

PROTAGONISMO JUDICIÁRIO RESPONSÁVEL*

RESPONSIBLE LEADERSHIP

Eduardo CAMBI**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Neoconstitucionalismo e crise jurídica epistemológica; 3. Neoprocessualismo e democracia; 4. Liberdade e responsabilidade de julgar; 5 O papel do Juiz Social na realização dos direitos fundamentais; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO: O texto pretende contextualizar o tema do ativismo judiciário dentro do Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.

ABSTRACT: The article intends to discuss the judicial activism in the context of the Neoconstitucionalism and the Neoprocessualism.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional, Ativismo Judiciário, Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction, Judicial Activism, Neoconstitucionalism, Neoprocessualism.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade tecnológica e de consumo transforma tudo rapidamente. O direito, por estar influenciado pela cultura, é resultado das idéias, valores e normas compartilhadas em um grupo social.

O direito contemporâneo vive uma *crise existencial*, tendo dificuldades de promover valores essenciais como a segurança e a justiça. A complexidade do mundo atual gera incertezas aos intérpretes. Surgem novas teorias que, para explicar as novidades, recorrem-se aos prefixos *pós* e *neo*, sem, contudo, haver garantia de trazerem avanços ou, ao revés, de produzirem retrocessos.¹

* Texto produzido a partir da palestra proferida no II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. Homenagem ao Professor Doutor Ovídio Araújo Baptista da Silva, realizado na UNISINOS, São Leopoldo/RS, nos dias 08 e 09 de novembro de 2010.

** Pós-Doutor em Direito Processual pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Artigo submetido em 18/03/2011. Aprovado em 06/06/2011.

¹ Cfr. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

Aliás, tais teorias não são tão recentes nem inovadoras. Na década de cinquenta do século passado, o historiador Arnold Joseph Toybee, no livro *A Study of Story*, já advertia que as transformações da modernidade apontavam para a emergência de novas formas societais, denominadas *sociedades pós-modernas*.²

Com efeito, é importante destacar que *neoconstitucionalismo* e *neoprocessualismo* não são *modismos* nem tampouco pretendem ser a panacéia para a compreensão da crise existencial do direito. Tais formulações teóricas procuram apenas sistematizar o conhecimento crítico produzido, nas últimas décadas, entorno da construção de um *método mais atual e eficiente de interpretação e aplicação do direito*.

Com isto, busca combater o *ranço* do positivismo jurídico exegético sem cair nos *voluntarismos* ou *decisionismos*, próprios do ativismo judiciário irresponsável.

Tanto os equívocos do *legalismo*, evidenciados nos regimes totalitários nazi-fascistas, quanto os do que se convencionou denominar, na Alemanha, no segundo pós-guerra, de *Jurisprudência dos Valores* e seus reflexos atuais, como o *panprincipiologismo* e o retorno ao sistema da *íntima convicção* - marcado pelas *motivações fictícias* - exigem a construção de novas teorias.

Para tanto, a doutrina jurídica deve recuperar o espaço da crítica. Não deve apenas reproduzir o texto da lei ou a orientação dos Tribunais. Mas cabe a ela refletir sobre a existência, a validade e a eficácia dos institutos jurídicos na promoção e realização dos direitos fundamentais e dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que tem como norte a Constituição Federal.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE JURÍDICA EPISTEMOLÓGICA

O *neoconstitucionalismo* tem como ponto de partida, para a construção de um método mais atual e eficiente de interpretação e compreensão do direito, o *consenso* formado, a partir da segunda metade do século XX, que a Constituição tomou o lugar dos Códigos e passou a ocupar o *centro do ordenamento jurídico*.

A Constituição brasileira de 1988 é *compromissória*, na medida em que reflete uma sociedade em contínua transformação, dividida em grupos de interesses e categorias que não possuem valores comuns. Não é, pois, capaz de exprimir um direito uniforme e seguro, tal como pretendiam os métodos do século XVIII, no qual os Códigos representavam o “mundo da segurança”, com base no qual cada indivíduo sabia o que deveria esperar dos outros indivíduos e dos poderes públicos.³

Não é demais salientar que o projeto científico-positivista (ordem, progresso, desenvolvimento, tecnologia, conforto etc.) mostrou-se frustrante⁴: i)

² Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pág. VI-VII.

