direito* como prática social distinta das demais, justamente por seu aspecto interpretativo (DWORKIN, 2003, p. 106-108).⁵¹ Essa articulação da interpretação de uma “atividade social regulada por regras” – substancialmente revertida nas teorias semânticas – implica uma relação diversa entre *sentido* e *referência*: o significado não deriva de um núcleo dividido por propriedades ou características, mas se constrói por intermédio da prática. Ou seja, não mais o *sentido* determinaria a *referência*, mas é a *referência* que determinaria o *sentido*, cuja construção, basicamente, adviria a partir de uma série de *atos centrais*

47 Um juiz que, “capaz de producir la recta solución para el caso difícil, siempre y cuando, sea capaz también de entender al derecho como integridad e integración” (CARCOVA, 2001, p. 12).

48 A vedação da arbitrariedade, disposta entre bordas temporais, reconhece “a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição” (GADAMER, 2004, p. 393).

49 “Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa” (GADAMER, 2004, p. 358).

50 “A concepção do ordenamento como um todo exige a presença de certos princípios reguladores da atividade interpretativa” (FERRAZ JR., 1977, p. 79).

51 Segundo o autor, uma prática social contém ao menos dois elementos essenciais, quais sejam, um “conjunto de regularidade de comportamentos”, permitindo evidenciar que em dada comunidade prevalecem determinadas condutas; e um “escopo” de preservação de valores próprios (objeto-referência). Portanto, identificar dada prática social significa desvendar o sistema de valores comunitários (DWORKIN, 2003, p. 106-108).

que representassem os eventos *acertados* sob a óptica de quem quer que participasse de dada prática⁵² e que aparecessem como eventos identificados, isto é, como paradigmas ou exemplos não discutidos por essa mesma prática. Ademais, se o *conceito* representa o conteúdo “mínimo”, não exaurindo as propriedades ou as características de um fenômeno denotado por termos “funcionais”, então isso poderá ser especificado somente no nível interpretativo. Essas *concepções* forneceriam uma interpretação, diacrônica ou sincrônica, do conteúdo da prática social, isto é, seja uma interpretação geral dos valores da prática, seja a sua concretização em relação ao desenvolvimento e às diversas ocorrências da vida social (DWORKIN, 2003, p. 246-247).

A descoberta (“quais são?”) dos *conceitos* e das *concepções* do direito, segundo a teoria *dworkiniana*, emergem justamente da atividade interpretativa.⁵³ O conceito de direito seria, assim, situado no liame entre “justificação da coerção” e o “esquema de direitos e responsabilidades”: mais precisamente, a finalidade principal e mais abstrata da praxe jurídica consiste em guiar ou vincular o *poder de governo*. O direito insistiria no fato de que a força não deve ser utilizada ou negada, senão segundo a medida do *consentimento* ou da *necessidade* de uso dos direitos individuais derivados de decisões políticas precedidas por circunstâncias que justifiquem a intervenção da força coletiva.

Por essa razão, o direito de uma comunidade é aquilo que se denomina de “responsabilidades que satisfaçam os requisitos imprimidos pelo modelo-tipo social complexo”, os quais permitiriam o emprego da coerção pela adequação originária do paradigma social (DWORKIN, 2003, p. 489).

52 Segundo Dworkin, na cultura ocidental, não é difícil identificar as *praxes* de natureza jurídica. Existem poderes legislativos, cortes, órgãos e entes administrativos, e as decisões proferidas por essas instituições são reportadas segundo um estilo canônico. Há também paradigmas jurídicos, proposições jurídicas, como o “Código de Trânsito”, que são considerados “verdadeiros”, ou seja, o “direito como simples questão de fato” (DWORKIN, 2003, p. 10).

53 “Para Dworkin, deve existir uma interpretação construtivista do Direito que, numa postura bem mais pragmática e na persecução de superação do paradigma positivista, deve ele ser entendido como resultado de um processo hermenêutico, onde o sentido, especialmente nos casos difíceis, é ofertado através da atividade interpretativa do juiz, que deve levar em consideração os personagens e a história” (MACEDO FILHO, 2009, p. 51).

2.5.4 O direito como integridade: parâmetros do modelo interpretativo

A partir do modelo interpretativo situado acima, baseado sobre “série de paradigmas”, decorre o aperfeiçoamento proveniente de três parâmetros *dworkinianos* de concepção da *prática jurídica*, que fornecem uma resposta a três perguntas situadas para o *conceito* jurídico (DWORKIN, 2003, p. 118):

Em primeiro lugar, interroga-se: “o suposto liame entre *direito* e *coerção* é justificado? No que consiste a pretensa finalidade de que a força pública intervenha somente *conforme* o direito e segundo as responsabilidades que derivam (atribuídas) das decisões políticas precedentes?”. Em segundo lugar, “se essa finalidade existe, é possível conhecer as suas características?”. Por fim, “qual interpretação da expressão 'derivar da' – qual é a noção de pertinência com as decisões precedentes – é a mais apropriada?” (DWORKIN, 2003, p. 112-120).

Essas três perguntas podem ser reformuladas nestes termos: a) justificativa do uso e dos limites da coerção; b) o problema dos valores vinculadores e finalísticos do direito; c) a atribuição de direitos e de responsabilidades jurídicas concretas, que sejam reconhecidas, define uma determinada *teoria da interpretação*. Às três perquirições acima, podem-se atribuir três *concepções* distintas do *direito*, quais sejam, o *convencionalismo*, o *pragmatismo* e o direito como *integridade* (DWORKIN, 2003, p. 118).

Para o *convencionalismo*, o uso e os limites das concepções justificam-se por decisões políticas precedentes; a finalidade deste vínculo se exauriria na previsibilidade e na equidade procedimental: os direitos concretos são tais como suscitados previamente por decisões explícitas precedentes (DWORKIN, 2003, p. 119). Caso tais previsões não existam – ou sejam já convencionalmente ineficazes –, os juízes devem individualizar, aos fins dos seus pronunciamentos, um fundamento de projeção futura.

Em relação ao *pragmatismo*, mormente considerado uma concepção *cética* do direito (DWORKIN, 2003, p. 119), não é válido o liame entre *decisão*

precedente e uso vinculativo da coerção; a finalidade e a interpretação do direito são ligadas à determinação de que se constitua *dever* do juiz proferir qualquer decisão que lhe pareça *melhor* para o futuro da comunidade, negando, desse modo, a existência de “direitos” jurídicos prévios em relação à prática (DWORKIN, 2003, p. 119).

Já o direito como *integridade* aceita a primeira resposta do *convencionalismo*, mas se diferencia em relação à segunda, ao sustentar que as obrigações impostas pelo direito sejam vantajosas para a sociedade não somente na dimensão de sua *previsibilidade*, mas também em sua feição garantidora de um certo grau de *igualdade* entre os cidadãos, o que imprime maior autenticidade à comunidade e justifica moralmente o exercício do poder (DWORKIN, 2003, p. 119). Em relação ao terceiro aspecto, na noção de *integridade* os direitos e as responsabilidades derivam de decisões precedentes não fundadas apenas em decisões (políticas) prévias explícitas, mas, outrossim, em decisões que resultem de imposição principiológica, como as vinculadas à moralidade (DWORKIN, 2003, p. 120).

Para a teoria *dworkiniana*, uma teoria geral do direito oferece, conseqüentemente, uma solução a um conjunto complexo de equações simultâneas, cuja inteireza deve fundar-se em uma teoria que elabore tanto os *resultados* (força) como as *bases* do direito. Para o autor, o *convencionalismo* e o *pragmatismo* fornecem respostas insatisfatórias a essas equações simultâneas, ou seja, a resposta mais justa é aquela fornecida pela ideia do *direito como integridade*,⁵⁴ como concepção jurídica ideal de uma *comunidade de princípios*.

2.5.5 Comunidade de princípios: o fundamento de integridade

A *comunidade de princípios*, projetada pela teoria de DWORKIN, caracteriza-se pelo fato de ser governada por princípios comuns e não somente por regras, implicando que os participantes (atores sociais) aceitem o fato de que os seus direitos e deveres não se exaurem em particulares decisões prévias emanadas

⁵⁴ “Dworkin pratiquera une interprétation construite sur un principe d'intégrité, considérant qu'il est possible d'imaginer les droits et devoirs juridiques comme l'ouvre d'un créateur unique, la collectivité en personne, et qu'ils sont l'expression d'une conception cohérente de la justice et de l'équité” (BOURETZ, 1995, p. 79).

das instituições políticas, mas dependem, sobretudo, do esquema de princípios que essas decisões pressupõem. Isso exige um fundamento da comunidade baseado na “reciprocidade” ou, segundo o autor, na “fraternidade”; vale dizer, à base da comunidade está a responsabilidade própria da cidadania, isto é, o respeito, por cada cidadão, aos princípios de equidade e de justiça próprios do ordenamento vigente (DWORKIN, 2003, p. 237-244).

A obediência ao direito é, assim, fundada a partir de uma ideia igualitária entre os membros comunitários, erigível somente em sociedades que ponham à sua base princípios de equidade e de justiça, estabelecendo os direitos e as responsabilidades dos cidadãos (cada indivíduo há o mesmo valor do outro). A partir da ideia de igualdade, à luz dos princípios como fundamento à força do direito, deriva a sua própria exigência de *integridade*, expressa, em termos primários, na necessidade de *coerência* entre os princípios, tanto nas decisões legislativas como nas decisões judiciais. A concepção do direito como *integridade* é, assim, a síntese da construção teórica *dworkiniana* (DWORKIN, 2003, p. 271-331).⁵⁵

2.5.6 Debate histórico (Dworkin e Hart)

A existência de um sistema legal⁵⁶ depende de algumas condições, que, basicamente, podem ser descritas sob o ponto de vista do *reconhecimento interno* pela sociedade a que se refira, como condição de validade própria do ordenamento (WACKS, 2006, p. 29). A publicação da principal obra de HART (*O conceito de direito*, edição inicial: 1961) representa um antagonismo às concepções reducionistas do *fenômeno* jurídico, pois o autor, apesar de ser considerado positivista, “não aceitará muitos dos postulados do positivismo jurídico como teoria. Por isso, talvez, DWORKIN classifique a sua teoria como um positivismo refinado” (DMITRUK, 2004, p. 74).

