

ATIVISMO JUDICIAL E TRANSNACIONALISMO *JUDICIAL ACTIVISM AND TRANSNATIONALISM*

*Denise Helena Schild de Oliveira**

Resumo: O presente trabalho objetivou apontar noções a respeito do ativismo judicial, que remonta aos Estados Unidos, tema de grande relevância na atualidade, obrigando os operadores do direito a adotarem uma postura condizente com o exercício da atividade jurisdicional e de maneira a buscar a realização dos ideais democráticos, e de como essa realidade constatada hoje nos Estados Democráticos de Direito, mormente na França, a partir dos estudos de Antoine Garapon, que defende o Estado menos intervencionista, entendendo que o excesso de protagonismo judiciário, onde o juiz passa a ser o último guardião das promessas, pode desnaturalizar a justiça, assoberbada pelo peso de tantas demandas, incentivando o paternalismo estatal e a cidadania passiva, em detrimento do ideal democrático garantidor do direito, pois a democracia se transforma pelo direito; ao contrário, outros autores da atualidade, cuja ideia a respeito do tema ativismo judicial, é capitaneada pelo substancialista italiano, Mauro Cappelletti, é de que o Poder Judiciário, cuja função não se confunde com a função legislativa, não deve manter uma postura passiva diante da atual e complexa sociedade globalizada, devendo sim, viabilizar cada vez mais o acesso à justiça e à concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Transnacionalismo. Democracia.

Abstract: This study aimed to pinpoint notions about judicial activism, dating back to the United States, subject of great relevance today, forcing law enforcement officers to adopt a posture consistent with the exercise of judicial activity and a way to seek the fulfillment of the ideals democratic, and how this reality observed today in Democratic States of law, especially in France, from studies of Antoine Garapon, which advocates less interventionist state, understanding that excessive judicial role, where the judge becomes the last keeper of promises, can deconstruct justice, overwhelmed by the weight of so many demands, encouraging state paternalism and passive citizenship, at the expense of the democratic ideal guarantor of law, because democracy becomes law, unlike other authors of our time, whose idea about the theme judicial activism, is captained by substantialist Italian Mauro Cappelletti, is that the judiciary, whose function is not

* Mestranda do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Juíza de Direito. E-mail: denise.schild@tjsc.jus.br

confused with the legislative function, not to maintain a passive stance on the current complex and globalized society, but should , enabling increasingly access to justice and the realization of fundamental rights. judicial activism - transnationalism – democracy.

Keywords: Judicial activism. Transnationalism. Democracy.

“On n’est obligé d’obéir qu’aux puissances légitimes.”¹

1 INTRODUÇÃO

O texto desenvolve-se em três partes, sendo a primeira um resumo descritivo das ideias do jurista francês Antoine Garapon, objetivando visualizar um panorama geral dessa polêmica, onde a questão da judicialização dos conflitos, segundo o autor, deve ser represada pelo Estado menos intervencionista, para que a justiça seja a final, conquistada e a democracia venha a concretizar os direitos fundamentais.

O segundo tópico desenvolvido, pretendeu-se demonstrar de que forma o ativismo judicial está ligado à transnacionalidade, a partir da dicotomia entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, e como esse ativismo judicial oriundo dos Estados Unidos se formou no Brasil.

O terceiro item buscou confrontar os dois posicionamentos basilares que discutem o papel do Judiciário no mundo ocidental, a partir do *procedimentalismo* defendido por Garapon, e do *substancialismo* encampado por Cappelletti.

A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, buscando-se elucidar o pensamento de alguns autores que se destacaram no estudo dos temas propostos, e que vêm contribuindo para definir a questão do ativismo judicial no mundo ocidental e no Brasil, de modo a se concluir a favor ou contra esse fenômeno, se isso for possível.

2 A IDEIA DE ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO AUTOR FRANCÊS ANTOINE GARAPON

É cada vez mais acentuada, em nossos dias, a tendência de judicialização dos conflitos, sobretudo a partir dos anos 70, pois as controvérsias mais variadas vêm sendo solucionadas em juízo, como se não houvesse nenhuma outra maneira de se buscar a paz social, confundindo-se o acesso à justiça com o acesso ao Poder Judiciário. Na verdade, cabe ao Estado criar políticas públicas capazes de solucionar conflitos sociais e individuais, implantando o sistema de múltiplas portas, já adotado nos Estados Unidos e pelo qual as demandas, ao aportarem ao Judiciário, são encaminhados ao procedimento adequado, disponível de acordo com a melhor solução a ser dada ao problema, seja em forma de conciliação ou por meio de um árbitro especialista, sem a necessidade de que o juiz seja obrigado a solucionar todo e qualquer conflito.

Essa cultura demandista, resultado de uma sociedade massificada, levada pela globalização que assola o mundo e também pelo incontido progresso tecnológico, imprimindo um ritmo vertiginoso à vida e a todas as atividades humanas, acabou impondo um fluxo inesperado e complexo ao Judiciário, que não tem como suportar esse agigantamento da sociedade contemporânea, essa incessante busca por soluções, necessitando limitar esse verdadeiro aguadouro de contendas que se multiplicam sem cessar, congestionando a atividade judicial e abarrotando fóruns, de tal forma que a máquina estatal não tem mais como fazer frente a essa crise que se estabeleceu, trazendo angústia aos operadores do direito.