³ Cfr. Carla Faralli, *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*. <http://www.cirsfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc>. Acesso em 19.10.2010.

⁴ Cfr. Eduardo Carlos Bianca Bittar. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. Pág. 362.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 – 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

a *promessa de dominação da natureza* e seu uso para benefício comum levou à exploração excessiva e despreocupada do meio ambiente, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio, à engenharia genética e à conversão do corpo humano em mercadoria; ii) a *promessa de paz perpétua*, baseada no comércio e na racionalização científica das instituições e dos processos de decisão, conduziu ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento do poder destrutivo; iii) a *promessa de uma sociedade mais justa e livre*, resultante da riqueza produzida pela força produtiva gerada pela ciência, implicou a espoliação dos países mais pobres, ampliando as desigualdades sociais e os índices de miserabilidade.

A concretização normativa e jurisprudencial da Constituição brasileira deve considerar a *crise epistemológica* da ciência moderna. Não se deve ignorar a *complexidade*, enquanto conceito transversal a diferentes disciplinas e áreas científicas. Nem deixar de considerar a velocidade com que se processam as informações, o conhecimento e os avanços tecnológicos, bem como as consequências incertas do uso e da aplicação das ciências, tudo a nos inserir em uma “sociedade de riscos”⁵.

No contexto do paradigma das incertezas e da complexidade, não é possível a construção, para o direito, de um método próprio das ciências exatas. Legisladores e juízes não são computadores nem, tampouco, filósofos! As constantes reformas legislativas, no Brasil e no mundo, têm evidenciado a incapacidade de o legislador de construir normas gerais, abstratas e universais para resolver, com razoável grau de segurança, os difíceis dilemas do mundo globalizado. A jurisprudência, mesmo dos Tribunais Superiores, não raro, é bastante contraditória. Ademais, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, como evidenciado no recente julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 630147 - ajuizado na Corte pela defesa de Joaquim Roriz contra o indeferimento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, do registro do candidato do PSC ao governo do Distrito Federal, com base na Lei Complementar 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, na véspera das últimas eleições (2010), em que não restou definido se a referida lei se aplicava ou não ao pleito em curso - pode mais atrapalhar o exercício do regime democrático do que servir para promover a cidadania e a construção de uma sociedade mais justa.

Legisladores e juízes são humanos e, portanto, falíveis. A questão é, então, a construção de técnicas capazes de maior redução dos erros e de melhor efetivação dos valores, princípios e regras constitucionais.

Contudo, deve ser antes perguntado: há uma inequívoca vontade constitucional pré-estabelecida? Há uma única resposta prévia e certa para todos os problemas jurídicos? O Supremo Tribunal Federal, ao dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, produz a *segurança objetiva* desejada pelo ordenamento jurídico?

⁵ Cfr. Boaventura de Souza Santos, Maria Paula G. Menezes e João Arriscado Nunes, Conhecimento e transformação social: por uma ecologia de saberes. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, vol. 6, jan.-jul. 2006. Pág. 14.

O historiador norte-americano Charles Beard, em 1913, ao propor uma leitura econômica do direito, já dizia que os autores da Constituição (*founding fathers*) não eram visionários desinteressados que se preocupavam em realizar uma utopia, mas proprietários de terras e de escravos, interessados na manutenção de privilégios. Do mesmo modo, os constituintes brasileiros não eram ingênuos nem filantropos, mais ruralistas, evangélicos, sindicalistas, empresários, ambientalistas etc, cada qual defendendo seu interesse.⁶

O constituinte não previu nem tinha como resolver, antecipadamente, as colisões de interesses e de direitos. Por isto, limitou-se a consagrar a propriedade privada e a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor, a exploração da atividade econômica e a proteção do meio ambiente etc.

Do mesmo modo, a legislação infraconstitucional não é expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tampouco traduz interesses objetivos, racionalmente justificáveis e generalizáveis.⁷ As leis se mostram ambíguas, ocasionais, fragmentárias, numerosas e cambiantes. Nessa seara, ao invés de promoverem estabilidade e segurança jurídica, convertem-se em instrumentos causadores de instabilidades.

