

“PAPEL CRIADOR DO INTÉRPRETE” X ‘PAPEL CRIATIVO DO INTÉRPRETE’: DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS DO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“ROLE CREATIVE OF THE INTERPRETER” X ‘CREATIVE ROLE OF THE INTERPRETER’: TWO PARADIGMATIC CASES OF JUDICIAL ACTIVISM TO BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURTS

"PAPEL CREATIVO DEL INTÉRPRETE" X "PAPEL CREATIVO DEL INTÉRPRETE": DOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE ACTIVISMO JUDICIAL PARA LOS TRIBUNALES FEDERALES SUPREMOS DE BRASIL

Bernardo Schmidt Teixeira Penna¹

Resumo: Diante de um evidente protagonismo do Judiciário e da ampliação de seus poderes, nos deparamos eventualmente com uma deletéria conduta praticada pelos julgadores, qual seja a “invenção” do Direito conforme suas convicções pessoais. Disfarçada sob o manto do chamado ‘ativismo judicial’, essa nociva ocorrência se evidencia até mesmo nos tribunais constitucionais, que se afastam de sua premissa originária de guardar o texto constitucional e apelam para uma verdadeira “invenção” do direito, calcada em uma injustificável discricionariedade que serve para maquiagem essa criatividade indevida que configura o chamado ‘decisionismo’. Pretende o presente artigo apresentar algumas decisões do STF com essas características, bem como diferenciar o ‘papel criador’ do ‘papel criativo’ do intérprete.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Discricionariedade. Decisionismo. Invenção.

Abstract: Before a case of apparent role of the Judiciary and the expansion of its power, we eventually face a deleterious conduct practiced by the judges, which is the “invention” of law according to their personal convictions. Disguised under ‘judicial activism’, this harmful way is evident even in Constitutional Courts, which become away from their original premise of guarding the Constitution and call for a real “invention” of law, based on an

¹ Doutorando em Direito pela FADISP (2015). Mestre em Direito pela UNINCOR (2005). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá, campus Juiz de Fora (2002). Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior (2001). Advogado.

unjustifiable discretion, used to make up this improper creativity, which forms a 'self power of decision'. This article aims to present some of the decisions of the Brazilian Supreme Court, based on those same characteristics, and also differentiate 'creating role' from 'creative role' of the interpreter.

Keywords: Judicial Activism. Discretion. Self Power of Decision. Invention.

1. Introdução

Tem-se observado, diante de algumas decisões judiciais, uma verdadeira extrapolação dos poderes do julgador, muita vez disfarçado pelo chamado ativismo judicial.

Verifica-se uma nociva incursão dos magistrados a sua própria visão do que seja direito e, conseqüentemente à utilização de suas convicções pessoais e a impressão delas em suas decisões, abandonando a certeza e a segurança jurídica (entendidas como previsibilidade de resultados decisórios), transformando o ato de julgar conforme a constituição e as leis no indevido 'decisionismo'.

Pululam decisões supostamente criadoras do direito que, em verdade, são decisões apenas criativas em que os julgadores literalmente "inventam" o direito conforme seus gostos e preferências axiológicas pessoais.

O presente trabalho busca fazer a distinção entre esse aqui chamado 'papel criador', que se considera até mesmo necessário, em que o juiz constrói a norma a partir do texto normativo conforme o caso concreto, em contraposição ao também aqui denominado 'papel criativo', em que o julgador desconsidera o direito existente para inventá-lo a partir de suas convicções.

Para expor esse deletério comportamento valeu-se de duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, o Recurso Extraordinário 363889, em que se admitiu a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, e a Reclamação 4335, em que se afastou a necessidade de análise do Senado Federal de decisões em que o STF declara, via controle difuso sob a forma de uma "mutação (in)constitucional".

2. O protagonismo do judiciário

É possível fazer-se um paralelo, tanto do ponto de vista histórico quanto do ponto de vista da teoria política e jurídica, posicionando em momentos marcantes um individual protagonismo de cada Poder frente ao modelo de Estado da época. Há, como se verá, uma espécie de superioridade de um Poder com relação aos outros conforme o cenário.