Assim, a construção teórica da regra de *reconhecimento*, como

⁵⁵ Dworkin evidencia como o direito contemporâneo funda-se eminentemente em princípios, não em regras, cuja distinção é, sem dúvida, um dos aspectos mais notáveis da obra *dworkiniana* (DWORKIN, 2000, p. 218-219).

⁵⁶ “Diz-se que o ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, 'sistema' equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas” (BOBBIO, 1999, p. 80).

suposto da percepção válida do ordenamento jurídico comunitário, não constitui, definitivamente, um postulado positivado.⁵⁷ E, nesse sentido, a interpretação e a aplicação do direito não podem ser resumidas a tarefas meramente *dedutivas*, efetuadas pelo juiz (HART, 2002, p. 137). Ademais, a concepção *hartiana*, concebendo o direito como *fenômeno* da prática social,⁵⁸ reconhece a sujeição jurídica a uma *textura* aberta, a qual se podem incluir hipóteses *sem “resposta”* (mas “respostas”), que demandarão do pronunciamento jurisdicional apreciação discricionária, baseada em “virtudes judiciárias” (*imparcialidade, neutralidade, etc.*). Nessas situações, a atividade do juiz⁵⁹ é *criativa* (criadora do direito), e não interpretativa.

Desse modo, a teoria *hartiana* antagoniza-se com os postulados *dworkinianos* ao deslocar, da força *interpretativa* à *criadora*, a atividade judicial em casos “abertos” (*hard cases* de DWORKIN), ou seja, admitindo, respectivamente, uma *discricionariedade* propriamente dita (dependente da prudência, da virtude judicial) e uma *ação integrativa*.⁶⁰

Na verdade, é evidente a separação metodológica entre a construção teórica de HART e DWORKIN, respectivamente, *descritiva* e *indutiva*,⁶¹ que, na mesma ordem, voltam-se a uma explicação *complexa* (institucional do direito) e uma demonstração *integrativa* (o direito como *integridade*). A orientação *dworkiniana* desenvolve-se segundo um profundo sistema de arraigamento com a *segurança jurídica*, com uma universalização da *solução* judicial.

57 A regra de reconhecimento encontra-se “acima da Constituição do país, e nela se reúnem os critérios necessários para conferir a validade de todas as outras regras. Por isso, não existe nenhuma outra regra que confira validade à regra de reconhecimento” (DMITRUK, 2004, p. 78).

58 “Hart conceives of law as a social phenomenon that can be understood only by describing the actual social practices of a community. In order for it to survive as a community, Hart argues, there need to be certain fundamental rules. He calls these the ‘minimum content of natural law’” (WACKS, 2006, p. 28).

59 Sobre o *decidir*, interessa notar a lição filosófica: “Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, pode gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-a do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação de conflito. Ao contrário, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, à medida que a exige, a partir dela ele não é eliminado, mas apenas transformado” (FERRAZ JR., 1977, p. 90).

60 Para Dworkin, ao contrário de Hart, os juízes não podem, nos casos difíceis, possuir discricionariedade para criar o direito, “porque devem aplicar os princípios vigentes no sistema jurídico” (DMITRUK, 2004, p. 86).

61 Hart “buscou construir uma teoria que oferecesse um relato explicativo e clarificador do Direito como instituição social e política complexa”, e Dworkin “reforçou o seu entendimento do Direito como atividade interpretativa, defendendo uma hermenêutica construtivista” (DMITRUK, 2004, p. 88).

2.6 Judicialização da política: o contraste de enfoques

A noção de *indivíduo jurisdicionado*, resultado da transposição histórica narrada alhures – que conta com a relevante contribuição da doutrina de PICARDI (2008) –, associa-se sobremaneira à nova atuação judicial, contraposta aos mecanismos de escape da dita *litigiosidade contida*, como consequência do baixo grau de concretização de inúmeros princípios constitucionais.

A ausência de efetivação de alguns princípios constitucionais que consubstanciam direitos sociais representa alvo de elevada insatisfação social.⁶²

Cenário de intensa discussão, a dificuldade de implemento dos direitos sociais costuma ser apontada à natureza *prestacional* desses direitos, marcadamente registrados com menor densidade normativa no texto constitucional, pois a “sua eficácia prática depende da reserva de recursos necessários à sua efetivação” (BRANCO, COELHO, MENDES, 2008, p. 260).⁶³ Nesse contexto, bastaria perceber que a implantação de um salário mínimo condizente com o preceito constitucional inviabilizaria a economia brasileira. O Constituinte de 1988 era consciente dessa limitação. A opção normativa é puramente programática.⁶⁴

Quanto a esses direitos, como direitos fundamentais a uma prestação positiva, muito se discute sobre a possibilidade de o Poder Judiciário impingir obrigação ao Estado de estabelecer os pressupostos fáticos indispensáveis à plena fruição dos direitos constitucionalmente garantidos, em razão da conhecida feição vinculativa dos direitos sociais.⁶⁵

Uma das características mais marcantes dessas pretensões (veiculadoras de direitos fundamentais enquanto direitos de índole prestacional positiva) não é a ausência de consubstanciação de um estado presente (*status quo*), mas, isto sim, a presença, no seu núcleo normativo, de um preceito de conformação

62 E, “se o Judiciário não puder atuar, esses direitos (sociais) correm o risco de ser esvaziados, tornando simbólicas as previsões constitucionais” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 59).

63 Esses direitos corresponderiam a uma espécie de abundância das cláusulas constitucionais instituidoras de direitos, como uma estipulação de norma de eficácia diferida (BRANCO, COELHO, MENDES, 2008, p. 260).

64 “Por tudo isso, é difundida a ideia de que os direitos sociais são direitos na medida da lei e que a simples previsão desses direitos na Constituição não autoriza a intervenção do Judiciário para implementá-los, uma vez que a sua concretização depende da conformação que os representantes do povo, por intermédio de decisões políticas, lhes concedem” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 59).

65 “Os direitos sociais também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (MENDES, 1999, p. 46).

futura.⁶⁶ A inversão evolutiva natural da implementação programática opera um fenômeno de *transmutação* (MENDES, 1999, p. 47), no qual posturas políticas migram a um invólucro jurídico, com o inevitável transbordamento a uma "*juridicização*" do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política" (MENDES, 1999, p. 47).

Esse ponto de tensão (direito e política) enfrenta ainda dificuldades referentes à *fonte de custeio* (DIZ, 2008, p. 169), que, antes de jurídico, constitui pressuposto lógico da efetivação dos direitos e das decisões juridicamente vinculadas, submetidos que estão à denominada *reserva do financeiramente possível*.⁶⁷

Acontece que o Poder Judiciário, hoje, provocado em razão de lesão posta sob a censura de previsões constitucionais abstratas (que veiculem especialmente direitos sociais), tende, cada vez mais, a buscar significados de textura aberta dos enunciados constitucionais, para, abandonando uma tendência anterior à passividade, permitir uma "leitura mais construtiva dos princípios e uma maior valoração e aplicação em relação às regras, o que, via de consequência, permite mais *ponderação* do que mera *subsunção*" (MACEDO FILHO, 2009, p. 50).

Essa atuação dos juízes, antes de corresponder à pró-atividade pura dos magistrados, responde a anseio simples da sociedade em ver concretizados os preceitos constitucionais. Vale dizer, o Judiciário, ante a ordem constitucional, não pode ser mero espectador da omissão do Legislativo e do Executivo. O Judiciário não poderia incorrer em omissão contrária à sua função de guardião do ordenamento.

Nesse contexto, insere-se a denominada *judicialização da política* (*judicialization of politics*), como conceito definidor de uma posição ativa do Poder Judiciário, cuja instituição, como poder constitucional que é, "só foi albergada pela Constituição porque decorrente da vontade do povo" (MACEDO FILHO, 2009, p. 48). Aliás, apenas um Poder Judiciário atuante é capaz de garantir a atuação dos demais poderes.

66 "Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação, o direito à assistência social e à previdência social dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica" (MENDES, 1999, p. 47).

67 Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas Universidades, que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à 'reserva do possível' (*Vorbehalt Möglichen*)" (MENDES, 1999, p. 47-48).

O debate da *judicialização* comporta, entre os principais estudiosos, a segmentação básica de duas correntes, uma, denominada *substancialista* (Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti), e outra, dita *procedimentalista* (Jürgen Habermas, Antoine Garapon, John Hart Ely).⁶⁸

A posição *substancialista* defende, basicamente, que o Poder Judiciário deve ser “ator e protagonista permanente nas questões sociais, não devendo assumir uma postura passiva diante da sociedade, e sim exercer o papel de guardião garantidor da efetividade constitucional” (MACEDO FILHO, 2009, p. 49),⁶⁹ por intermédio de uma interpretação concretizadora da norma constitucional.⁷⁰

Revelando nova concepção, a doutrina *substancialista* reconhece o Judiciário como *poder político*, a fim de atenuar o dogma da representatividade política *exclusiva* dos demais poderes como escopo de uma compatibilização democrática.⁷¹ Ou seja, os magistrados não detêm mandato político mas exercem função política, como suposição do *princípio republicano* (parágrafo único do art. 1º c/c o art. 2º constitucionais), decorrente do exercício vitalício do poder público (art. 2º e inc. I do art. 95 constitucionais), cuja atuação é inerente ao ambiente de integração (poderes harmônicos) previsto constitucionalmente.⁷²

Diversamente, a posição *procedimentalista* rejeita a ideia de

68 “O aspecto substancial é, segundo Torb-Jorn Vallinder, a expansão do campo de atuação dos tribunais ou juízes, operando-se a transferência de decisões da legislatura e da administração para os órgãos judiciários. Já o aspecto formal (ou procedimental) consiste na utilização de métodos de decisão que não são os próprios do Judiciário” (MACEDO FILHO, 2009, p. 49).