A proposta de codificação do direito trazia o *germe do positivismo jurídico*. Os Códigos deveriam ser *o mais completo possível*, deixando ao intérprete a *menor liberdade possível*.⁸ Pretendia-se elaborar um direito que fosse *à prova de juízes!* Os Códigos deveriam regular, ao máximo, as situações fáticas, a fim de que nada sobrasse para os magistrados interpretar. O Código Napoleônico continha 2.281 artigos e o Código Prussiano, mais de dezessete mil. A Lei Revolucionária de 1790, resultante da Revolução Francesa, proibia o juiz de interpretar a lei e, caso tivesse dúvidas na sua exegese, deveria recorrer a uma comissão legislativa existente para tal fim.⁹

Hoje, ao contrário, os legisladores, se omitem em regulamentar a Constituição. Mais de vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cento e quarenta e dois artigos ainda não foram regulamentados.¹⁰ E o que é pior, quando legisla, os integrantes do Congresso Nacional, mais preocupados com o voto nas próximas eleições, evitam os temas polêmicos ou, mediante conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais, transferem a responsabilidade pelas opções políticas ao Judiciário.¹¹

⁶ Cfr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. Notas introdutórias para uma tentativa de análise econômica da Constituição brasileira. In: *Constituição, justiça e sociedade*. CAMBI, Eduardo et al. (orgs.). Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. Pág. 15.

⁷ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*. 8. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008. Pág. 38.

⁸ Cfr. Carla Faralli, *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*. Cit.

⁹ Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. Aproximação crítica entre as jurisprudências de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, vol. 172, jun. 2009. Item 11.

¹⁰ Cfr. <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/vidapublica/conteudo.phtml?tl=1&id=893982&tit=Lacunases-timulam-judicializacao>>. Acesso em 07.06.2009.

¹¹ Cfr. Luis Roberto Barroso. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 12, n. 96, fev.-maio/2010. https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-11-n-95-out-2009-jan-2010/menu-vertical/artigos-ed-nb0-96/artigos.2010-06-09.1628631230/. Acesso em 28.02.2010.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 – 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

Por outro lado, não é dado ao Judiciário deixar de decidir, porque diz o artigo 5º, inc. XXXV, da CF que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou de ameaça a direito. Complementa o artigo 126 do Código de Processo Civil que o juiz não se exime de sentenciar ou de despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei.

3. NEOPROCESSUALISMO E DEMOCRACIA

O direito processual deve ser um instrumento para a realização dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. O direito ao *justo processo* é uma conquista civilizatória que compreende a *dinâmica garantia dos meios e dos resultados*. Isto é, ao se assegurar o devido processo legal, busca-se a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

O *neoprocessualismo* é um método de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (art. 5º, incs. XXV e LXXVIII, CF).

Porém, o processo não é mera técnica, pois está inserido no plano da política do direito e da cultura social. A ideologia determina as funções a serem desempenhadas pelo processo. O processo civil deixou de ser a mera manifestação da autonomia e da liberdade das partes privadas. A sua publicização e a constitucionalização das garantias fundamentais fez com que se tornasse um *instrumento funcional* para a realização dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de a técnica processual ser adequada às necessidades do direito material.

O processo civil para a solução dos problemas da sociedade tecnológica e de consumo de massa não pode ser aquele concebido para a resolução de conflitos individuais. Não há espaço para o *formalismo*, ou seja, a forma não pode ser óbice para a realização dos direitos substanciais. Por exemplo, não é correta a decisão judicial que, a pretexto de não analisar uma ação civil pública que pretenda a consagração do direito fundamental à educação (construção de creches), resolva o processo sem julgamento de mérito, dizendo que o Ministério Público não preencheu a condição da ação da possibilidade jurídica do pedido. Afinal, a lei não precisa dizer, expressamente, que o Ministério Público tem esta legitimidade, quando a própria Constituição define, no artigo 127, *caput*, ser o órgão ministerial o defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹²

Tampoco é admissível que o direito processual sirva para alimentar a *litigiosidade desnecessária*, servindo de instrumento burocrático e moroso, para a solução dos problemas, sem otimizar os custosos recursos humanos necessários ao funcionamento do Poder Judiciário. Neste sentido, é absolutamente inconcebível que o Superior Tribunal de Justiça¹³ continue insistindo que as sentenças proferidas,

¹² Cfr. STJ, RE 472489 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJE-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-04 PP-00811 RTJ VOL-00205-03 PP-01413 RT v. 97, n. 878, 2008, p. 125-130 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 322-333.