No Estado Liberal, onde a Constituição significava mais uma carta política do que propriamente um diploma de onde se extraíam direitos e deveres, o protagonismo era do Legislativo, vez que a lei é que previa tais situações e comandos. Posteriormente, com a necessidade de implementação de direitos sociais por intermédio de políticas públicas, atingiu o ápice do protagonismo o Executivo, instado a dar cabo dessa demanda, estabelecendo-se o chamado Estado Social.²

Por fim, diante da dificuldade ou da ineficiência do executivo em efetivar tudo aquilo que as novas Constituições (dirigentes) prometiam, garantiam ou obrigavam, submetendo fortemente o Estado a seus comandos, o Judiciário se tornou o refúgio do cidadão desamparado por essa ineficiência e carente da prestação do Estado. Surge o Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional de Direito).

Uma espécie de sacralização do Judiciário, no entanto, pode se demonstrar deletéria. Nesse sentido afirma Daniel Sarmento que:

[...] essa obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais.³

O protagonismo judicial tem levado ainda, sob o manto da chamada discricionariedade, a decisões discutíveis sob diversos pontos de vista. Julgados arbitrários, sem a devida argumentação e “criativos” a ponto de ultrapassarem os limites de produção de direito pelo intérprete, disfarçados de ativismo judicial.

Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio, apresentando um paradigma, consignam que “é preciso, então, implicar mais o

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, cap. 1.

³ *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. 2.^a tiragem. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 84.

sujeito encarregado da interpretação e aplicação das normas nesse processo, com sua vivência do drama que tem diante de si”.⁴

Resta, portanto, alargado não só o poder do intérprete, mas também sua função em termos interpretativos e decisórios, evidenciando sua possibilidade/necessidade de associar institutos semelhantes ou complementares, sobretudo na busca da efetividade de valores constitucionais, sem se valer, no entanto, de um ato exclusivamente de vontade.

3. Ativismo judicial

A prática do ativismo judicial teve início antes mesmo de sua famosa denominação ser cunhada. Consta que ainda no século XIX, na Suprema Corte estadunidense, já afluía a criatividade judicial⁵. O termo ativismo judicial só surgiu, até um tanto por acaso, em 1947, quando em uma matéria para a revista *Fortune* o articulista Arthur Schlesinger Jr, ao se referir à postura dos juízes daquela corte frente ao New Deal, classificou os mais progressistas como “ativistas”.⁶ A partir daí a terminologia ganhou destaque e notoriedade e se consolidou. Luis Roberto Barroso informa que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a

⁴ Op. cit., p. 232.

⁵ Uma decisão judicial no caso *Marbury x Madison* fez surgir o controle de constitucionalidade norte-americano ao se declarar inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act*. O que faz com que se considere o início também do ativismo judicial em solo estadunidense, uma vez que a Constituição não conferia expressamente esse poder de revisão aos tribunais. In TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

⁶ GONET, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Em Busca de Um Conceito Fugidio: O Ativismo Judicial*. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. 2.^a tiragem. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 389.

imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁷

Georges Abboud denuncia que o termo ativismo judicial vem sendo empregado com “verdadeira poluição semântica”,⁸ tanto para indicar fenômenos diferentes quanto para justificar decisões judiciais em função apenas de seu resultado.

Ao confrontar o que a doutrina separa como bom ativismo e mau ativismo, o supracitado autor é veemente ao consignar que:

O ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como *legitimidade do sistema jurídico*, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.⁹

Se o Direito, que prevê, prescreve, estipula e obriga comportamentos não puder garantir segurança e previsibilidade das condutas, significando a decisão mais um ato de sorte do que de legalidade, baseada nas posturas pessoais do julgador, estaremos diante de uma derrota e de uma erosão de todas as conquistas constitucionais.