69 “Na trilha do que ocorrera em outros países, em que as constituições consagraram os princípios deontológicos, a Carta de 1988 levou o Judiciário a fortalecer os princípios cada vez mais na sua força jurídica, quando os aplica aos litígios que lhes são submetidos. Notadamente, houve, a partir de então, um enorme fortalecimento do Judiciário, que passou a ter ativo papel de protagonista, na medida em que, chamado a concretizar os princípios constitucionais, cada vez mais se vê diante de situações em que tem que se pronunciar sobre questões administrativas” (MACEDO FILHO, 2009, p. 50).

70 “(...) a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*)” (HESSE, 1991, p. 22).

71 A tese substancialista é bastante aceita na doutrina brasileira. “Não sufragamos a tese substancialista, porque o Judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988; por outro lado, em face da democracia delegativa que vivemos, de cunho *hobbesiano* (O'Donnell), no interior do qual o legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo, também não temos garantidos o acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição” (STRECK, 2003, p. 52).

72 São questões inseridas na ideia de um *novo constitucionalismo*, com destaque para a prevalência da força normativa da Constituição. “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem” (HESSE, 1991, p. 22).

intervenção do direito na política social, sob o argumento de que a crise entre o direito e a política consiste, na verdade, em um dualismo paradigmático entre o Estado liberal-burguês e o Estado social.⁷³ A solução proposta deve-se orientar pelo princípio *democrático-deliberativo*, “em que a ação comunicacional legitima a formação política da vontade, substituindo-se, dessa forma, o paradigma contratual pelo paradigma discursivo” (MACEDO FILHO, 2009, p. 49).⁷⁴

Em outras palavras, o *procedimentalismo*, tal como tratado por HABERMAS (1997) prega o princípio democrático deliberativo, atribuindo ao Poder Legislativo a função central do Estado Democrático de Direito. Defende, então, que o Poder Judiciário ficaria relegado às funções garantidoras dos procedimentos legislativos de formação majoritária da vontade, não havendo qualquer legitimação democrática para a judicialização da política, que representaria, em última análise, sintomas de uma “aristocracia judicial” (CAMPOS, 2009, p. 9).

De qualquer modo, mesmo se preponderasse o desenvolvimento da tese *substancialista*,⁷⁵ com o afastamento do enfoque sobre o *princípio deliberativo*, a atuação pró-ativa dos magistrados não adviria, na verdade, de acinte usurpador, mas de imputação democrática tendente a colmatar lacunas político-jurídicas que subordinam todos os poderes e, acrescente-se, quanto maior a receptividade social dessa colmatação, mais intenso será o fundamento de legitimidade da iniciativa judiciária.

73 Para Habermas (1997), o procedimentalismo deve partir da perspectiva de uma democracia deliberativa, que, visando superar os paradigmas do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, deve preocupar-se em buscar a legitimação do Estado Democrático de Direito nos pressupostos comunicativos de formação de opinião e de vontade da comunidade ideal e real de homens livres e iguais, que compreendam o direito do qual são destinatários.

74 “Os cidadãos precisam ser capazes de fazer uso efetivo de seus direitos em favor de uma conformação autônoma da própria vida” (HABERMAS, 2004, p. 382).

75 Para Dworkin (2003, p. 430) e para Cappelletti (1993, p. 43), o Judiciário não pode ser passivo ante a sociedade. Deve assumir o papel de guardião da efetividade constitucional.

3 PAPEL DEMOCRÁTICO DO JUIZ

3.1 Preâmbulo

Nesta terceira parte, o desenvolvimento do trabalho perfaz cinco subcapítulos, que, respectivamente, abordarão a instrumentalidade democrática da ação civil pública (a legítima efetividade das decisões judiciais), os limites da discricionariedade judicial, o fundamento principiológico da Constituição e o seu elemento fundativo (inspirado na teoria de DWORKIN).

Finalmente, utilizando conceitos e noções aportados pelo marco teórico (capítulo segundo), impulsionados pela moderna tendência à eficácia dos direitos, merecerá destaque o esboço de um novo cenário para a atuação judiciária, que, hoje, age sob uma significativa imputação democrática.

3.2 A ação civil pública como instrumento democrático

A realidade social, acompanhada de todas as transformações a ela inerentes, constitui elemento primário de conformação jurídica: o direito deve portar-se ativo ante os novos clamores da sociedade. A própria legitimidade da tutela judicial dependerá da aptidão jurídica à solução dos conflitos.

Diante de uma sociedade perplexa pela ausência de implementação de políticas públicas reconhecidas ostensivamente na Constituição de 1988, a tutela jurisdicional não se poderia quedar inerte. Trata-se da máxima ampliação democrática do fenômeno do *acesso à justiça*, dentro do qual a ação civil pública possui *status* privilegiado (MANCUSO, 1996, p. 19).

O acesso à justiça condiz à disposição de formas de tutela jurisdicional – com o destaque à ação civil pública – adequadas para a vindicação de direitos e a defesa dos interesses transindividuais característicos da sociedade contemporânea (LOUREIRO, 2004, p. 214).

A sobrepujança dos interesses coletivos (*lato sensu*) origina-se da

complexidade própria da “sociedade de massa”, com a concepção de uma nova ideia protetiva de direitos e tuteladora dos interesses, agora afastada da tradição individualista.⁷⁶ Essa nova dimensão de tutela depende, naturalmente, de um *processo* que disponha de mecanismos adequados à instrumentalização judicial da vindicação coletiva.⁷⁷

Nesse contexto, a ação civil pública constitui relevante instrumento democrático de defesa dos novos direitos constitucionais coletivos *lato sensu* – e, por assim dizer, democráticos –, também assumindo importância na construção da nova missão *judiciária*: a realização efetiva do Estado esculpido na Carta Política de 1988.

A ação civil pública tem contribuído intensamente, em especial nesse início do século XXI, para a redefinição democrática da função do magistrado (o “novo papel democrático do juiz”), com a confirmação última da legitimidade democrática das decisões judiciais, como se exporá a seguir.

3.2.1 Legitimidade das decisões judiciais

Diz-se, em termos comuns, que *legitimidade* corresponde a *reconhecimento*, como justificativa subjetiva da proveniência de determinada ação (pertinência entre *realização* e *realizador*). Por essa noção vulgar, a *legitimidade* acaba por associar-se à ideia de aceitabilidade⁷⁸ e, aplicada à atividade judicial, alberga-se no cerne da *exclusividade* de exercício do poder jurisdicional. A aceitabilidade coletiva (pública) das decisões judiciais modula-se conforme o nível de justificação da intervenção, ou seja, quanto maior a justificativa da tutela judicial, menor será a probabilidade de a decisão não ser socialmente bem aceita. A imagem institucional do Poder Judiciário, perante a sociedade, depende do estabelecimento

76 Relatando a nova preocupação da sociedade de massa, que aspira “fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuidando o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres. Nessa perspectiva, não se tem em vista os direitos subjetivos individuais das pessoas envolvidas, embora ela não os exclua” (BELINETTI, 1994, p. 125).

77 Tudo, em contraposição à tradição individualista do processo civil: “influenciado marcadamente pela singularidade da tutela jurisdicional dos romanos e pelos ideais do Estado Liberal, a máxima que orientou a elaboração de diversas leis, dentre elas, as procedimentais e, por assim ser, processual civil foi 'laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même’” (LOUREIRO, 2004, p. 195).

78 “La reconnaissance publique est donc la clé de la légitimité” (MERCANDAL, 2002, p. 277).

de bons níveis dessa interação (juiz-jurisdicionado).

O magistrado, hoje, distante da concepção liberal herdada da teoria de Montesquieu – o magistrado como elemento de ativação da “vontade” da lei⁷⁹ –, participa ativamente da concreção dos preceitos constitucionais, consubstanciados em significados de textura aberta. Essa (nova) atuação caracteriza, antes de qualquer outro elemento emulador, inegável resposta a um anseio social projetado sobre as “promessas” constitucionais (MACEDO FILHO, 2009, p. 50).

A inatividade do executor e a do legislador públicos nutrem a demanda social por tutela judiciária, que, ante provocação, não se pode quedar também inerte diante das expectativas dos cidadãos.⁸⁰ Ademais, somente um Poder Judiciário atuante e prolator de decisões efetivas pode garantir a manutenção dos demais poderes republicanos.

Os provimentos judiciais não devem apenas – na perspectiva narrada – acordar com o direito (com o qual guarda a necessária correlação de *legalidade*),⁸¹ mas devem também, em certo modo, refletir as expectativas comuns presentes no tecido social, sem desprezar o escopo geral do próprio ordenamento jurídico, cujo caráter sistêmico confere racionalidade (coerência lógica) à tutela proferida. Em outros termos, espera-se do Poder Judiciário não somente uma decisão proferida em concordância com os limites estabelecidos pela lei, mas se deseja, também, delimitar os parâmetros de efetivação do próprio ordenamento jurídico, com a instauração de uma “ponte” entre o direito e a sociedade, como uma adequação daquele a esta (RENTERÍA DIAZ, 1996, p. 141).

Essas características do exercício jurisdicional configuram feição ideológica das decisões judiciais, tendentes a evitar o isolamento da jurisdição da sociedade.⁸² A relação entre juiz e sociedade, revelada historicamente “pelo temor do juiz de se envolver demais com a sociedade e assim perder a sua independência” (DALLARI, 2002, p. 9), evoluiu, em benefício de uma imprescindível

79 “Du jugement de Dieu à l'esprit des lois, c'est à Montesquieu qu'il revient d'avoir livré l'image que devait pour longtemps décrire le rôle des juges: 'la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur' (Esprit des Lois, L. XI, chap. VI)” (BOURETZ, 1995, p. 73).