O pouco que se fez até agora, com a instituição da política de conciliação a nível nacional, apesar de ter sido um grande passo, ainda é muito pouco para desafogar a demanda e garantir a todos o direito constitucional de acesso à justiça.

2.1 A DOUTRINA DE ANTOINE GARAPON

A esse respeito, colhe-se do entendimento de Antoine Garapon, jurista francês, que escreve sobre a matéria objeto desse estudo, afirmando que a justiça acaba sendo o remédio para apaziguar o sofrimento do homem moderno, e para responder de forma satisfatória, a justiça

deve se adaptar a essa nova função advinda ao longo do século XX, por isso deve ser chamada de magistratura do individualismo. Trata-se, ao mesmo tempo, de uma demanda de massa e de uma demanda maciça, pois não apenas a justiça deve multiplicar sua intervenção – o que por si só já é um desafio - mas ser ela própria objeto de novas solicitações. Portanto, trata-se de um duplo desafio que está intimamente relacionado com o desenvolvimento do fato gerador da democracia, ou seja, a igualdade.²

Citando Montesquieu, prossegue o jurista Garapon:

Le principe de la démocratie se corrompt, dit Montesquieu, non seulement lorsqu'on perd l'esprit d'égalité, mais encore quand on prend l'esprit d'égalité extrême, et que chacun veut être égal à ceux qu'il choisit pour lui commander. Pour lors, le peuple, ne pouvant plus souffrir le pouvoir même qu'il confie, veut tout faire par lui-même, délibérer pour le sénat, exécuter pour les magistrats, et dépouiller tous les juges.³

Assim, Garapon esclarece que em decorrência de um acentuado individualismo caracterizador de nossos tempos, a justiça passou a ser buscada de maneira vertiginosa, em decorrência de uma acomodação das instituições jurídicas, de certa forma estagnadas pela explosão incontida de demandas dessa sociedade pluralista, que elegeu a justiça como o último baluarte na busca de soluções para todo e qualquer aspecto da vida privada. Contudo, para o autor isso não é salutar, na medida em que pode significar inclusive um incentivo à vingança e à busca por um contrapoder. Reforçando sua tese, adverte Garapon, que essa realidade precisa ser repensada, levando-se em conta que a jurisdição não pode mais ser monopólio do judiciário, e que a desjudicialização de conflitos se impõe diante da constatada impotência do sistema judicial que não mais consegue responder de forma eficaz aos conflitos, levando o juiz a se responsabilizar por uma instância política, da qual ele deveria ser mero garantidor, contudo, passa a ser na verdade, o pacificador das relações sociais.⁴

E para ilustrar, contrapondo-se ao doutrinador, colaciona-se do artigo sobre ativismo judicial, de autoria do professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Desembargador do TRF da 5^a Região, Edilson Pereira Nobre Jr., a ideia de que o lastro teórico para a tentativa de limitação do juiz a todo e qualquer avanço interpretativo, adveio dos governos republicanos, onde os juízes devem observar literalmente a lei, ou seja, atuar como a boca da lei (*bouche de la loi*), privados de todo e qualquer poder criador do direito.⁵

E também citando Montesquieu:

Nos Estados despóticos não existe lei: a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.⁶

O togado em destaque, em seu artigo, refere-se ao texto de Montesquieu como “uma ilusão”, pois conforme é sabido, Montesquieu, para formular sua teoria da separação de poderes estatais, como via única de propiciar o surgimento do Estado onde devem imperar o direito e a liberdade, embasou-se na constituição não escrita dos ingleses, olvidou que, num governo parlamentar como o britânico, o Governo e a Administração podem atuar legislativamente mediante delegação do parlamento, como a realidade de que o verdadeiro fundamento do direito inglês consistiu na magistratura, responsável por garantir de maneira efetiva o Estado de Direito, fundado na subordinação da autoridade estatal à ordem jurídica.⁷

E prossegue o mesmo autor:

A impotência para a eliminação da criatividade do juiz resulta clarividente do paradoxo vivenciado pela França, a qual, não obstante conhecida como a pátria da lei clara e progressiva, sofreu a sólida marca da evolução do seu sistema jurídico através da atuação do magistrado que, no tratamento de muitas relações sociais, sempre precedeu ao legislador. Por tudo isso, a aceitação integral da parcela do pensamento de Montesquieu, antes referenciado, voltado a encarar o juiz como um servo da lei, não passa de utopia.⁸

Ainda, conforme o artigo pesquisado, certos autores entendem que o ativismo compromete a imparcialidade do juiz, contudo, a imparcialidade não pode ser confundida com neutralidade, na medida em que os juizes devem utilizar o ativismo judicial a partir dos limites impostos pelo texto constitucional, em razão do paradigma democrático, que pressupõe um processo efetivamente democrático e portanto, justo.

Visto então pelo autor como uma alternativa possível, o ativismo judicial é, contudo, colocado em fortes dúvidas, por lhe faltar o respaldo democrático por parte dos juizes, diversamente do que acontece em se tratando dos membros do Parlamento e do Governo.