3.1. A incongruência do STF frente ao ativismo judicial

Campo em que se vislumbra maior presença do ativismo judicial é o dos tribunais constitucionais. Confundem-se, por vezes, a guarda da Constituição com o poder de inová-la.

Mais delicado e imprevisível ainda é a falta de uma posição precisa da corte no tocante à atitude criativa de seus integrantes. Impende, nesta senda, aduzir à imprecisão e à incongruência do Supremo Tribunal Federal quando o assunto é o ativismo. Mesmo que na prática o que se extrai é uma tendência ao

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em: 07 maio 2015.

⁸ *Discrecionariiedade Administrativa e Judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 416.

⁹ Op. cit., p. 421.

ativismo por este tribunal, colhem-se e abaixo se apresentam, excertos de votos díspares em torno da questão.

No primeiro, posição de contenção do Ministro Celso de Mello:

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.¹⁰

De outra banda, postura defensora (e reveladora) do ativismo do STF, prolatada pelo Ministro Ayres Brito, verbis:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e

¹⁰ STF. Pleno. MS/CE n. 22.690. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-97, DJ de 7-12-06, p. 36.

garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.¹¹

Ao cabo, é possível se depreender que uma falta de simetria de pensamento acerca da utilização do ativismo judicial em nossa mais alta corte, que, a rigor serve mais para disfarçar sua sanha discricionária, que redundando em demasiada insegurança jurídica, e em ilegalidade, notadamente.

Adiante se verá a exposição de dois casos em que se denota claramente que a postura ativista/discricionária/arbitrária vem se tornando a tônica das decisões do Supremo Tribunal Federal.

3.2. Ativismo judicial x judicialização da política

É imperioso se desfazer a confusão existente (ou talvez provocada) entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Mesmo que se possa afirmar que haja semelhanças entre os institutos, sua distinção é flagrante e até mesmo necessária para que se evitem deturpações capazes de criar defesas e/ou representações equivocadas de um ou de outro.

Fernando Vieira Luiz ensina que:

No ativismo há a substituição dos juízos institucionalmente (e democraticamente) estabelecidos (...) pelos juízos dos próprios magistrados. (...) A judicialização da política, por outro lado, é um fato que decorre do próprio aumento do caráter hermenêutico do direito a partir do segundo pós-guerra. (...) a jurisdição aparece como lugar último ao cidadão para a garantia de tais direitos.¹²

Lênio Streck, por seu turno, também faz importante distinção entre os dois institutos, levando em conta, sobretudo sua gênese:

[...] a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os

¹¹ STF. Pleno. ADI n. 3.510/DF. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-05-2008, DJ de 28-05-2010.

¹² LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.¹³

Evidenciando um desrespeito à própria teoria da separação dos poderes, pode-se afirmar que “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa”.¹⁴

Importa consignar ainda que a judicialização é um fato e o ativismo é um ato, o que os distingue indelevelmente. Portanto, confundir os institutos é a maneira mais fácil de deturpá-los. Torná-los elásticos pode levar ao uso indiscriminado, sob o manto da confusão.

Investir em um papel criador do direito é função do Judiciário e não significa invasão ou usurpação. Agora, exercer uma indevida criativa, do ponto de vista da invenção do direito sim. E não se pode admitir.

4. “Papel criador do intérprete” x “papel criativo do intérprete”

Feita a devida dissociação entre o ativismo judicial e a judicialização da política, cumpre notar a atitude do intérprete no ato de interpretar. “Interpretar o direito é concretar a lei em cada caso; ou seja: aplicar”.¹⁵ E ainda “sendo a interpretação, concomitantemente, aplicação do direito, deve ser entendida como produção prática do direito”.¹⁶

Mesmo que admitíssemos a possibilidade de uma eventual discricionariedade conferida ao juiz, seu espectro de criação ao transformar texto normativo em norma (produção de direito) não deve ser confundido com um processo criativo (invenção de direito), onde, muito provavelmente se refugiará a postura ativista.