80 “(...) não é só fruto de ativismo judicial, mas sim, e principalmente, da esperança da sociedade na concretização das promessas constitucionais. O ativismo judicial, que hoje é realidade, não nasceu e não significa senão uma busca de proteção contra a desesperança” (MACEDO FILHO, 2009, p. 50).

81 E a legitimidade do juiz depende dos seus *julgamentos*: “peu importe alors la particularité du juge: (...) dès lors qu'il 'juge', dit le droit dans une cause qui lui est soumise, sa légitimité dépend du contenu de son jugement” (MERCANDAL, 2002, p. 278).

82 Um modelo apto a evitar “l'immobilismo, l'anacronismo, e l'isolamento dalla giurisdizione dalla società” (RENTERÍA DIAZ, 1996, p. 141).

aproximação dos problemas sociais pelo magistrado.⁸³

A sociedade não aceita mais uma posição judiciária passivista (sob pretenso argumento de neutralidade), e essa carência de aceitabilidade social confere-lhe nova forma de emanção democrática.⁸⁴ No Brasil, essa nova dimensão dos poderes do magistrado coincide com a estruturação da própria recente democracia, construída por intermédio da “recuperação dos espaços de participação da comunidade no processo da tomada das decisões judiciais” (APPIO, 2003, p. 139).

Esse incremento da “demanda por justiça” na sociedade brasileira é inerente aos novos níveis sociais de conscientização dos direitos, confirmados na Carta constitucional de 1988. Nesse contexto, “juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política” (BARROSO, 2009, p. 383).

Atualmente, é inegável a assunção de papel político pelo Poder Judiciário, como aspecto de sua ascensão institucional após 1988. Os magistrados não são eleitos, mas isso não desqualifica a natureza política da função judiciária, que, como “poder” instituído em um Estado democrático, é “exercido em nome do povo e deve contas à sociedade” (BARROSO, 2009, p. 384).⁸⁵

A complexidade social contemporânea⁸⁶ – verifica-se desde a manipulação dos canais midiáticos até o abuso de poder econômico – reforça, aliás, a legitimidade democrática do Poder Judiciário, afastando supostas acusações de “*deficit* democrático” (ausência da detenção de mandato) e de menor representatividade, em contraposição aos Poderes Executivo e Legislativo.⁸⁷

A *tendência democrática* (FERREIRA FILHO, 1977, p. 22) depende da atuação efetiva do Poder Judiciário, cujo papel é, portanto, “resguardar o processo e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso” (BARROSO, 2009, p. 384).⁸⁸

83 Nessa linha, “essa mudança de paradigma força o juiz a ser mais presente e atuante na sociedade” (ROCHA, 2002, p. 13), aproximando-o dela.

84 “O Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade” (STRECK, 2004, p. 179)

85 “Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites” (BARROSO, 2009, p. 384).

86 O fato de a democracia ter uma história duradoura é, por ironia, um contributo para a grande infinidade de problemas que assolam o *conceito político* democrático, que se tem adaptado no tempo conforme as sucessivas sociedades instituidoras.

87 Disse certa vez Sieyès: “é evidente que os deputados do clero e da nobreza não são representantes da nação; são, pois, incompetentes para votar por ela”, em sua mais celebrada obra (*Qu'est-ce que le Tiers État?*).

88 Ainda, como alerta o autor, “sem, contudo, desqualificar a sua própria atuação, exercendo preferências

Caracterizar o Poder Judiciário como deficitário de *imputação* democrática equivaleria, em comparação-limite, a uma desqualificação da democracia representativa partidária em razão da baixa *representatividade* de certos grupos sociais nos membros dos partidos políticos.⁸⁹

Portanto, a legitimidade democrática da função judicial é independente da detenção de mandato eletivo pelos magistrados, que, inseridos em um sistema de Poderes harmônicos, participam concretamente da manutenção democrática.⁹⁰

3.2.2 Parâmetros de outorga democrática da tutela judicial

Estabelecida a legitimidade da atuação judiciária, deve-se agora esclarecer de que forma a modificação (ou a influência do *sistema aberto*) do *sistema fechado* de concepção do direito de tradição romanística influencia na outorga democrática da tutela judicial.

Constitui diferença essencial na estrutura entre os direitos da família romano-germânica e o tronco jurídico da *common law* a própria noção da chamada *legal rule* (direito inglês), a que o cotejo francês denomina *règle de droit* (DAVID, 2002, p. 408). O direito inglês (*common law*) vincula-se fundamentalmente à construção jurisprudencial do direito (*cause law*), cuja *ratio decidendi* das decisões proferidas pelos tribunais participa efetivamente do processo de emanação jurídica. As razões decisórias, constitutivas do tecido jurisprudencial, integram a *regra de direito*, que, considerando-a proferida em um caso concreto, somente pode ser bem definida e interpretada consoante o conhecimento do litígio submetido. A partir desse pressuposto, pode-se observar a imprecisão da tradução francesa (*règle de droit*), o que interfere na própria compreensão da verdadeira concepção da *legal*

políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil.”(BARROSO, 2009, p. 384).

89 Embora os partidos políticos tendam à representatividade de determinados segmentos sociais, pois se pretende a realização do ideal de igualdade, em uma sociedade heterogênea os interesses imediatos dos diversos grupos reciprocamente se contrapõem (auto-exclusão), causando uma insensibilidade aos problemas sociais que mais carecem de efetivas medias governamentais.

90 Para tanto, bastaria imaginar a sorte ruínosa da “democracia” que restaria à sociedade brasileira com o enfraquecimento ou o fechamento do Poder Judiciário (observe-se, inclusive, a necessidade de atuação intensa de intervenção da Justiça Eleitoral em períodos de processo eleitoral). O fortalecimento da função judiciária no Brasil está em perfeita consonância com o incremento democrático. Poderes Judiciários frágeis e não-efetivos são necessários, apenas, em regimes autoritários.

rule inglesa (DAVID, 2002, p. 409).

O direito inglês, assim, é integrado por um *sistema aberto* de compreensão e realização das normas jurídicas. Os direitos de tradição romano-germânica, diferentemente, constituem *sistemas fechados*, conjuntos coerentes de normas aptos a resolver abstratamente toda sorte de questões categorizadas pelo ordenamento jurídico. A resolução do litígio, no sistema romanístico, depende de normas que obedeçam a uma *categorização abstrata* e da interpretação de uma regra prévia. De modo distinto, o método aberto do sistema inglês é apto a resolver individualmente as variadas questões postas, mas não alberga um sistema de regras útil à resolução de casos em quaisquer circunstâncias dadas.

Por essa razão, pode-se dizer que o método inglês não constitui técnica interpretativa de regras jurídicas prévias; representa um sistema que, partindo das *legal rules* já estabelecidas, deve descobrir a *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie (DAVID, 2002, p. 410). No direito de tradição germano-romanística, ao contrário, a função do juiz seria “a de administrar a justiça. Não é sua função formular, em termos gerais, regras que ultrapassem, pelo seu alcance, o litígio a ele submetido” (DAVID, 2002, p. 411).

Essa divisão metodológica foi sobremaneira acentuada pela doutrina positivista, especialmente rígida nas proposições formais kelsenianas. Como já assinalado alhures, a feição de rigidez, desde H. L. A. HART – embora esse autor tenha inicialmente advertido sobre os malefícios de eventual relativização do sistema hierárquico de normas –, passou a ser mitigada pela admissão de falhas internas do sistema, como para não se admitir que o “direito”, com base apenas em normas expressas (às vezes, sistematicamente bem articuladas), amparasse regras iníquas.⁹¹ HART, renunciando assim à imagem kelseniana do direito – concebido como um sistema sem falhas –, passa a defender uma “textura aberta”, irremediavelmente marcada por uma imperfeição de deslindes contornáveis judicialmente, ante a imprecisão das leis e a complexidade das situações postas (BOURETZ, 1995, p. 77).

Nesse cenário estreito, encontra-se o esforço contemporâneo em deslocar o foco da *legitimidade do juiz* da pura legalidade formal em direção a uma

91 Em interessante artigo denominado “*Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation: l'énigmatique légitimité du juge*”, salienta-se: “Hart affronte les dilemmes tragiques issus de l'expérience du XX^e siècle. Le droit peut-il contenir des règles moralement iniques pourvu qu'elles soient bien construites? Le juge doit-il appliquer la loi quelle qu'en soit la nature et défendre l'État sous toutes ses formes?” (BOURETZ, 1995, p. 77).

ideia de justiça, reforçando no positivismo moderno (especialmente, no dito *inclusivista*) a necessidade de percepção teleológica da norma (BOURETZ, 1995, p. 78).

Houve assim, na chamada postura *ativista* do magistrado dos sistemas romano-germânicos, uma sorte de *abertura* do sistema fechado, a fim de viabilizar a construção de uma ideia de justiça mais bem aceita socialmente.

Como anotado preliminarmente, DWORKIN, em oposição à noção formalista do positivismo jurídico, defende a prática de uma interpretação construída sobre um princípio de *integridade*, considerando que é possível imaginar os “direitos e deveres” jurídicos como obra de um criador único, “*la collectivité en personne, et qu'ils sont l'expression d'une conception cohérente de la justice et de l'équité*” (BOURETZ, 1995, p. 79).

Tal construção *dworkiniana* é extremamente democrática porque descaracteriza a *arbitrariedade*⁹² como desobediência a uma *regra pura*, e passa a entendê-la como dissensão de um fundamento de *integridade*.⁹³ “Para cada pessoa, há uma interpretação diferente” (DWORKIN, 1997, p. 61). O direito passa a abrir-se, assim, à vivência da diferença e da complexidade sociais, escapando da arcaica busca pela “homogeneidade” sem excluir a própria subjetividade do processo hermenêutico. Essa mudança de passo não significa anuir com decisões arbitrárias, mas, isto sim, representa a necessidade de mescla dos padrões formais (instituição homogênea) com valores institucionalizados e consagrados na prática jurídica (BITTAR, 2005, p. 326).