¹³ Cfr. STJ, EREsp 411.529/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 24/03/2010; REsp 600.711/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 24/11/2010; AgRg no Ag 633.994/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 24/06/2010.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 – 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

em ações civis públicas, façam coisa julgada *erga omnes*, tão-somente, nos limites da competência territorial do órgão julgador que a prolatou, resistindo a declarar a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei 7.347/85. Assim, a mesma questão de direito deve ser reproduzida, inúmeras vezes, quando uma única decisão seria suficiente para gerar segurança jurídica ao maior número de pessoas. As razões de política judiciária devem estimular, na medida do possível, o surgimento de *macroprocessos*, evitando a proliferação de causas decorrentes da atuação individual.¹⁴

Não há direito ao processo justo se a decisão não é proferida em prazo razoável. O tempo é um ônus que deve ser, igualmente, distribuído entre as partes. Sem tal preocupação, o Judiciário acaba por propagar um sistema processual marcado pelo *déficit* democrático, posto que os economicamente mais vulneráveis têm menos condições financeiras de suportar o ônus do tempo do processo.¹⁵ Enfim, não pode o processo servir para prejudicar aquele que tem razão. E, mais, o abuso do direito processual contraria a boa-fé objetiva, devendo ser, rigorosamente, reprimido, para evitar, inclusive, a proliferação de recursos e a maior descredibilidade social no Poder Judiciário.

O processo civil, para ser democrático, deve ser efetivo: - só assim as promessas constitucionais, levadas ao Judiciário, deixaram de ser meras aspirações morais. A Constituição não é, meramente, simbólica. Logo, a realização do *mínimo existencial*, notadamente em países de modernidade tardia,¹⁶ como o Brasil, depende de um direito processual orientado para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

4. LIBERDADE E RESPONSABILIDADE DE JULGAR

O *neoconstitucionalismo* e o *neoprocessoalimento* trazem, como conseqüência, a *expansão da jurisdição* constitucional. A crise da democracia representativa e a necessidade de levar a sério à Constituição, especialmente em países de modernidade tardia, reclamam a revisão do princípio da separação dos poderes.

¹⁴ Cfr. STF, RE 441318, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 24-02-2006 PP-00024 EMENT VOL-02222-05 PP-00860 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 297-300 REVJMG v. 56, n. 175, 2005, p. 471-472.

¹⁵ “A importância de o Judiciário exercer as funções sem grandes custos e de forma tempestiva possui relevância. É sabido que o custo e a lentidão do processo sempre foram obstáculos ao acesso à justiça. Nem todos podem enfrentar as suas despesas e suportar a sua demora. Chegou-se a lembrar, até mesmo, que a pessoa com menor condição financeira não tem força para suportar a lentidão do processo e que normalmente não pode, sem grave dano, conviver com uma justiça morosa. A demora é proporcionalmente mais grave a quem tem menos dinheiro. Em tal condição, o Poder Judiciário apresenta um déficit de democracia. Isso quer dizer que não se pode admitir um sistema judicial com volume de trabalho desproporcional e desestímulo de racionalidade, na medida em que a falta de otimização gera ineficiência, exatamente o que se deve evitar para se ter um processo marcado pelo color da democracia” (Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. Pág. 189-190).

¹⁶ Cfr. Lênio Luiz Streck. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, out. 2002. Pág. 27-64.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 – 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

O Judiciário deve concretizar os direitos fundamentais, libertando-se do formalismo jurídico, sem cair no espaço fértil dos *voluntarismos* e *decisionismos* da Jurisprudência dos Valores.

Livre convencimento do juiz não se confunde com arbítrio judicial. Como diria Francesco Carrara, o juiz deve julgar “*segundo a razão e segundo o processo*”.¹⁷ Aliás, o artigo 131 do Código de Processo Civil afirma que o juiz “*apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos*”.