Georges Abboud dispara que “o que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de

¹³ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg apud GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes: A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

¹⁶ MULLER, Friederich, op. cit.

justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião”.¹⁷ Daí é forçoso se concluir estarmos diante do ‘decisionismo’, em que há a possibilidade de se fixar decisões e as perspectivas de conteúdo dos institutos jurídicos conforme a vontade do julgador.¹⁸

Há ainda a possibilidade de se negar, inclusive, a existência de tal discricionariedade. Comentando a teoria de Dworkin, Lênio Streck consigna que, segundo aquele:

Mesmo nos casos específicos no interior dos quais os positivistas conceituais reconheciam a possibilidade de decisão discricionária, seja pela falta de uma regra clara, seja por questões de divergência interpretativa, haveria, também aqui, a necessidade de se observar que tais decisões aderem a padrões normativos obrigatórios.¹⁹

Streck prossegue anotando que o dilema do direito contemporâneo é a superação da discricionariedade judicial a partir de uma teoria da decisão, citando, por exemplo, o perigo de se igualar discricionariedade com arbitrariedade. “A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade).²⁰

E tem-se, ainda com Streck, que, para que a discricionariedade não se confunda com arbitrariedade é mister se discutir o grau de liberdade dado ao intérprete em face de uma legislação produzida democraticamente, sobretudo a Constituição.²¹

E continua:

Quando digo que a discricionariedade abre portas para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa quanto noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle conteudístico. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama de discricionariedade é um espaço de “anomia”, no qual o intérprete põe o direito.²²

¹⁷ Op. cit., p. 425-426.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 438.

¹⁹ In: *Verdade e Consenso*. 5. ed. Saraiva: 2014, p. 40.

²⁰ Id., *ibid.*, p. 43-9.

²¹ Id., *ibid.*

²² Id., *ibid.*, p. 56

Para Eros Grau “interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercida mediante a formulação de juízos de oportunidade.”²³

Jaques Derrida comenta sobre o que ele chama de julgamento inaugural, ato de interpretação reinstaurador:

O novo frescor, o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme a uma lei preexistente, mas a interpretação reinstauradora, reinventiva e livremente decisória do juiz responsável, requer que sua “justiça” não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora de seu julgamento. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei ou suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, rejustificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio.²⁴

Admite-se, portanto, um certo “papel criador do direito” pelo intérprete ao produzi-lo, sem que isso signifique que assuma a posição de instituidor de texto normativo ou “inventor” da norma. Há, necessariamente, um arrimo no ordenamento onde o intérprete deve se apoiar, deixando de lado suas próprias convicções e sua consciência.

Vale trazer a advertência de Friedrich Müller a esse respeito, nos seguintes termos: “No Estado Democrático de Direito a precisão máxima possível e a racionalidade igualitária em termos ótimos do trabalho jurídico não estão abandonados a uma opção de confiança”.²⁵

O respeito hierárquico à constituição, como norma maior, não se encontra apenas no respeito às técnicas de produção normativa, mas na necessidade de que o conteúdo da norma criada/produzida esteja de acordo com os valores presentes na própria constituição.²⁶ A decisão judicial também deve se submeter a essa análise.

²³ Id., *ibid.*, p. 89.

²⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Martins Fontes, 2007, p. 44.

²⁵ *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 13.

²⁶ PERLINGIERI, op. cit., p. 324.

A discricionariedade judicial “nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário”.²⁷

Corroborando, vê-se com Fernando Vieira Luiz que “a discricionariedade judicial reflete a maior aporia do juspositivismo. Por um lado, Constituições são formuladas, fazem-se leis, estabelecem-se critérios para a resolução dos casos e, por fim, esquece-se de tudo isso e delega-se a decisão à consciência do juiz”.²⁸

No entanto, aceitando-se ou não em certa medida a discricionariedade, é necessário prudência quando de sua aplicação já que a aceitação mesma de uma discricionariedade não pode significar um alargamento sem limites do poder do intérprete.