Os princípios passam a ser, nesse contexto de *abertura* do sistema fechado, a chave da outorga democrática das decisões judiciais, sendo “vinculativos para a atividade do juiz, além de se considerar que se constroem no embate histórico dos valores morais” (BITTAR, 2005, p. 325).

Os provimentos judiciais não devem somente – em tal prospectiva – acordar com o direito (e nisto consiste o seu caráter de legalidade), mas devem

92 “Nello specifico contesto della discrezionalità del giudice si sarebbe in presenza di arbitrio qualora egli scegliesse un'alternativa non presente nel ventaglio di scelte concesse dalle norme regolanti il caso in questione” (RENTERÍA DÍAZ, 1996, p. 132).

93 “A justiça não pode ser construída fora da linguagem. Não por outro motivo, o Direito não é visto como uma investigação, especialmente no processo, que reconstrói dados do passado, como um historiador o faria, mas sim um tipo de atitude investigativa sobre a realidade que realiza interpretações sobre fatos ocorridos e juridicamente relevantes, dentro de um contexto decisório. O Direito é, assim, considerado, em sua teoria, fato interpretativo que depende visceralmente das necessidades da prática social comunitária e institucional dos agentes de justiça” (BITTAR, 2005, p. 321).

também, em certo modo, refletir as expectativas comuns presentes no tecido social, que suportará os defeitos da respectiva declaração do direito, sem afastar o escopo geral do próprio ordenamento jurídico, aquilo que atribui o seu caráter racional (RENTERÍA DÍAZ, 1996, p. 141). Ou seja, não se deseja apenas uma decisão proferida dentro dos limites legais; quer-se delimitar a possibilidade de escolha na estipulação dos próprios limites do *ordenamento integrado*.

A atividade do magistrado constituirá “ponte” entre o direito e a sociedade, como uma verdadeira adequação entre aquele e esta.⁹⁴ No direito, compreendido como atitude interpretativa, “o juiz está vinculado não somente pelo caso, mas pelo conjunto de determinações que pressionam sua decisão para decidir abrigo argumentos de princípio, mas não os de política” (BITTAR, 2005, p. 322).⁹⁵

3.3 Da desconfiança legislativa acerca da discricionariedade judicial

O jurista italiano GAETANO MARINI (1989), referindo-se ao *ativismo* judicial em matéria penal, já alertava sobre o excesso de poderes discricionários dos juízes, que se transformavam em critério arbitrário e incontrolável da possibilidade de instituir uma relação entre os objetivos vinculados à defesa social e à exigência de fundamentos de respeito à pessoa humana (MARINI, 1989, p. 307).

Consideradas as diferenças já assinaladas entre os *sistemas* de concepção do direito – com a insinuação de uma “abertura” democrática do *sistema fechado* romano-germânico –, fica fácil perceber que nos ordenamentos de filiação ao *common law* a caracterização de uma postura judicial como “ativista” é muito mais difícil, quando comparada aos sistemas romanísticos (RAMOS, 2010, p. 107). Isso evidencia que no sistema inglês há, por natureza, uma aproximação maior entre

94 “(...) la decisione del giudice non dovrà essere prodotta soltanto entro i limiti che il diritto stabilisce, ma inoltre dovrà avere la caratteristica di costituire una specie di 'ponte' tra il diritto e la società, nel senso di un adeguamento del primo alla seconda” (RENTERÍA DÍAZ, 1996, p. 141).

95 “Quando se passa a pensar a coerência do Direito como uma grande mecânica que reúne regras e princípios, a razoabilidade do Direito deixa de depender simplesmente da lógica intra-sistêmica das regras entre si (o que foi decretado pelo legislador) e passa a depender da lógica intra-sistêmica (o que as instituições reconhecem como práticas legítimas socialmente), em face da recorribilidade à história e à práxis em torno da justiça. Se a aplicação do Direito sempre depende de uma releitura do passado (...) história e interpretação andam juntas na definição e circunscrição do que seja a ideia de 'coerência' do Direito” (BITTAR, 2005, p. 325).

a atuação judicial e a atividade legislativa, quanto à produção de normas.⁹⁶ É compreensível, desse modo, a amplitude de conceituação adotada nos sistemas de *common law* para o *ativismo judicial*, que abarca desde o uso de interpretação teleológica, ou integração de lacunas, até situações, mais raras, nas quais os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, mediante a configuração de usurpação de função (RAMOS, 2010, p. 110).

Assim, na tradição anglo-saxônica o *ativismo* não assume a conotação negativa que mormente se tenta imputar à sua utilização nos ordenamentos de tradição romanística.⁹⁷

Como cediço, a teoria política milita historicamente em prol de uma postura *restritiva* do Poder Judiciário, adstrita à aplicação do direito, consoante a antiga feição liberal do processo (BOURETZ, 1995, p. 72). Nesse contexto, reduzido a uma concepção restrita ao direito positivo, “o positivismo jurídico surge com a centralização do poder na conformação do Estado moderno” (DRI, 2009, p. 119).

O surgimento e o desenvolvimento da doutrina positivista demonstraram, aliás, não poucas vezes, acentuado perfil ideológico na constituição de um fundamento de defesa de interesses particulares, ante a “bandeira” da “imparcialidade”. “Esse caráter axiológico destaca-se, em primeiro lugar, no fato de, para o positivista, o critério de justiça coincidir com o de validade” (DRI, 2009, p. 122).

O juiz, restrito à aplicação da lei – concebida idealmente⁹⁸ –, engessava-se, com a sua atuação inibida pela realização de um ideal maior (*justo*), extraído compreensivamente dos valores jurídicos amplos, incluída a indispensável prospecção social da norma.

A atuação judiciária contrária aos estritos pressupostos de validade constitui, nesse sentido, usurpação da tarefa legislativa, na qual a discricionariedade judicial não se pode imiscuir.

96 “A capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras (e não apenas nos limites do caso a decidir, em desdobramentos de textos legais ou judiciais previamente estipulados) conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se soma à possibilidade, que detêm, de dar ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado” (RAMOS, 2010, p. 108).

97 Ao contrário, o “ativismo”, nessa acepção, é elogiado como “contraposição ao 'passivismo', que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados” (RAMOS, 2010, p. 110).

98 “È contrario alla certezza affidare al giudice il compito di legiferare nel caso concreto: la confusione tra *ius ferre* e *ius dicere* è confusione del momento della fonte con il momento dell'applicazione” (NUVOLONE, 1979, p. 587).

Superada, hoje, essa “desconfiança” exagerada, a atitude *ativista* judicial enfrenta críticas tendentes a caracterizar a sua atuação (*ativa*) como extrapoladora de suposta *discricionariedade judicial*. Esse enquadramento indevido ocorre por confusão entre *discricionariedade*⁹⁹ e *ativismo*. A distinção entre ambas as noções situa-se na solução de lacunas que a *discricionariedade* confere, enquanto que o *ativismo* constrói, a partir do ordenamento jurídico, a solução do conflito. Assim, a *discricionariedade judicial* se identifica apenas com uma parcela dos casos cujas soluções poderiam ser consideradas *ativistas*. “É dizer que pode haver *ativismo* sem *discricionariedade judicial* e pode haver *discricionariedade* sem que haja *ativismo judicial*” (DANTAS, 2008, p. 49).

Algumas condições específicas são mais propícias a suscitar processos da dita *judicialização* da política, quais sejam, “o reconhecimento de direitos fundamentais em favor de minorias, o uso dos tribunais por grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição, a fragilidade dos partidos políticos” etc. (DANTAS, 2008, p. 51). O próprio regime democrático facilita o processo de *judicialização* da política (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28-29), pela conformação da atividade judicial com o próprio arcabouço constitucional de princípios.

Basta notar que o *ativismo judicial* é fenômeno mais afeto às democracias: “difícilmente um ditador iria convidar o Judiciário a compartilhar das decisões políticas ou mesmo tolerar processos que assegurem a vinculação à lei e o respeito a direitos individuais” (DANTAS, 2008, p. 52). O *ativismo judicial* está, assim, atrelado ao atual estágio de desenvolvimento dos modernos Estados sociais e à incorporação de novos valores constitucionais, “repercutindo na desneutralização do Judiciário, que precisa agir criativamente para decidir diante da vagueza e imprecisão das normas” (DANTAS, 2008, p. 52), por intermédio de argumentos de princípios clamados pela própria sociedade (direito como *integridade*).

99 “L'oggetto della discrezionalità è triplice: (i) la selezione dei fatti rilevanti; (ii) la individuazione del vantaggio di norme, di obiettivi o di valori, da riferirsi ai fatti; (iii) la scelta della regola da applicare nelle circostanze” (ALPA, 1996, p. 148).

3.4 O fundamento principiológico da Constituição

A *certeza do direito* relaciona-se, do ponto de vista racional, à própria lógica do direito, como corolário de *segurança jurídica*.¹⁰⁰ Em tempos de crise social, de insegurança institucional, espera-se que haja, como movimento natural, uma preponderância à violação daquele princípio de *certeza*, mormente quando a produção legislativa é contestada por grupos emergentes, prejudicados pela falta de representatividade política, que buscam na via judiciária um reconhecimento de força dos seus direitos (NUVOLONE, 1979, p. 596).¹⁰¹

Nesse cenário, é comum a crítica a decisões ditas *ativistas* “porque, baseadas isoladamente em princípios constitucionais, disseminariam insegurança jurídica” (FELICIANO, 2010, p. 10). Acontece que, numa reflexão à luz da teoria *dworkiniana* – que se preocupou intensamente com a distinção entre *princípios* e diretrizes políticas (*policies*)¹⁰² –, a atuação judicial criativa não invade esfera legislativa (a usurpação de competência é inadmissível), ao contrário, aperfeiçoa os sentidos normativos inseridos no ordenamento jurídico, exatamente sob a ideia de que “tanto na atividade legislativa quanto nos processos judiciais de aplicação, o que se chama de Direito nada mais é do que um produto coletivo de uma determinada sociedade em permanente (re)construção” (PEDRON, 2009, p. 105).