Assim, a liberdade, na apreciação das provas, não significa *ausência de regras* a que o julgador deve recorrer no momento da sua valoração. Não está autorizado a valer-se de seu *conhecimento privado*, desprezando o conteúdo dos autos, e deve indicar os motivos que levaram a formar o seu convencimento.

A função da prova está circunscrita a um contexto específico, podendo ser distinguido, para indicar o papel da motivação, um “*contexto de descoberta*” e um “*contexto de justificação*”. Logo, não importa como o juiz formou o seu convencimento, mas como é que ele motiva racionalmente a hipótese decisória considerada por ele como sendo a melhor. Nas palavras de Michele Taruffo, “*aquilo que se trata de controlar não é ‘aquilo que o juiz pensou’, mas a racionalidade das razões que ele aduz para justificar aquilo que decidiu. O controle da sua motivação não é um controle sobre a validade e os fundamentos do decision-making, mas sobre a validade e os fundamentos das razões que o juiz se serviu para tornar aceitável ‘ao exterior’ a sua decisão*”.¹⁸

A teoria da função demonstrativa da prova rejeita a idéia de que a decisão judiciária é resultado de *intuição* ou de *juízos de valores*¹⁹ não justificáveis racionalmente. Nestas hipóteses, a análise da prova, como ocorria com as Ordálias, não precisaria estar fundada em bases racionais. A decisão não precisaria ser justificada à luz de um *iter* lógico controlável externamente, sendo a motivação judicial *mera ficção*.

O rigoroso cumprimento do dever constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93. inc. IX, CF) não admite a adoção de *critérios pessoais e íntimos do julgador*.

A reconstrução dos fatos no processo deve estar amparada em *parâmetros objetivos* que possam aproximar as técnicas processuais das peculiaridades dos direitos materiais. E, assim, evitar que as decisões judiciais a pretexto de serem livres (arts. 131/CPC e 157/CPP) acabem sendo destituídas de fundamentos lógicos e racionais (*arbitrárias*).

¹⁷ Cfr. Bruno Cavallone. In difesa della veriphobia (considerazione amichevolmente polemiche su um libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di diritto processuale*, jan./fev. 2010. Pág. 12.

¹⁸ Cfr. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialettica. www.studiodocelentano.it Acesso em 30.09.2010.

¹⁹ Para Norberto Bobbio, a linguagem dos valores não podem ser reduzidas a linguagem lógica ou a linguagem descritiva, “*per provare un giudizio di valore non si può ricorrere né allá dimostrazione logica né allá verificação empirica, ma soltanto ad argomenti de carattere suggestivo, che sfuggono al dominio della lógica ed in genere alla scienza*” (Ragionamento giuridico. In: *Contributi ad un dizionario giuridico*. Turim: Giappichelli, 1994. Pág. 284).

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 – 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

Por isso, é recomendável a construção de *standards jurídicos* ou modelos de constatação, como o da *prevalência* das provas, no processo civil de natureza patrimonial, marcado pelo princípio dispositivo, e o da prova *além da dúvida razoável*, no processo penal.²⁰

Além disso, o dever constitucional de motivação das decisões judiciais deve estar amparado no *postulado da completude da motivação*,²¹ pelo qual cabe ao juiz analisar todas as provas constantes dos autos. Não deve se limitar à verificação das provas suficientes para acolher ou rejeitar o pedido, mas também as razões que levaram a rejeitar os argumentos e as provas contrárias.

De igual modo, devem ser rechaçadas as *motivações fictícias*, que são aquelas que se omitem quanto à análise das questões fáticas, suprimindo tal omissão com uma abundante motivação das questões jurídicas.²² São decisões que se valem de expressões que, sem qualquer nexo com o caso concreto, nada explicam (v.g., “*prova para condenar tem que ser robusta*”; “*a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes sexuais*”; “*a boa-fé do litigante sempre se presume*” etc).²³ Também não basta a mera *explicitação textual* dos requisitos e fundamentos legais (v.g., do art. 312 do CPP), sendo indispensável a sua concreta individualização.