Medina, mesmo se utilizando do termo “criatividade” aqui combatido, consigna que:

Há, com efeito, limites à criatividade judicial. A exigência de que as determinações dos representantes do povo prevaleçam na disciplina da vida em sociedade não se coaduna com a possibilidade de os juízes decidirem com total liberdade. É que as sentenças não se legitimam quando não apresentam argumentos hábeis a demonstrar que o seu comando apóia-se em uma interpretação – mesmo que controvertida – do direito vigente.²⁹

O juiz não deve julgar conforme sua consciência e sim conforme o ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição, e sempre com fundamentos. É essa, em síntese a crítica que faz Lênio Streck. Ele afirma que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais e que, na democracia, não cabe mais dizer que entre a lei e minha consciência, opto pelo meu sentimento do justo.³⁰

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta que “a aceitação racional das decisões judiciais deve ser guiada pela qualidade dos argumentos levantados e que a chamada ‘constitucionalização’ não pode funcionar como um pretexto a

²⁷ Id., *ibid.*, p. 52.

²⁸ In: *Teoria da Decisão Judicial: Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lênio Streck*. Livraria do Advogado, 2013.

²⁹ Op. cit., p. 76-77.

³⁰ STRECK, Lênio Luis. *O que é isto: Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, *passim*.

conferir ao magistrado carta branca para decidir conforme suas convicções pessoais”.³¹

Na busca de uma teoria da decisão judicial, Atienza situa o contexto de justificação dos argumentos.³² O citado autor exemplifica, ao se referir à razão justificadora da decisão, que:

Dizer que o juiz tomou a decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma *razão explicativa*; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação de um dispositivo normativo significa enunciar uma *razão justificadora*. De modo geral os órgãos jurisdicionados ou administrativos não precisam explicar suas decisões; o que devem fazer é justificá-las.³³

Cappelletti arremata aduzindo que “o verdadeiro problema é o grau de criatividade e os modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais”.³⁴

Dworkin é categórico ao afirmar que “cada um pode ter a sua própria opinião, e a opinião do juiz não oferece mais garantias de verdade do que a de qualquer outra pessoa”.³⁵ Ademais, aplicar a lei não é uma opção do julgador, não podendo este se valer de seu próprio senso de justiça como fundamento legítimo para motivação de sua decisão.³⁶

Assim, ao intérprete é dado o poder de criação da norma extraíndo-a do texto normativo (atitude de criação/produção do direito) e não a possibilidade de exercício de criatividade, transmudando a base normativa, causando em vez da produção, a invenção do direito.

Adverte Lênio Streck que:

Construiu-se um imaginário no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde (rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei”.³⁷

³¹ Op. cit., p.16.

³² ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 3. ed. Landy: 2003, p. 22.

³³ Id., *ibid.*, p. 20.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999.

³⁵ *Levando os Direitos a Sério*. Martins Fontes, 2007, p. 431.

³⁶ ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 441.

³⁷ Op. cit., 2010, p. 30.

Vale trazer uma analogia à ideia de Hart sobre o juiz e as regras do jogo de críquete para o futebol, uma vez que aquele jogo é praticamente desconhecido por essas paragens, ao passo que o esporte bretão é verdadeira paixão por aqui.

Por mais que seja injusta, violenta ou até mesmo absurda uma falta desferida contra um atleta do outro time, que o juiz se compadeça e imagine que a punição deveria ser mais severa, se ela ocorrer no meio de campo, ele não poderá assinalar a penalidade máxima, pois essa só se dá nas faltas ocorridas dentro da área.

Afinal, as regras que devem ser aplicadas quando da interpretação do lance são as regras do jogo e não as regras do juiz.

5. Análise dos julgamentos do RE 363889 e da RCL 4335

Georges Abboud assinala dois julgados ativistas paradigmáticos em que se desvela a real postura do Supremo Tribunal Federal com relação à prática do ativismo judicial naquele sodalício, quais sejam o RE 363889 e a RCL 4335.