Para DWORKIN, os *princípios* (propriamente ditos) constituem preceitos de direitos, e, por isso, contêm uma exigência de justiça, de equanimidade ou de qualquer outra dimensão de moralidade. Já uma diretriz política (*policies*) estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente relacionado à melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, visando a uma situação considerada “desejável” (DWORKIN, 2002, p. 298).

A interpretação construtiva do direito constitui elemento central do pensamento *dworkiniano*, que abrange, assim, uma “teoria hermenêutica crítica: a

100 “Da un punto di vista storico-politico, l'esigenza della certezza del diritto è scaturita dal movimento di idee che ebbe al centro l'affrancamento del cittadino dall'arbitrio dello Stato e quindi il suo collocamento come soggetto di diritti anche di fronte allo Stato” (NUVOLONE, 1979, p. 596).

101 O mesmo autor comparou o fato a uma situação revolucionária, que, em advertência, “non può essere idealizzata come identificabile con l'attuazione della giustizia: situazione che, del resto, non può durare indefinitamente, senza portare allo sfaldamento dei cardini stessi della convivenza civile e senza legittimare, a sua volta, una lotta per il diritto da parte di chi si sente dell'arbitrio” (NUVOLONE, 1979, p. 596).

102 “Diretrizes políticas são, conforme depreendemos das palavras do autor (Dworkin), aquele tipo de *standard* que apresenta o propósito de um objetivo a ser alcançado, de uma maneira geral, uma melhoria em algum fator socioeconômico ou político da comunidade” (MELGARÉ, 2004, p. 100).

decisão de um caso produz um 'acréscimo' em uma determinada tradição” (PEDRON, 2009, p. 105). Essa participação na formação da história institucional da sociedade conduziu o Autor à comparação fenomênica com o processo literário, segundo a noção de um *romance em cadeia*, uma obra composta a mãos múltiplas, capitulada sucessivamente pela concepção dos vários escritores.¹⁰³

No cenário narrado, adquire relevância a *comunidade de princípios* (DWORKIN, 2003, p. 254), já tratada previamente, cujas ideias são condições fundamentais tanto para a metáfora do *romance em cadeia* quanto para a comparação do “juiz Hércules”, com a consideração de que “todas as relações humanas pressupõem-se como relações sociais, devendo-se compreender melhor essa forma de associação, principalmente no seu aspecto político-jurídico” (PEDRON, 2009, p. 105).

Nesse modelo comunitário de DWORKIN, os atores sociais aceitam o fato de que os seus direitos e deveres não se exaurem nas decisões emanadas exclusivamente das instituições políticas, pois a observância daqueles depende, sobretudo, do esquema de princípios pressupostos por estas instâncias. A construção do direito, sob tal óptica, funda-se a partir de uma ideia igualitária entre os membros comunitários, nos ordenamentos jurídicos que ponham à base de sua sustentação democrática a *igualdade*.

O princípio igualitário, como estabelecido na Constituição de 1988, funde-se, assim, à exigência de *integridade* (expressa, em termos primários: *coerência* entre os princípios, tanto nas decisões legislativas como nas decisões judiciárias), cujo escopo somente pode ser atingido com a manutenção de uma atividade judiciária firme na realização dos valores constitucionais. Essa postura não é invasiva da esfera política, mas traduz, ao contrário, a *assunção* política da função judicial (preservação do Estado democrático).

Os direitos e deveres políticos dessa comunidade “não estão ligados apenas às decisões particulares tomadas no passado, mas são dependentes de um sistema de princípios que essas decisões pressupõem ou endossam” (DWORKIN, 2003, p. 256).¹⁰⁴ E, nesse sentido, o juiz compartilha, como os cidadãos de modo

103 “Um grupo de romancistas compõe um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 2003, p. 277).

104 “A integridade é, então, compreendida como ideal aceito de maneira geral e, por isso, mostra como um

geral, de “uma compreensão paradigmática do direito, que lhe fornece um estoque de interpretações da prática jurídica e orientações normativas, estoque esse compartilhado por todos os membros dessa sociedade” (HABERMAS *apud* PEDRON, 2009, p. 106).

A intenção revelada pelo método interpretativo de DWORKIN habilita “o juiz a revelar, a cada decisão, novos componentes do universo ético, que deverão, gradativamente, aproximar-se da verdade” (WARDE JR., 2009, p. 286).

Essa atuação judiciária (ativa) protagoniza sobremaneira o mecanismo de realização da justiça, inclusive porque, como se sabe, “nenhuma democracia proporciona igualdade genuína de poder político” (APPIO, 2003, p. 28), e a efetiva prestação da tutela jurisdicional, fundada no princípio *isonômico* e na exigência de integridade democrática do ordenamento jurídico, não poderia contemplar apenas os jurisdicionados já bem representados em seus diversos interesses.¹⁰⁵

3.5 A distinção entre regras e princípios: o elemento fundativo

O positivismo jurídico acabou por desbordar a uma feição redutivista do ordenamento jurídico, no que, para DWORKIN, constituiu apenas “uma leitura 'simplificada' daquilo que deve ser o direito” (SCHIAVELLO, 1995, p. 161). Nas muitas versões positivistas, corresponde a característica comum, inerente a todas aquelas, considerar o direito como um conjunto de regras (*rules*), que podem ser válidas ou não conforme o respeito ou o desrespeito a um critério formal de produção das normas (SCHIAVELLO, 1995, p. 161).

Como já observado alhures, a teoria *dworkiniana* não aceita essa proposição, acrescentando que o ordenamento deve respeitar certos *standards*, que não se confundem com as regras (*rules*), quais sejam, os princípios (*principles*) e as diretrizes políticas (*policies*).¹⁰⁶

compromisso de pessoas, ainda que estas estejam em desacordo sobre a moral política” (DWORKIN, 2003, p. 256).

105 “Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere (...) devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder” (APPIO, 2003, p. 28).

106 “Para distinguir *princípios* de *regras*, Dworkin menciona o caso “Palmer”. Tratava-se de um caso de

A diferença entre “regras” e “princípios” é de caráter lógico.¹⁰⁷ Ambos os conceitos prestam-se a guiar decisões judiciais, mas atuam de maneira diferente na atividade cognitiva do magistrado. As regras funcionam conforme o célebre critério do “tudo-ou-nada” (a exemplo, regras desportivas, regulamentação de trânsito, etc.);¹⁰⁸ os princípios, diversamente, têm uma dimensão ausente nas regras, qual seja, o *peso* (elemento fundativo).¹⁰⁹⁻¹¹⁰ A dimensão principiológica revela o elemento fundativo do ordenamento jurídico.

Os princípios, acentuados que são pelo caráter *pesante*,¹¹¹ divergem das regras (destituídas de peso): “se duas regras entram em conflito, apenas uma delas fará a subsunção ao caso concreto” (PEDRON, 2009, p. 103).¹¹² Ao contrário das regras – por natureza, “excepcionáveis” –, os princípios não comportam exceções, pois são insuscetíveis de enumeração. “Os princípios, então, possuem a dimensão de importância relativa ao caso concreto, que é parte integrante do seu conceito” (PEDRON, 2009, p. 103).¹¹³

herança: o herdeiro, impaciente e temeroso de que houvesse modificação no testamento de um parente próximo, assassinou-o, acreditando na disposição legal americana que não vetava a percepção de herança nessa hipótese (homicídio do testador). A solução judicial do caso, não obstante a inexistência de regra que vetasse a percepção da herança, foi desqualificar o herdeiro, pelo princípio geral da proibição de vantagem fruída da própria malícia” (SCHIAVELLO, 1995, p. 162).

107 “Dworkin, assumindo as consequências do giro linguístico, afirma que a diferença entre princípios e regras decorre simplesmente de uma ordem lógico-argumentativa e não morfológica, como, por exemplo, defende Alexy (1998)” (PEDRON, 2009, p. 103).

108 “Os princípios, por sua vez, não transitam no disjuntivo campo do tudo ou nada” (MELGARÉ, 2004, p. 99).

109 No caso acima (“Palmer”), os juízes necessitaram recorrer a *standards* diversos das regras aplicáveis à espécie, ponderando entre a *legalidade* (ausência de norma que imputasse a desqualificação do herdeiro) e a vedação da vantagem originária da própria malícia.

110 Para alguns autores, a distinção de Dworkin já era contemplada como expressão de um “positivismo jurídico mais radical, que, ao menos implicitamente, aceitava a distinção entre *rules* e *principles*” (PINTORE, 1982, p. 17). “A aludida distinção entre princípios e regras, nos moldes propostos por Dworkin, atinge um dos postulados nucleares do positivismo jurídico: a tese segundo a qual há uma regra de reconhecimento, que determina estruturalmente os sistemas jurídicos modernos” (MELGARÉ, 2004, p. 101). Contudo, a distinção *dworkiniana* tem outra força, mais *pesante*: no positivismo jurídico mais radical – aquele que faz a referida distinção –, a ponderação recai sobre princípios, com a escolha do princípio mais *pesante* ao caso, para a respectiva escolha da norma aplicável, sem sacrifício do princípio em questão. Essa compreensão induz a regras preenchidas de conteúdo pelos próprios princípios (PASTORE, 1985, p. 27). O pensamento crítico de Dworkin acaba por considerar o conteúdo das regras como mera via instrumental de previsão principiológica (uma justificação para a incidência do princípio). Uma interpretação semelhante não se presta à compreensão da tese do *Taking Rights* (SCHIAVELLO, 1995, p. 166).