A propósito, já advertia Ovídio Baptista da Silva que a extraordinária litigiosidade obriga o magistrado a padronizar suas decisões, praticando, com maior ou menor vocação para o normativismo abstrato, uma *jurisdição pausterizada*, isto é, sem compromisso com os casos concretos.²⁴

No entanto, por melhor motivada que seja a decisão judicial, haverá casos, especialmente aqueles com alta carga axiológica, em que a interpretação poderá ser divergente. O livre convencimento motivado não impede que sejam tomadas decisões diferentes para o mesmo problema jurídico.

Como *diretriz metodológica* do sistema jurídico, deve-se procurar orientações seguras que gerem estabilidade na aplicação do direito. Compete, aos Tribunais Superiores, uniformizar a interpretação das leis e da Constituição.

Após a sedimentação da jurisprudência, cabem aos juízes e Tribunais de segunda instância cumprir as orientações dos Tribunais Superiores. Caso contrário, há evidente prejuízo ao princípio da confiança jurídica, dando ensejo à aplicação desigual do direito. Aliás, nas palavras de Jeremy Bentham, mencionadas na Exposição de Motivos no Projeto do Código de Processo Civil, com o intuito de reforçar a vinculação dos juízes aos precedentes judiciais, “*os jurisdicionados não podem ser tratados ‘como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos’*”.

²⁰ Cfr. Danilo Knijnik. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²¹ Cfr. Michele Taruffo. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. Pág. 171-4.

²² Cfr. Michele Taruffo, Considerazioni su prova e motivazione. Conferência realizada em 21.06.2007, na cidade de Madrid, Espanha.

²³ Cfr. Lênio Luiz Streck, *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006. Pág. 218, nota 24.

²⁴ Cfr. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, vol. 158, abr. 2008, pág. 14.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 – 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

O Supremo Tribunal Federal tem a última palavra, mas não é, só por isto, que deva ter a razão. Isto significa que pode ser que não tenha sido obtida a melhor resposta para os problemas jurídicos.

A defesa da tese da existência de *uma única resposta correta para os problemas jurídicos* não significa que ela, necessariamente, tenha sido obtida pelo Judiciário. Em outras palavras, a *única resposta correta* é uma *possibilidade hermenêutica* a ser perseguida pelo direito,²⁵ tal como a busca da verdade e da justiça. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer outra esfera judicial, pode não ser a mais adequada constitucionalmente para o problema jurídico, mas isto não significa que ela não exista ou que, pela força da argumentação jurídica, a ser desenvolvida especialmente pela doutrina, ser obtida. Do mesmo modo, se não houvesse a necessidade de buscar a verdade ou a justiça, como se diria que tal decisão ignora a realidade dos fatos ou é injusta?²⁶

Pacificada a orientação da questão jurídica pelos Tribunais Superiores, os juízes, em respeito ao Estado *Democrático* de Direito, devem observar a jurisprudência ali pacificada. Discordar da orientação firmada, depois dela já estar consagrada, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição (v.g., art. 103-A, par. 2º, CF), é incentivar à anarquia, não a liberdade.²⁷

Nas palavras de Benjamin N. Cardozo: *“O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavalheiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve deixar extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento de justiça espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, metodizada pela analogia, disciplinada pelo sistema e subordinada ‘à necessidade primordial de ordem na vida social’”*.²⁸

Enfim, no Estado Democrático de Direito, a liberdade e a responsabilidade judicial andam juntas: - liberdade sem responsabilidade é anarquia, e responsabilidade sem liberdade é autoritarismo.²⁹

²⁵ Conforme Lênio Luiz Streck, *“a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de uma resposta coloca essa ‘escolha’ no âmbito da discricionariedade judicial, o que antitético ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir do exame de cada caso. Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (...)”* (Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 15, n. 1, jan./abril 2010, pág. 165. Disponível em www.univali.br/periódicos. Acesso em 09.09.2010). Verificar, ainda: Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Pág. 03-27.

²⁶ Cfr. Michele Taruffo. *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

²⁷ Sobre a obrigatoriedade do respeito aos precedentes judiciais, verificar: Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*. Cit.

²⁸ Cfr. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Porto Alegre: AGE, 1978. Pág. 134-5.