No Recurso Extraordinário 363889,³⁸ julgado pelo pleno do STF em 02/06/2011 admitiu-se a relativização da coisa julgada em ações de

³⁸ EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em

investigação de paternidade, sob diversos argumentos, verdadeiras acrobacias hermenêuticas, maquiando-se o evidente decisionismo.

Valeram os ministros desde a alusão ao Pacto de San José da Costa Rica (Min. Cármen Lúcia) argumentando que a falta de provas já deveria tornar mutável a coisa julgada, passando-se por uma ponderação à brasileira entre o direito fundamental à filiação e a coisa julgada (Min. Ayres Brito) ou ainda por precedente alemão sobre a verdade biológica (Min. Ricardo Lewandovsky) até a uma disparatada incoerência (Min. Luiz Fux) ao se admitir que não havia previsão legal para a relativização, mas votando a favor dela.³⁹

Ao final, o relator (Min. Dias Toffoli) chegou ao ponto de exaltar que esta decisão influenciaria o Poder Judiciário para que avançasse nesse sentido, vindo a editar texto normativo expresso. Aludindo mesmo à existência de projetos de lei acerca do tema.

É flagrante, como observa Georges Abboud⁴⁰, o desrespeito da citada decisão (extremamente ativista) ao Congresso Nacional. Mesmo reconhecendo a inexistência de lei a respeito, firmou-se posição. “Ora, se há projetos legislativos tramitando para regulamentar a rescisão de coisa julgada em hipóteses de investigação de paternidade, é justamente porque ainda inexistente autorização legal para tanto”.⁴¹

E continua incisivamente afirmando o autor:

Que o mais coerente seria afirmar-se que, para o STF, pouco importa o que fará o Legislativo, haja vista que com ou sem a aprovação do projeto de lei, o STF já se considera autorizado a julgar pela relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Esse é o cerne do ativismo judicial no Brasil, onde o próprio STF ignora a falta de regulamentação legal para se proferir a decisão judicial.⁴²

Quando da decisão sobre a Reclamação 4335, merecem destaque os posicionamentos dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. O ativismo neste

confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos (STF - RE: 363889 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011).

³⁹ ABOUD, Georges, op. cit., p. 424.

⁴⁰ Id., ibid., p. 425.

⁴¹ Id., ibid.

⁴² Id., ibid.

caso se deu de maneira ainda mais canhestra já que se efetivou uma falsa mutação constitucional, ou, como chamou Abboud “mutação constitucional à brasileira”.⁴³

Arrepiou-se a dicção do art. 52, do Texto Constitucional pátrio, significando, sobretudo, desrespeito à separação de poderes e usurpação de função. De maneira truculenta, aliás, mas disfarçada, por óbvio. Diz o dispositivo: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Assim, parece extremamente cristalino o que prevê a Constituição da República. Os limites da atuação do STF são precisos: declarar a inconstitucionalidade da lei pelo controle difuso. Após isso, compete ao Senado Federal a suspensão da execução da lei inconstitucional.

No entanto, os dignos ministros entenderam cabível uma mutação do texto constitucional, o que é expressamente proibido por essa via. Segundo Hsü Dau-Lin⁴⁴, a mutação constitucional é a contraposição produzida na Constituição escrita com a situação real.

Tal circunstância, patrocinada pelo Poder Judiciário vem a causar uma ruptura do sistema já que, como se extrai do artigo 59 de nossa Carta Magna só pode ser alterada por meio das hipóteses ali elencadas. Dentre elas não consta a decisão judicial.

Mesmo assim, os acima citados ministros, culminaram por decidir que a Resolução do Senado não mais teria o poder de suspender a execução da lei inconstitucional, apenas de conferir publicidade ao ato. Ou seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal já alcançaria isso, tornando a manifestação da Casa Alta algo meramente acessório.