E prossegue afirmando:

Os fundamentos invocados como alicerces do ativismo judicial são muitos e podem, sem maior esforço, ser tomados por empréstimo daqueles empregados pela doutrina para respaldar a própria jurisdição constitucional.⁹

Nessa esteira, também se colhe do artigo de autoria de Bruno de Araújo Sena, “O Ativismo judicial sob enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo”:

Estamos em pleno século XXI, imiscuídos num sistema político-econômico voraz e altamente devorador que, em grande medida, estratifica classes, acarretando desigualdade econômica. O Estado tem como meta primaz instaurar a paz e o bem-estar social. De posse desse arsenal bélico é que o Estado, representado pelo juiz, digladiava contra as discrepâncias, trazendo à luz as injustiças e acintes à ordem jurídica obscurecida pela desigualdade em suas várias formas. O magistrado ocupa uma posição de grande destaque, pois quanto melhor desenvolva seu ofício, mais próximo do escopo magno jurisdicional estará. E, por derradeiro, melhor conviverá a sociedade. No Estado Liberal cabia ao juiz dizer somente as palavras da lei. Vivia-se na era da certeza do direito onde a lei abstrata, pelo menos em tese, albergava todas as hipóteses futuras possíveis. Esse foi o motivo pelo qual Montesquieu afirmou que o poder de julgar era um poder nulo (enquelquefaçon, nulle).¹⁰

E, ainda sobre o ativismo judicial, no mesmo artigo em comentário, diz o autor que o juiz não necessita de solicitação das partes para buscar as provas que entender necessárias à formação de sua livre convicção, devendo, ao contrário, adquirir postura ativa objetivando à consecução da justiça.¹¹

Muitos estudiosos, contrariando o posicionamento de Antoine Garapon, entendem como correto o ativismo judicial, para que a pacificação social seja atingida integralmente, não havendo outra maneira, senão pela ação do juiz, visando manter o ordenamento jurídico, através do justo processo, buscando a justa decisão:

Se o fim da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento e consequente pacificação social, deve o juiz atuar desempenhando todos os seus esforços, uma vez que inalcançada arranha-se a jurisdição.¹²

Diante disso, segundo o subscritor do artigo:

[..] o Ativismo Judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo para que exista uma decisão justa, o juiz deve interpretar a norma a ser aplicada ao caso concreto, procedendo a uma reconstrução verdadeira e racional dos fatos, pois a justiça da decisão está em aproximar o processo da verdade, pois este foi instituído para proporcionar

um resultado justo ao invés de assegurar apenas o legal. Por isso, o magistrado ocupa posição de grande destaque, pois quanto melhor desenvolva seu ofício, mais próximo estará do escopo magno jurisdicional.¹³

No Estado Liberal a realidade é outra, pois o juiz não tem o poder de criar direito, tão-somente limitando-se a cumprir a lei, de quem deve ser o mensageiro fiel, isso porque, em tese, a lei deve abranger todas as situações futuras. Isso já fora dito por Montesquieu, quando escreveu “l’Esprit des Lois”:

No Estado liberal cabia ao juiz dizer somente as palavras da lei. Viviam-se na era da “certeza do direito”, onde a lei abstrata, pelo menos em tese, albergava todas as hipóteses futuras possíveis. Essa generalidade impossibilitava ao juiz a consideração das circunstâncias concretas. Esse foi o motivo pelo qual Montesquieu afirmou que o poder de julgar era um “poder nulo” (*enquelquefaçon, nulle*).¹⁴

Para Montesquieu, o alcance da decisão judicial era mínimo, pois além de carregado das ideias liberais, objetivava apenas a tutela dos direitos, adstrito a uma visão altamente individualista, ao contrário do que prevalece no Estado Social de Direito, onde a jurisdição tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, obrigando o juiz a compreender a lei e não apenas aplicá-la, pois acima do ônus da prova, prevalece o compromisso com a verdade real.

No mesmo texto, citando inúmeros juristas pátrios, entre eles, Gomes Neto, Ada Pellegrini Grinover e Dinamarco, o autor Bruno de Araújo Sena comenta que, hodiernamente, o direito processual e o sentido teleológico da jurisdição propagam-se para além das partes, passando o subsistema jurídico-processual a ser preenchido por outras ciências que não apenas o Direito, e que a atitude de inércia do julgador, cujo traço advém do liberalismo, é incompatível com o processo justo que deve vigor, como forma de manifestação da carência social.

Adverte, Sena que, “o juiz, por consequência – representante do Estado – tem o dever de nele intervir diretamente com o fito de pacificar e trazer o bem-estar social em face do singular aspecto de sua atividade puramente jurisdicional.”¹⁵

E diz ainda o mesmo subscritor que, se o fim da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento e consequente pacificação social, deve o juiz atuar envidando todos os seus esforços, uma vez que, inalcançada, arranha-se a jurisdição.

No mesmo norte, citada pelo autor, Ada Pelegrini leciona no sentido de ser a atitude inerte do legislador, cujo traço advém do liberalismo, incompatível com o processo justo.