111 Como assinala GUASTINI, “nei paesi di diritto codificato, i principi sono espressamente presi in considerazione dal legislatore; una costituzione viene promulgata, principalmente, per fissare i principi fondamentali di un particolare ordinamento giuridico e, quindi, in tale caso, i principi si trovano ad essere anche regole, in quanto possono essere passati al vaglio di un 'pedigree' formale, cioè dello stesso 'pedigree' formale che permette di stabilire se la legge sulla velocità massima sia o meno una legge valida” (GUASTINI, 1990, p. 121).

112 “A decisão de saber qual delas será aplicada e qual delas será abandonada deve ser feita recorrendo-se às considerações que estão além das próprias regras” (PEDRON, 2009, p. 103).

113 “La verità è che la distinzione *dworkiniana* tra regole e principi porta con sé due importanti conseguenze che sono sottolineate da più parti: la sussidiarietà dei principi rispetto alle regole e l'assoluta fungibilità del contenuto di queste ultime” (SCHIAVELLO, 1995, p. 168).

A função da teoria dos princípios, em DWORKIN,¹¹⁴ é essencial para discutir a “coerência e narratividade, na construção da razoabilidade a justiça, como, também, determinante para circunscrever os limites entre a esfera da política e a esfera da juridicidade” (BITTAR, 2005, p. 328). Os “direitos devem ser levados a sério” (*Taking Rights Seriously*), o que não significa, ante um caso difícil (*hard case*), negar a devida tutela ao jurisdicionado, nem o obriga a agir como membro do Poder Legislativo.

O direito se concretiza na medida da justa *conformação* da solução ao caso concreto. O magistrado¹¹⁵ deve extrair, de cada norma, alcance equânime, trabalhando com *argumentos de princípios*, justamente porque, ao contrário dos de política (*policy*), não devem apenas justificar uma decisão política prévia,¹¹⁶ mas demonstrar que essa decisão (política) respeita e garante direitos específicos – cujos princípios fundam o ordenamento – de parte ou da totalidade dos membros sociais (DWORKIN, 2002, p. 129).¹¹⁷

3.6 A atuação judicial contemporânea: o paradigma da ação civil pública

A atuação judicial independente imbui, em si, a própria ideia da limitação recíproca de poderes (DALLARI, 2002, p. 7). A tradição que concebia um Poder Judiciário distante da realidade social, sob suposições de imparcialidade, não é mais aceita. O novo magistrado sabe que a sua independência funcional não depende de um equivocado “elitismo”, supostamente inerente ao cargo. O dito *ativismo* – em leitura adequada, ou seja, a que não o considera uma ilusão usurpadora – constitui premência social, ante a qual o juiz não se pode quedar inerte (STRECK, 2004, p. 179).

Essa mudança de paradigma compele o magistrado a uma atuação mais presente na sociedade (ROCHA, 2002, p. 13). O juiz é agente da vontade

114 Há críticas autorizadas que assinalam um efeito “ideológico” – *effetto del dubbio* – na distinção *dworkiniana* (BONVECCHIO, 1996, p. 227 e 230).

115 Projetado idealmente na figura do juiz “Hércules”, como já esclarecido alhures.

116 “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2002, p. 141).

117 O discurso *dworkiniano* não trabalha apenas com *argumentos políticos* que visam ao estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral (HABERMAS, 1997, p. 215).

política do povo (DALLARI, 2002, p. 7),¹¹⁸ deve-se revestir de postura participativa, inclusive no processo de criação do direito. Trata-se de ruptura com as inclinações ainda anacrônicas da *bouche de la loi*: a concepção de um ciclo de formação da norma, cuja abstração, diante da realidade sensível, apenas recebe concretude pela decisão judicial (DIZ, 2008, p. 167).

A teoria de DWORKIN compreende que o adequado funcionamento da democracia depende de uma atividade interpretativa criadora, na qual se insere a atuação judicial como mecanismo de resguardo dos princípios fundativos (acentuadamente sobre o princípio da *igualdade*).¹¹⁹

A atividade judiciária contemporânea não prejudica a coexistência de funções distintas, em relação aos poderes especializados inseridos na organização estatal. A inclusão na pauta judicial de temas de índole política é cada vez mais frequente, em razão da complexidade social advinda com a consolidação democrática no Brasil e com a abertura à tutela judicial de demandas sociais tradicionalmente reprimidas (APPIO, 2003, p. 134).¹²⁰

Uma das vias de acesso das minorias sociais brasileiras (entendam-se, “maiorias politicamente desorganizadas”),¹²¹ nos processos decisórios de índole política, é, justamente, a dita “judicialização”, principalmente por intermédio do Ministério Público, de entidades de classe ou do autor popular (APPIO, 2003, p. 135).

Essa ampliação da atividade judicial representa, exatamente, o incremento da comunidade democrática:

Numa democracia, o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos, cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente

118 “Diante do chamado neoconstitucionalismo, inegável que o Judiciário deve, de forma ativa, dinâmica e criativa, oferecer respostas às demandas crescentes de nossa complexa sociedade, viabilizando o tão almejado acesso material à Justiça” (CAMPOS, 2009, p. 9).

119 “Dworkin pretende que o seu método interpretativo habilite o juiz a revelar, a cada decisão, novos componentes do universo ético, que deverão, gradativamente, aproximar-se da verdade” (WARDE JR., 2009, p. 286).

120 “O deslocamento das questões políticas para o espaço jurídico é, ainda, um sintoma de democratização na tomada de decisões.” (APPIO, 2003, p. 134).

121 “Destaque-se, ainda, que, nos países periféricos, como é o caso do Brasil, a realidade econômica e social caracteriza-se pela assimetria na distribuição de renda, assim como pela escassez de políticas públicas verdadeiramente universalizantes. Logo, em tais países, o Poder Judiciário, embora não possa ignorar a ‘reserva do possível’, possui um compromisso maior com a sociedade no cumprimento da Constituição e, por conseguinte, na implementação de políticas públicas” (DIZ, 2008, p. 169).

destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere (...) devemos levar em conta, ao julgar, quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder (DWORKIN, 2000, p. 31).

A ação civil pública insere-se nesse novo cenário democrático (pós-1988),¹²² mediante a garantia de um instrumento protetivo de amplo alcance – na defesa dos direitos coletivos (*lato sensu*) –, apto à construção *justa* do direito (concretude dos princípios constitucionais e a consequente preservação do elemento fundativo do ordenamento jurídico).

Ante a suspeita de vício na condução política, a incidência da *reserva do possível* (fundada na efetividade prática orçamentária), que implique suposta limitação de, por exemplo, um direito social, depende de exata verificação. Apenas por intermédio dessa verificação (judiciária),¹²³ pode-se definir democraticamente a “medida em que poderá um direito constitucionalmente assegurado ser, dentro da realidade financeira do Estado, concretamente realizado” (DIZ, 2008, p. 169).¹²⁴

Costuma-se apontar que a maior dificuldade encontrada na definição do dito ativismo refere-se ao sentido profundo do “processo de escolhas” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 59). Na verdade, esse problema é apenas ilusório. Evidentemente, o ativismo não constitui instrumento avocatório do Judiciário para usurpar funções típicas dos demais poderes; constitui, isto sim, instrumento de reparação de vício no exercício dessas funções, como medida de concreção do direito e como expressão mínima de eficácia (*eficácia mínima*) dos direitos sociais (*prevalência do mínimo existencial*).¹²⁵

122 “Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes” (BARROSO, 2009, p. 383).

123 “Se o Judiciário não puder atuar, esses direitos (sociais) correm o risco de ser esvaziados, tornando simbólicas as previsões constitucionais” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 59).

124 “Se o 'ativismo judicial' não pode ser invocado pelo juiz para encobrir arbitrariedades, a 'reserva do possível' também não pode ser utilizada pela Administração para escamotear suas possibilidades materiais e frustrar a incidência de normas da Constituição” (DIZ, 2008, p. 169).

125 “Apesar de se reconhecer que esses direitos sociais dependem da existência de recursos e de decisões sobre como serão distribuídos, eles devem ser concretizados em uma eficácia mínima, como expressão de direito ao *mínimo existencial*” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 59).

A Constituição de 1988 incrementou significativamente a demanda por justiça na sociedade brasileira, em razão de alguns fatores evidentes, quais sejam, a redescoberta da cidadania, a conscientização social em relação aos direitos e, especialmente, a criação constitucional de novos direitos, mediante a introdução de novas ações e a ampliação da legitimidade ativa para a tutela de direitos transindividuais (BARROSO, 2009, p. 383).¹²⁶

Nesse cenário, a ação civil pública, que tem *status* constitucional (inc. II e III do art. 129 da Constituição Federal), insere-se como paradigma do novo acesso à justiça, não mais detido ao interesse individual, mas à concretização dos direitos, em casos de pouca efetividade (dentro do *possível*) atribuída pela gestão pública típica.¹²⁷

126 “Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política” (BARROSO, 2009, p. 383).

127 “O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso: sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil” (BARROSO, 2009, p. 384).

CONCLUSÃO

O incremento da tutela coletiva dos direitos contribui de modo significativo à expansão da chamada *discricionariedade* judicial. A ação civil pública constitui especial instrumento de ampliação do fenômeno do acesso democrático à justiça, indispensável em uma sociedade que, perplexa pela não-implementação de direitos reconhecidos ostensivamente na Constituição de 1988, frequentemente depende da tutela jurisdicional como medida de eficácia dos direitos.

Essa interação (entre a tutela coletiva e a expansão da *discricionariedade* judicial), explicada por uma nova ordem do *acesso à justiça*, fortalece a efetividade dos princípios democráticos (eficácia na sociedade) e permite a consequente assunção de um viés político na atuação jurisdicional: julgadores atentos a uma percepção criativa do direito.

Tal mudança na feição judiciária implica um *conceito de relação* (de conteúdo político), com o abandono da característica de *função decorrente* do poder judicial. A limitação da *discricionariedade* judicial, assim, revela e é revelada pelo aspecto democrático da atuação jurisdicional.

Nesse cenário, sobreleva-se a noção de *direito vivente*: o provimento judicial insere-se no contexto geral do ordenamento (continuidade do direito). Ou seja, o *direito vivente* deve ser compreendido como consequência da argumentação da norma, transferindo-se à propriedade funcional também de *norma* (juiz *law maker*).