²⁹ Cfr. Eduardo J. Couture. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. Pág. 90.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 – 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

Em razão disto, não se contrapõe as ideias defendidas por Lênio Luiz Streck com as de Juarez Freitas, que refuta a única resposta correta, para sustentar a noção de melhor interpretação constitucional.³⁰ Pensamos que são duas perspectivas complementares, não antitéticas. Ambos fazem esforço para conciliar os pensamentos sistemático e tópico. Os princípios, por serem “normas” abertas, não podem conduzir a interpretações arbitrárias. Toda exegese deve buscar “o” melhor sentido a ser extraído do sistema constitucional. “A” interpretação correta está no sistema, devendo ser buscada pelo intérprete, cuja tarefa é dar a máxima eficácia as normas constitucionais. Todavia, tal como a verdade, a “resposta correta” nem sempre é obtida. São as razões contidas na decisão judicial que permitiram aferir a correção ou não das escolhas. Por isto, afirmar que há uma resposta correta não implica ceder a ideia de que ela é fruto de uma escolha irracional, que decorre da pura vontade do órgão judicial.

Não há espaço para a íntima convicção, pois são as *razões públicas*, presentes na motivação judicial, que cumprem o dever constitucional, de objetividade republicana, indispensável ao exercício democrático da função jurisdicional. A tarefa de julgar requer, pois, o exercício responsável da liberdade e não há liberdade responsável sem respeitar a Constituição.

Portanto, afirmar a existência de uma única resposta correta decorre da *possibilidade hermenêutica* da máxima efetivação dos direitos fundamentais. Logo, não é a admissão de qualquer resposta, nem da mais conveniente ou sequer oportuna. Não cogitar a existência hermenêutica de uma resposta capaz de concretizar, no máximo grau possível, os direitos fundamentais, a partir de critérios como o do mínimo existencial, seria possibilitar várias respostas, sem se poder dizer qual delas melhor se ajusta a dinâmica da Constituição compromissória. A melhor resposta é, destarte, a única correta, pois é aquela que a Constituição legitima; é a que deve ser implementada, pois harmoniza o conflito aparente de normas e a colisão de princípios jurídicos.

5. O PAPEL DO JUIZ SOCIAL NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como o direito não se resume à lei e como da Constituição ou das leis não se extrai um conteúdo único pré-estabelecido, até porque a Constituição brasileira é compromissória, o processo deve ser o *fórum da argumentação jurídica*, voltado a extrair do ordenamento jurídico a melhor resposta constitucional para os problemas sociais.

Mesmo quando o sistema jurídico não possui respostas claras, compete ao Judiciário levar a sério à Constituição. Em países de modernidade tardia, como o Brasil, não é satisfatório que o Judiciário deixe de efetivar os direitos fundamentais, ficando à espera da indefinida atuação do legislador. Deve o

³⁰ Cfr. Juarez Freitas. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: *Interpretação constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 317-356.

Judiciário exercer, ainda que excepcionalmente, uma *função socioterapêutica*, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais,³¹ além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social.³²

Perceba-se que tal teoria não pretende fomentar a discricionariedade judicial ou deixar que o juiz esteja completamente livre para julgar conforme a sua consciência, o que abriria espaço para os decisionismos. Princípios jurídicos não podem ser utilizados, aleatoriamente, sem nenhum critério, como se bastassem, por si só, para legitimarem a decisão judicial. Afinal, tal modelo conduziria ao *panprincipiologismo* que não deixa de ser uma modalidade mais moderna do positivismo jurídico, já que permitiria ao juízes concretizar os princípios ou erigir novos princípios como melhor entendessem.

O conceito de *juiz social* é conseqüência de uma *teoria material da Constituição* e da *legitimidade do Estado Social*, fundadas em postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.³³

O respeito da democracia, em sentido substancial, justifica o *protagonismo judicial responsável*. É importante salientar que sua utilização não implica o incentivo *decisionismos* ou *voluntarismos*, nem tampouco ao retorno à Jurisprudência dos Valores. Ao contrário, pretende-se salvaguardar a posição da jurisdição na efetivação da Constituição, tendo, para tanto, que obstruir os empecilhos contrários à realização dos direitos fundamentais.