Por seu turno, José Carlos Barbosa Moreira, também referido no estudo objeto do artigo citado, acrescenta que:

[...] facultar ao órgão judicial mais largas iniciativas instrutórias pode concorrer para equilibrar em certa medida as diferenças das partes, e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encartadas, aqui e agora, da realização da justiça.¹⁶

Na mesma trilha, José de Moura Rocha, também mencionado pelo jurista sob enfoque:

[...] perfilha o mesmo entendimento, quando afirma que “entre os fins do Estado encontra-se o de, através do processo, alcançar a justiça. Assim, o juiz não estará protegendo ninguém, pelo contrário, armando-se para melhor alcançar a sua função específica, a de prestar a justiça.”¹⁷

Por sua vez, leciona Cândido Rangel Dinamarco, citado pelo autor do artigo em questão, explicando que:

[...] a experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas probatórias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio ativismo.¹⁸

Percebe-se, portanto, que boa parte dos doutrinadores entende como salutar o fato do juiz suprir provas, sem que isso signifique agir com imparcialidade, comprometendo o julgamento.

Outros há, que fazem ressalvas à atuação do órgão jurisdicional ao exercer sua função de Estado, ao argumento de que o juiz não pode decidir além daquilo que foi pedido pelas partes, para que a decisão a ser proferida ao final seja democrática e legítima, devendo a interferência em seara que não é própria do judiciário, ser analisada com cautela.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, argumenta a respeito, que ao juiz não compete dar a lei a dicção que entender, de acordo com suas convicções, devendo seguir o sistema jurídico e as

particularidades concretas do caso, embora o autor não duvide do caráter criativo das decisões judiciais.¹⁹

E retomando GARAPON, este acentua, citando Philippe Raynaud, que o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fenômenos políticos do final do século XX, e que no mundo atual, nada mais pode escapar ao controle do juiz, que é chamado a se manifestar cada vez mais em todos os setores da vida social, como árbitro de costumes e até mesmo da moralidade política. Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel do árbitro ou do jurista, mas também do conciliador, do pacificador das relações sociais, e até mesmo do animador de políticas públicas, e mais do que isto, a justiça deve instruir e decidir, conciliar resolver, julgar e comunicar. “A demanda da justiça vem do desamparo da política, o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui”, preleciona o jurista.²⁰

O autor tenta demonstrar que esse exagerado entusiasmo pela justiça, leva o juiz a ser o último guardião de promessas, fazendo com que tudo seja transferido ao judiciário, pode se voltar contra a própria justiça, mormente em face de uma penalização exacerbada das relações sociais as mais diversas, deixando um juiz perplexo em face desse aumento de poder decorrente do ideal democrático enfraquecido. Na verdade, a sociedade democrática não mais consegue administrar-se a si mesma. Mas esse exagerado entusiasmo pela justiça, diz Garapon, pode conduzir a um impasse, voltando-se contra a própria justiça, pois a invocação indiscriminada de direitos tem como efeito, submeter ao controle judicial todos os aspectos da vida privada. Em face de tais constatações, o autor convida a um reexame sobre a posição da justiça numa nova democracia que deve se renovar através do direito, e sem se ater aos dois modelos precedentes – o direito formal do Estado Liberal e o direito material do Estado provedor -, em busca da justiça, objetivo universal e aspiração social inesgotável.²¹

Portanto, assevera o autor que “o desafio é saber como a justiça poderá constituir uma referência coletiva bastante forte sem ameaçar os valores democráticos”.²²

Nessa esteira, adverte:

[...] o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se

volta para a justiça. É então nele, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causada pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o *deficit democrático* de uma decisão política, agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto.”²³

E, prossegue afirmando que, isto se dá, porque a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes. A justiça parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual. Assim, nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece, e com essa forma mais direta da democracia, o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar sua representação, daí a preferência atual pela mediação, negociação ou conciliação, que são, na verdade, o reverso do processo.²⁴

Constata-se, pois, que o autor coloca o direito acima do próprio Estado, e a justiça acima da democracia, já que esta é assegurada pelo próprio direito e através dele se renova.

Contudo, reconhece Garapon que essa inversão de posições entre a justiça e o Estado traz consequências pesadas, porquanto a democracia é obrigada a se transformar constantemente, condenando o direito positivo a um déficit permanente e elegendo a justiça como ideal da vida em sociedade. Porém, conforme o autor, esse panorama democrático pressupõe ainda novos perigos, pois o excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão e o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado.²⁵

E registra também:

A justiça não pode se colocar no lugar da política, do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.²⁶

E, por fim, conclui:

A justiça é objeto de uma súbita inversão de tendências; de secundária, ela se torna de repente prioritária. O direito era apenas a moral das relações frias, comerciais ou políticas; ele tende agora tornar-se o princípio de toda a relação social. Nossos contemporâneos o invocam para árbitro de seus conflitos mais íntimos. Apesar de ter, no passado se limitado a sancionar os desvios de conduta, o juiz, hoje exerce um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis. Outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma agora, em oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. Antes concebida de maneira negativa e punitiva, a justiça torna-se positiva e construtiva. Outrora parecendo expressar um certo atraso nos costumes, a instituição judiciária traz doravante esperanças de mudança. Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora.²⁷

Tanto que, de acordo com a concepção clássica do Estado Liberal, o juiz se limitava a julgar através da lei, sendo seu mero porta-voz e a ela totalmente sujeito, diversamente do que ocorre hoje, quando a complexidade do mundo exige que se busque algo a mais do que a lei, para se voltar para a justiça.