A mencionada reflexão encontra amplo substrato na teoria de DWORKIN, cuja concepção do direito – como *integridade* – é eminentemente dialética, pois propõe a utilidade da força-motriz dos princípios ao processo de interação social do direito. Embora não expresso na teoria de DWORKIN, o autor aproxima-se à ideia de *indivíduo jurisdicionado*, observada na doutrina italiana (especialmente, em PICARDI).

O debate sobre o *ativismo judicial*, e a sua consequente expansão compreensiva, supera-se, na atualidade, com a suposição de um novo papel judicial (relevante na percepção dos direitos difusos e coletivos), de preponderante feição democrática. O modelo do direito como *integridade*, fornecido por DWORKIN, é especialmente relevante para justificar que a atividade jurisdicional em “casos

difíceis” (*hard cases*) não compreende invasão da esfera legislativa. Não há violação, mas uma integração do direito.

A nova atuação judicial corresponde a uma espécie de validação social (*compreensão*), porque o *novo* juiz, provocado pelo cidadão ou pelas instituições legitimadas (como o Ministério Público), situa-se no seio do sustentáculo jurídico democrático (integrado). Esse fenômeno constitui atividade democrática *compreensiva* (judicial-legislativa).

A legitimação da atividade judicial alhures denominada *ativista* deriva de imputação democrática. O reconhecimento dessa nova função é relevante para conduzir o magistrado a uma atuação mais presente na sociedade, com postura efetivamente participativa, sem a qual o adequado funcionamento da democracia ficaria sensivelmente prejudicado.

Nesse contexto, o fortalecimento da tutela dos direitos difusos e coletivos na apreciação de determinadas políticas públicas, representado no Brasil pela ação civil pública, não implica propriamente estabelecer mero debate sobre limites de *discricionariedade* da atuação judicial, mas constitui, isto sim, reflexo da inovação do papel social do juiz – cuja legitimidade decorre de imputação do sistema de controle democrático, para um exercício jurisdicional eficaz –, propício à preservação dos valores e garantias constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Finalmente, o sucessivo reconhecimento dessa nova *função* (independente de critérios de *discrissão*) esvaziará gradativamente a ideia de *ativismo judicial*, com a incorporação de um novo modelo de sustentação democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY**, Robert. *Derecho e razón práctica*. 2. ed. México D.F : Fontamara, 1998.
- ALPA**, Guido. *La discrezionalità del giudice : a proposito di un libro di Aharon Barak*. In: Revista de processo, v. 21, n. 81, p. 346-351, jan./mar. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- APPIO**, Eduardo. *A judicialização da política em Dworkin*. In: Sequência, Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, v. 24, n. 47, p. 81-97, dez. Florianópolis, 2003.
- BARROSO**, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009.
- BEDAQUE**, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 2001.
- BELINETTI**, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- BERMAN**, José Guilherme. *Ativismo judicial, judicialização da política e democracia = Judicial activism, judicialization of politics and democracy*. In: Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência, v. 36, n. 116, p. 209-226, dez. Porto Alegre, 2009.
- BITTAR**, Eduardo C. B. *Dworkin e a razoabilidade da justiça*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 100, p. 317-334, jan./dez. São Paulo, 2005.
- BOBBIO**, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília : Editora UnB, 1999.
- BONVECCHIO**, Claudio. *La tautologia del dubbio : riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*. In: Il Politico: rivista italiana di scienze politiche, v. 61, n. 2, p. 223-230, apr./giu. Milano : Giuffrè, 1996.
- BOURETZ**, Pierre. *Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation: l'énigmatique légitimité du juge*. In: Pouvoirs: Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, n. 74, p. 71-81. Paris, 1995.
- BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet; **COELHO**, Inocêncio Mártires; **MENDES**, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2008.
- CAMPOS**, Hadma Cristina Murta. *Ativismo judicial positivo e negativo: efeitos e limites*. In: Informativo jurídico Consulex, v. 23, n. 42, p. 8-10. Brasília, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1993.

- *Tutela dos interesses difusos*. In: Revista da AJURIS. Ano XII, n. 33, p. 169 -182. Porto Alegre, 1985.

CARCOVA, Carlos María. *Qué hacen los jueces cuando juzgan?* In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. v. 35. Porto Alegre : Síntese, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ativismo judicial e política*. In: Consulex: revista jurídica, v. 13, n. 307, p. 58-60. Brasília, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia*. In: Alceu. v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. Rio de Janeiro : Alceu, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *As Novas Funções Judiciais no Estado Moderno*. In: Revista da Ajuris, n. 37. Porto Alegre : Ajuris, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ativismo judiciário: independência do poder e fortalecimento da democracia*. In: Fórum, debates sobre justiça e cidadania / Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (Amaerj). n. 3, p. 6-9. Rio de Janeiro, 2002.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. *O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil*. In: Revista Esmafe / Escola de Magistratura Federal da 5. Região. n. 18, p. 45-60. Recife, 2008.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo : Saraiva, 2001.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; **SILVEIRA**, Gláucio Inácio da. *O ativismo judicial no direito comparado*. In: Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência. v. 35, n. 110, p. 165-185. Porto Alegre, 2008.

DMITRUK, Erika Juliana. *O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin*. In: Revista Jurídica da UniFil, ano IV. n. 4, Londrina, 2007.

DRI, Clarissa Franzoi. *Antiformalismo jurídico versus jusnaturalismo: uma releitura crítica*. In: Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência, v. 36, n. 116, p. 113-127. Porto Alegre, 2009.

- *O que é o Direito?* In: Revista Jurídica da UniFil, ano I. n. 1, Londrina, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

- *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

- *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

- *Direito, filosofia e interpretação*. In: Cadernos da Escola do Legislativo. v. 3, n. 5, p. 44-71. Belo Horizonte, 1997.

- *No Right Answer?* New York University Law Review, LIII, 1, 1978; trad. it., R. Guastini, *Non c'è soluzione corretta*, Materiali per una storia della cultura giuridica, XIII, 2, 1983.

ECO, Umberto. *A estrutura ausente: introdução à pesquisa semiológica*. Trad. Pérola de Carvalho. 7. ed. Coleção Estudos. São Paulo : Perspectiva, 2001.

EGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Ativismo judicial: para bom entendedor*. In: Jornal Trabalhista Consulex, v. 27, n. 1.311, p.10. Brasília, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo : Atlas, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. São Paulo : Convívio, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Enio Paulo Giachini. 6. ed. São Paulo : Vozes, 2004.

GUASTINI, R. *Dalle fonti alle norme*. Torino : Giappichelli, 1990.

HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I e II. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.

- *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo : Edições Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1994; trad. it. dalla Einaudi. Torino : Einaudi, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo : Método, 2004.

MACEDO FILHO, Cícero Martins de. *Ativismo judicial*. In: Revista jurídica Consulex. v. 13, n. 304, p. 48-51. Brasília, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*, 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

MARINI, Gaetano. *Della scommessa legislativa sulla discrezionalità dei giudici*. In: Rivista internazionale di filosofia del diritto, v. 66, n. 2, p. 290-314, apr./giu., 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

MELGARÉ, Plínio. *Princípios, regras e a base dos direitos: apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin*. In: Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p.97-112, jul./set., 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999.

MERCADAL, Barthelémy. *La légitimité du juge*. In: Revue Internationale de Droit Comparé., v. 54, n. 2, p. 277-291, avr./juin, 2002.

NUVOLONE, Pietro. *Discrezionalità del giudice e certezza del diritto*. In: Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, v. 1, p. 585-596. Milano : A. Giuffrè, 1979.

PASTORE, B. *I principi ritrovati – saggio su Ronald Dworkin*. Milano : Giuffrè, 1985.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Esclarecimentos sobre a tese da única "resposta correta", de Ronald Dworkin = Enlightenments of Ronald Dworkin's "one right answer" theory*. In: Revista CEJ, v. 13, n. 45, p. 102-109, abr./jun., 2009.

PICARDI, Nicola. *A vocação do nosso tempo para a jurisdição*. In: *Jurisdição e Processo*; organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

- *La responsabilità del giudice: la storia continua*. Rivista di Diritto Processuale, v. 62, n. 2, p. 283-306, mar./abr., 2007.

- *Il giudice secondo l'ideologia medioevale*. Rivista di Diritto Processuale, v. 62, n. 6, p. 1.475-1.496, nov./dez., 2007.

PINTORE, Anna. *Norme e principi: una critica a Dworkin*. Milano : Giuffrè, 1982.

RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*. In: *Cargas probatorias dinámicas*. Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. p. 25-34. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo : Saraiva, 2010.

RENTERÍA DÍAZ, Adrián. *Discrezionalità del giudice o risposta corretta?* In: *Revista de processo*. v. 21, n. 83, p. 128-164, jul./set., 1996.

ROCHA, Geiza. *Ativismo judicial: uma nova postura para um novo tempo*. In: *Fórum: debates sobre justiça e cidadania / Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (Amaerj)*, n. 3, p. 10-13, jun./jul., 2002.

SCHIAVELLO, Aldo. *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin*. In: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, v. 72, n. 1, p. 159-185, gen./mar., 1995.

SIÈYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

- *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

- *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

TATE, Neal C.; **VALLINDER**, Torbjörn (org.). *The Global Expansion of the Judicial Power*. New York : NY University, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional: superando as teses do "legislador negativo" e do ativismo de caráter jurisdicional*. In : *Direitos fundamentais e justiça*, v. 3, n. 7, p. 167-181, abr./jun., 2009.

WACKS, Raymond. *Philosophy of law: a very short introduction*. New York : Oxford, 2006.

WARDE Jr., Walfrido Jorge. *Direito e moral em Dworkin: a judicatura e o desenvolvimento do conteúdo da ética*. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 12, n. 23, p. 276-286, jan./jun., 2009.