A implementação judicial desses direitos, com especial ênfase à tutela jurisdicional do *mínimo existencial*, incluindo o controle de políticas públicas indispensáveis à sua concretização, há de respeitar o *princípio da subsidiariedade*. Isto é, cabe ao Judiciário atuar, tão-somente, como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a *atuação ou a omissão inconstitucionais*. Vale dizer, quando estas funções frustrarem a missão constitucional de levar a sério os direitos fundamentais.³⁴

O controle da atividade judicial deve ser exercido a partir do cumprimento rigoroso do dever constitucional de motivação das decisões (art. 93, inc. IX, CF). Neste âmbito, é importante sedimentar a noção da *reserva da consistência*, que exige que o Judiciário formule critérios seguros para a concretização de direitos fundamentais (em especial, quando demandem à implementação de políticas públicas). Conseqüência disto também é a necessidade de reconhecer as limitações do Poder Judiciário, a exigir sua auto-contenção, quando faltar-lhe capacidade institucional para implementar suas decisões ou quando os seus efeitos sistêmicos

³¹ Cfr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007. Pág. 406.

³² Cfr. Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 08.10.2010.

³³ Cfr. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 539-540.

³⁴ Cfr. STF - ADPC 45 - MC/DF - rel. Min. Celso de Mello - j. 29.04.2004, DJU 04.05.2004.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 83 - 97	2012
------------------	-------------	-------	------------	------

evidenciarem obstáculos orçamentários, cuja aplicação não se pode fazer imediatamente.

Por outro lado, exige-se a ampliação das técnicas capazes de promover a democracia participativa, como a admissibilidade de *amicus curiae* nos processos coletivos ou individuais repetitivos, bem como da institucionalização de audiências públicas, no curso do inquérito civil ou dos procedimentos anteriores à propositura de ações civis públicas complexas.

O *protagonismo judiciário responsável* está a serviço do Estado Democrático de Direito. Seu uso eventual deve estar amparado nas limitações indispensáveis, decorrentes da sua necessária harmonização com o princípio da separação dos poderes, para que não se recaia na indesejável *ditadura do Judiciário*.

6. CONCLUSÃO

A teorização dos limites e possibilidades do *protagonismo judiciário* – por mais equilibrada que seja – não resolve a crise jurídica, instalada especialmente no Poder Legislativo, nem supre a necessidade de reformas políticas, como bem sintetizou Luís Roberto Barroso: “*o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes*”.³⁵

Efetividade dos direitos fundamentais. Judiciário ativo e responsável. Processo justo, participativo e democrático. Eis alguns dos caminhos que a doutrina deve trilhar para o aperfeiçoamento do sistema jurídico e para a transformação da realidade com justiça social.

Penso que, desta forma, estaremos homenageando o legado teórico do Professor Ovídio Baptista da Silva, sempre combativo às indiferenças e às injustiças sociais, causadas pelo uso inadequado do processo e pelo exercício não-democrático da jurisdição.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

³⁵ Cfr. Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 27/10/2010.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 12, n. 96, fev.-maio/2010. https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-11-n-95-out-2009-jan-2010/menu-vertical/artigos-ed-nb0-96/artigos.2010-06-09.1628631230/

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. Racionamento jurídico. In: *Contributi ad um dizionario giuridico*. Turim: Giappichelli, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CARDOZO, Benjamin N.. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Porto Alegre: AGE, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia (considerazione amichevolmente polemiche su um libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di diritto processuale*, jan./fev. 2010.

COUTURE, Eduardo J.. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

FARALLI, Carla. La certezza del diritto nell'età della decodificazione. <<http://www.cirsfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: *Interpretação constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias para uma tentativa de análise econômica da Constituição brasileira. In: *Constituição, justiça e sociedade*. CAMBI, Eduardo *et al.* (orgs.). Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisprudências de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, vol. 172, jun. 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula G. Menezes; NUNES, João Arriscado. Conhecimento e transformação social: por uma ecologia de saberes. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, vol. 6, jan.-jul. 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, vol. 158, abr. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, out. 2002.

_____. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Porto Alegre: Lumen Iuris, 2006.

_____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 15, n. 1, jan./abril 2010, pág. 165. Disponível em [www. Univali.br/periodicos](http://www.Univali.br/periodicos).

_____. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialettica. www.stutidoceletano.it.

_____. Considerazioni su prova e motivazione. Conferência realizada em 21.06.2007, na cidade de Madrid, Espanha.

_____. *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