Sobre a afirmação acima, complementa Garapon:

Enquanto que, na concepção clássica, o juiz é sujeito à lei e só exerce seu direito de julgar através dela, ele tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do direito. Quando a justiça era apenas o braço armado do poder político ou dos costumes, dela só se esperava uma consagração: moralizar a repressão ou sancionar os costumes. Quando todos os sistemas de valores capitulam, quando o mundo comum se desagrega, quando o Estado se faz mais modesto, é para ela que nos voltamos, buscando corrigir essas faltas. O direito não é mais o instrumento de conservação social, porém de sua contestação: ele se coloca então como a fonte de uma sociedade que se constitui na busca de si mesma.²⁸

Por derradeiro, Garapon exprime seu posicionamento sobre os limites do judiciário em uma democracia liberal:

[...] a justiça deve evitar o perigo da democracia extrema de que fala Montesquieu. [...]. A justiça acaba com a lógica autodestrutiva do individualismo para transformar o indivíduo num sujeito de direito, pondera sobre a alternativa entre liberalismo selvagem e dirigismo, considerando a idéia de uma processualização do direito, e tempera os ardores dos juizes. Numa democracia desiludida, ela define o justo; destaca a norma comum numa democracia pluralista, encarna a autoridade numa democracia representativa.²⁹

Destarte, essa acelerada expansão jurídica, vem a ser uma decorrência natural das sociedades democráticas e a explosão do número de processos não se trata de um fenômeno

jurídico e sim, social, onde o juiz aparece como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não logram gerir a própria complexidade. A justiça é assunto polêmico, embora desperte grande interesse na sociedade, o que não impede que essa busca descomedida pelo justo e pelo direito. possa conduzir a um impasse, capaz de prejudicar a própria justiça, conclui o autor.³⁰

3 ATIVISMO JUDICIAL E TRANSNACIONALIDADE - O MOVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS RAÍZES NOS ESTADOS UNIDOS - O SURGIMENTO NO BRASIL - COMMON LAW E CIVIL LAW

Falando em transnacionalismo e de que forma o ativismo judicial poderia aí se inserir, Clarissa Tassinari, em “Jurisdição e Ativismo Judicial Limites da atuação do Judiciário”, mencionando a doutrina de Antoine Garapon e de Julie Allard, em “Os juízes na mundialização: alude a uma nova revolução do direito”, o fenômeno da “mundialização” ou o comércio entre juízes, que os leva a fazerem uso de decisões de outros países, criando uma espécie de direito mundial e inserindo-os em um contexto globalizado, onde estariam desobrigados de fundamentar suas decisões, constituindo um verdadeiro “governo de juízes”. Segundo a autora, isso sem dúvida contribuiria para acentuar a atuação ativista do Judiciário”.³¹

A doutrinadora relata ainda, que as primeiras reflexões a respeito do tema do ativismo judicial surgiram nos Estados Unidos, mais precisamente em 1803, quando uma discussão constitucional na Suprema Corte, a respeito de competência, fez surgir o controle de constitucionalidade, dando origem ao debate sobre o ativismo judicial, o que também ocorreu em nosso País, em 1988, durante o período da chamada “redemocratização”, com a promulgação da “Constituição Cidadã”, onde constou numeroso rol de direitos, inclusive o controle de constitucionalidade, dando início aos primeiros debates sobre o assunto, oportunidade em que o Poder Judiciário passa a ter intensa participação nos rumos da Nação brasileira, após o rompimento do regime militar, ganhando destaque no cenário jurídico nacional, para o cumprimento do texto constitucional.³²

Na verdade, a Constituição de 1988 significou uma verdadeira ruptura na história do direito brasileiro, pois além de consagrar a oposição a qualquer modalidade de autoritarismo, o

constituinte firmou compromissos inovadores, estabelecendo uma nova relação entre a sociedade e o Estado, de onde decorreu o compromisso, assegurando ao Judiciário uma nova roupagem no cenário do País, um novo protagonista mais atuante e empenhado na efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, quando a postura pró-ativista ganhou estímulo em todas as instancias judiciais.³³

Nova situação de ativismo judicial foi constatada no cenário nacional no ano de 2007, frisa Tassinari, quando o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC, estendendo os efeitos para outros casos, da declaração de inconstitucionalidade do artigo que vedava a progressão de regime penal para crimes hediondos, proferida em sede de controle difuso, no julgamento do HC 82.959/SP. De fato, esclarece a autora, que:

[...] ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova. A questão é que há uma meia verdade nesta afirmação, pois somente é possível considerá-la correta se compreendida que esta legitimidade da jurisdição constitucional dá-se em termos de um efetivo controle das decisões judiciais, isto é, se as atenções estiverem voltadas para as respostas dadas pelo Judiciário e não apenas para compreender se o exercício do controle de constitucionalidade é coerente com a existência de um Estado Democrático.³⁴

Reforça ainda a mesma escritora, a respeito da constatada tendência dos teóricos em favor do ativismo judicial, decorrente do fortalecimento indiscutível do Judiciário, nas últimas décadas, a ponto da emergente necessidade de ser contido, na medida em que se viu provocado a atuar em esfera de responsabilidade até então exclusivas do Executivo e do Legislativo, o que leva à atual exigência de se repensar essa atuação, diante da realidade detectada. É o que a autora chama de um *contramovimento*.