Georges Abboud anota que tal trâmite vem da tradição constitucional brasileira e que:

Se o ato é *típico* do Poder Legislativo, o Poder Judiciário só pode sindicá-lo no mérito, em sede de controle abstrato [...]. A Constituição Federal não deu poderes para o STF, em sede de controle concreto, de aniquilar a lei que entende

⁴³ Id., *ibid.*, p. 426.

⁴⁴ Apud ABBOUD, *op. cit.*, p. 426-7.

inconstitucional, mas apenas o poder de, em assim reconhecendo, deixar de aplicá-la na solução da lide.⁴⁵

Clarissa Tassinari adverte que no caso acima surge um problema democrático “já que o modo como o papel do Senado Federal é tratado no âmbito do controle difuso acaba tornando-o mero órgão das decisões do Supremo Tribunal Federal”.⁴⁶

Como se vê, nesses julgados demonstra-se bem a forma como se manifesta (de maneira nociva) o ativismo judicial em nossa Corte Maior que põe em risco o próprio Direito pátrio.

6. Considerações finais

À guisa de conclusão, chama-se o ensinamento de Fernando Vieira Luiz, que é veemente ao criticar que chama de autoritarismo judicial camuflado de discricionariedade na qual afirma que “se o reforço judicial dos direitos é uma precaução auxiliar contra a tirania dos governos, o controle epistemológico sobre como decidir é outra precaução necessária contra a tirania do Judiciário”.⁴⁷

Citando Aarnio, Eros Grau⁴⁸ aduz que o intérprete estará correto quando a decisão esteja inserido na moldura do direito, o discurso que a justificar se processe de maneira racional e que atenda ao código de valores dominantes.

Ser criador deve ser distinto de ser criativo. No primeiro caso o intérprete cria direito na medida em que o produz ao retirar do texto normativo a norma. Na segunda hipótese o intérprete, ao exercer sua criatividade desrespeita sua função e, sobretudo, o ordenamento, ao se auto-investir na função de legislador.

Uma incongruência disfarçada da corte constitucional ademais, ora incentivando o ativismo judicial ora se contendo, colabora para uma atmosfera de insegurança no que se refere à interpretação/aplicação do direito.

⁴⁵ Op. cit., p.428.

⁴⁶ Op. cit., p. 130-1.

⁴⁷ Id., ibid., p.56.

⁴⁸ Op. cit., p. 92.

A discricionariedade, entretanto, deve ser afastada. Como aduz Georges Abboud “discricionariedade e direito não coabitam o mesmo espaço. Quando a discricionariedade entra, o direito sai”.⁴⁹

Não se pode relegar a decisão judicial aos caprichos, impressões, contingências, convicções e experiências pessoais do julgador. E o ativismo é o caminho mais fácil, verdadeiro alibi, para que isso se configure, devendo, portanto, ser condenado e repellido.

Os julgados analisados informam que está em risco, dada essa postura ativista/decisionista descontrolada do Supremo Tribunal Federal, todo o arcabouço jurídico nacional.

É imperiosa, nesse cenário, a construção e, sobretudo, a aplicação de uma nova teoria da decisão judicial que signifique não só uma melhor, mais completa e mais fundada nos valores constitucionais prestação jurisdicional, mas também um freio no ímpeto ativista, controlando e diferenciando o ‘papel criador’ do ‘papel criativo’ do intérprete.

Referências

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes: Integração dos poderes e coerência nas decisões judiciais*. Curitiba: Juruá, 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴⁹ Op. cit., p. 483.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELLET, André Luiz Fernandes et al. (organizadores). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. 2.^a tiragem. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, cap. 1.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes: A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago et al. *Teoria Política do Direito: A expansão política do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARQUES, Gabriel Lima et al. A Prestação Jurisdicional Excessiva como Risco ao Princípio da Universalidade do SUS. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 109, jun./set. 2014.

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STEIN, Ernildo et al. (organizadores). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade de método*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Data de Submissão: 18/07/2017
Data de Aprovação: 29/07/2017