E mencionando, Marcos Paulo Veríssimo, aponta para um “ativismo judicial à brasileira”, considerado peculiar à nossa tradição jurídica, em face de duas transformações sofridas pelo Supremo Tribunal Federal, que fortaleceu seu papel político e teve acentuada sua carga de trabalho, decorrente do maior acesso ao Judiciário. Neste aspecto, diz a autora, “o ativismo judicial passa a ser identificado por uma questão numérica, isto é, para Verissimo, do

processo de judicialização decorre um (...) judiciário ativista, que não constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas.³⁵

3.1 COMMON LAW E CIVIL LAW

Não há como falar nos poderes do juiz sem discorrer sobre a *civil law* e a *common law*, que vêm a ser os dois grandes sistemas jurídicos em vigor no mundo ocidental, sendo que o primeiro teve início com o Imperador Justiniano, ao reunir todas as leis do continente europeu em um único código, o *corpus juris civilis*. Já a história da *Common Law* começa com a invasão ou conquista normanda da Inglaterra, em 1066, por Guilherme II, Duque da Normandia, permitindo a criação de um governo central forte na Inglaterra, cujos tribunais tinham jurisdição sobre todo o País, e cujas decisões foram estabelecendo um direito comum, sem que para isso fosse necessária a criação de um código ou constituição que abarcasse as normas. Assim, desse direito comum inglês originou-se a *common law*, cujo direito era aplicado pelos tribunais reais ingleses.

Portanto, a ideia da *Common Law* como sendo uma lei não escrita, baseada nos usos, costumes e na tradição, ou seja, um direito costumeiro, cuja principal fonte é o direito jurisprudencial, e da *Civil Law*, ao contrário, sendo a lei codificada e o direito positivo, constituem definições básicas que, em decorrência da globalização das sociedades, acabam ambos os sistemas influenciando um ao outro.

Civil Law é um direito de influência romana, que, ao contrário da *Common Law*, é constituído de leis escritas em códigos. A *Common Law* tem por base os precedentes proferidos pelo poder judiciário. Já o Direito Americano, de origem inglesa, é formado pelo direito criado pelo juiz, que vem a ser o *Common Law* e pelo Statute Law, que é aquele codificado pelo legislador.

Contudo, nos Estados Unidos, a regra do *stare decisis* não tem o mesmo rigor que o direito jurisprudencial inglês, sendo aquele menos dogmático, embora os juízes devam seguir os precedentes absolutos.

Por sua vez, a constituição inglesa não é escrita, é fruto da história e das tradições de seu povo, o que não impede a criação de leis, apenas de iniciativa do Poder Legislativo.

No Brasil vige a *Civil Law*, onde as leis são limitadas pelos códigos, concluindo-se que a preocupação com a formalidade da norma é exagerada dentro de nosso sistema jurídico.

4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DO PROCEDIMENTALISMO DEFENDIDO POR ANTOINE GARAPON E DO SUBSTANCIALISMO ENCAMPADO POR CAPPELLETTI

Segundo André Karam Trindade, em “Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli”, discorrendo sobre o garantismo e os desafios do protagonismo judicial, não há dúvidas de que estamos diante de um paradigma que conduzirá a um novo modelo de estado e, via de consequência, a um novo direito. Assim, esclarece o jurista:

Os acontecimentos históricos ocorridos na Europa, durante o século XX, sobretudo a formação dos estados totalitários, resultaram no surgimento do estado Constitucional de direito e, conseqüentemente, de uma série de teorias jurídicas – fundadas nas mais diversas matrizes filosóficas – que pretendem explicar as transformações ocorridas no campo do direito. Essa evolução constitucional – que implica o fenômeno da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ao menos nos regimes democráticos – é um fato que, atualmente, nem mesmo os setores mais conservadores da doutrina ousam negar. Na verdade, a discussão reside justamente em saber se a transição do *Estado legislativo de direito* para o Estado constitucional de direito implica, necessariamente, o reconhecimento de um novo paradigma jurídico.³⁶

E prossegue o filósofo, a respeito da celeuma em comento, afirmando que, entre todas as divergências que fazem parte da pauta do debate neoconstitucional, é possível identificar um sintoma que marca, profundamente, o direito do século XXI: o protagonismo judicial.

Com a consolidação do *Estado Constitucional de Direito*, a jurisdição constitucional assumiu papel de destaque, uma vez que o Judiciário foi guindado à condição de garantidor dos direitos fundamentais e do regime democrático, passando, portanto do passivismo ao ativismo, o que exige a necessidade de uma revisão da clássica teoria da separação dos Poderes pregada pelo Estado Liberal, devendo o juiz exercer função prioritária, acompanhando os novos modelos sociais que exigem que ele venha a ser um personagem destacado no Estado Constitucional de Direito.

E acentua ainda:

Impulsionado pela expansão da atuação dos tribunais – aos quais vem confiada a garantia das promessas constitucionais –, exsurge o fenômeno da chamada judicialização da política, com o qual se verifica a transferência dos processos decisórios dos Poderes Executivo e legislativo, para o Judiciário, na medida em que os juízes são, frequentemente incitados a intervir em questões controversas de natureza política, colocando em risco as regras do jogo democrático e, de certa forma, sua própria legitimidade. Em sua: há um conjunto de fatores que levam ao protagonismo dos juízes nas sociedades contemporâneas. Resta saber, contudo, se este protagonismo é inerente à arquitetura das atuais democracias constitucionais, como sugere o *neoconstitucionalismo*; ou se, ao contrário, precisa ser fortemente combatido por elas, como denuncia o *garantismo*.³⁷

Trata-se na verdade, segundo o referido autor, da expansão do Poder Judiciário, deflagrada após a Segunda Guerra Mundial e do fenômeno da judicialização da política, cujo resultado final é a inauguração de uma virada no constitucionalismo contemporâneo latino-americano – a transição do passivismo para o *ativismo judicial* – sob o argumento de que este é o único modo através do qual é possível que o direito acompanhe as transformações sociais.³⁸

E assim, com a ampliação do espaço da jurisdição, diante do protagonismo conferido aos juízes, trazendo como consequência a diminuição do espaço legislativo e ainda em face do grau de indeterminação que assumiu o direito e sua relação com a democracia, questões surgiram a respeito de como se aplicar o direito e de que forma as decisões judiciais poderiam ser minimamente controladas levando o autor a indagar-se, se o garantismo seria a final compatível ou não com esse ativismo judicial.

Em resposta, propõe Trindade, seguir-se o modelo norte-americano, que tem plena consciência dessa ameaça que o excesso de direito e de justiça faz pesar sobre a democracia, mormente porque os juízes passaram a representar o refúgio da última consciência moral, política e econômica, não estando, contudo, preparados para o exercício desse novo papel, tudo por conta da busca pela justiça, e que acaba criando um debate entre justiça e democracia. E prossegue o autor, citando Cappelletti, “o Poder Judiciário se tornou um terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”.³⁹ Ocorre que, acentua Trindade, para concretizar os direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar o *justo* contra a *lei*. E, assim, após muitos anos de luta contra o positivismo legalista, incorremos em outro equívoco: substituímos o *juiz boca da lei* pelo *juiz que pondera princípios* e que, portanto, decide conforme sua consciência, a partir de valorações de ordem subjetiva, passando assim, de um mecanicismo na aplicação do direito para um *decisionismo* - ou *solidarismo*, como

aponta Velloso -, que vem reforçado pela ideia de que a discricionariedade é algo natural à decisão judicial.⁴⁰

Assim, o ativismo, também chamado de protagonismo judiciário, governo de juízes, tentação de uma justiça redentora, conduz a uma tensão política, expressando a rivalidade de forças sociais diferentes.

Neste ponto, é importante rever a lição do magistrado francês:

O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará assim, o processo de despolitização da democracia. O juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria. Em ambos os casos, ele causa danos a uma virtude cardeal de todo o sistema de direito, ou seja, a segurança jurídica. Uma jurisdição não dispõe dos meios para legislar, o juiz não dispõe dos instrumentos para isso e se vê incapaz de substituir uma dinâmica da qual ele suprime as manifestações por uma outra verdadeira dinâmica política.⁴¹

Na mesma senda, consoante já repisado neste trabalho, Garapon, também citado por Marcellino Junior, entende que essa ingerência interventora do poder judiciário sobre a sociedade e a política, conduz ao inevitável enfraquecimento da democracia representativa:

[...] o excesso de Direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo do prisma deformador do Direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode colocar-se no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do Direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.⁴²

Parafrazeando o jurista francês, o autor constata, com preocupação, o deslocamento do centro gravitacional da democracia para um lugar externo ao poder legislativo, com a crescente participação do judiciário na vida pública, de modo que a justiça tem fornecido à democracia seu referencial de idoneidade, marcadamente registrado em expressões como imparcialidade, processos, transparência, contraditório, neutralidade, etc.

E, ainda complementa Marcellino Júnior:

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo apreender, corrigir, suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e, portanto, fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público.⁴³

Segundo o entendimento de Garapon, citado por Marcellino Junior, o juiz da atualidade não está preparado para personificar a figura ultraindependente do guardião da moral e nem ser o apanágio da justiça redentora, nociva à sociedade, por trazer consequências que não favorecem a democracia. Convém ressaltar aqui, que na França, o Poder Legislativo ocupa a posição de destaque na política democrática, não se cogitando, no contexto francês, diante da forte tradição liberal, a hipótese de defender o posicionamento substancialista.⁴⁴

Duas são as correntes que estudam o papel do Poder Judiciário, enquanto produtor do fenômeno do ativismo constatado como tendência mundial.

Julio Cesar Marcellino Júnior em sua obra: “Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa – (des)encontros entre economia e direito”, apresenta as duas propostas antagônicas que discutem esse papel do Judiciário, de um lado, enquanto agente intervencionista e quanto à sua falta de legitimidade e representatividade política, e do Executivo coadjuvado pelo Legislativo, de outro apresentando os dois eixos de análise assim propostos originalmente por Luiz Werneck Vianna, a partir do *procedimentalismo*, cujo eixo é defendido por Garapon e por Habermas, e pelo *substancialismo* de Cappelletti e Dworkin, de forma a analisar o papel político do poder judiciário, visando à efetivação dos Direitos Fundamentais.

De acordo com Alexandre Rosa,

[...] os substancialistas defendem a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular.⁴⁵

Os procedimentalistas, liderados por Antoine Garapon e Jürgen Habermas, se mostram contrários ao ativismo judicial, caracterizado por essa expansão jurídica universal, com a intervenção do juiz na vida social e na política, pois segundo argumentam eles, a invasão da política pelo Direito, mesmo que em nome de pretensões igualitárias, provocaríamos

enfraquecimento da democracia, com a perda da liberdade; o gozo passivo dos direitos; a privatização da cidadania; e o paternalismo estatal, em nada favorece uma cultura cívica voltada ao fortalecimento das instituições democráticas. Para os procedimentalistas, afirma Marcellino, citando Vianna,⁴⁶ a invasão da política e da sociedade pelo Direito, decorrente do agigantamento do poder judiciário provoca um perigoso desestímulo para uma ação voltada a fins cívicos, fazendo sucumbir a proposta de uma cidadania ativa, em detrimento do Estado do bem-estar, que acabou ensejando a “privatização da cidadania.”⁴⁷

A propósito da tese defendida pela corrente substancialista, capitaneada pelo italiano Mauro Cappelletti, seguido por Dworkin, e no Brasil por Celso Antonio Bandeira de Mello, Lenio Streck e Alexandre Morais da Rosa, entre outros, esclarece o autor que todos eles defendem a ideia de que o poder judiciário não pode se manter alheio diante da sociedade, assumindo postura passiva, e sim, que o juiz precisa efetivamente ser o garantidor da constituição.⁴⁸

Cappelletti acredita na possibilidade criativa dos magistrados, diante da insuficiência da lei positiva e de suas lacunas, o que não significa que o juiz possa decidir com arbitrariedade, diante das escolhas que precisa fazer, devendo sim, usar de seu poder discricionário para adequar o caso concreto à lei. Portanto, entende o jurista italiano, que isso não quer dizer que o juiz seja livre de vínculos em sua atividade criadora, devendo sim, preservar a juridicidade das interpretações.

Esclarece ainda o jurista italiano, citado por Marcellino Junior, que essa intensificação do ativismo judicial deve ser atribuída à constatada insuficiência de ordenamento dogmático, levando o juiz a ampliar suas atividade interpretativa e criadora, visando aproximar o Direito da realidade social e cumprindo seu papel de julgador de modo a satisfazer os anseios da sociedade.⁴⁹

Analisando Cappelletti, Marcellino fala do ‘terceiro gigante’, como sendo o Poder Judiciário, cujo papel não se confunde com a função legislativa. Mais uma vez, explica Cappelletti:

Os juízes estão constrangidos a serem criadores do Direito, lawmakers. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente, a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o Direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores (...). Mas diverso é o modo, ou se prefere o procedimento ou estrutura desses dois procedimentos de formação do Direito, e cuida-se da diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico,

ativista e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.⁵⁰

E diz mais o autor italiano, que o Poder Judiciário, um verdadeiro Direito Judiciário, deve sim, manter-se ativo, dinâmico e criativo, oferecendo respostas às demandas crescentes de nossa complexa sociedade, viabilizando o acesso à justiça, especialmente, aos mais necessitados, devendo aproximar o Direito da realidade social e, na medida do possível, suprir as carências do poder executivo e de um legislativo que se tornou lento, obstruído e ineficiente.⁵¹

Para Cappelletti, citado por Marcellino Junior, essa ingerência do poder judiciário no âmbito da política, decorrente do processo de interpretação criativa dos juizes, ao contrário do que muitos pensam, não é antidemocrática.⁵²

E, ainda complementa Marcellino Junior:

É preciso romper, alerta o autor, com a crença de que através do poder judiciário poder-se-ia alcançar um acesso direto e redentor a uma verdade sacralizada judicialmente, que a todos libertaria frente à escravidão proporcionada por um Legislativo em crise, e um Estado insuficiente, inefetivo e esgotado. Não seria o juiz, com os riscos de súbitos desvios populistas e de pretensões messiânicas, que salvaria a democracia. Crê o autor, que somente com procedimentos deliberativos livres de formação da opinião pública, sem interferência de ativismos judiciários e de uma mídia monopolizadora da informação, aliados ao fortalecimento da cidadania através de uma tomada de consciência política, poder-se-ia estabelecer um padrão nacional e coerente de democracia.⁵³

Por seu turno o norte-americano Dworkin, em sua posição liberal-contratualista, diz Marcellino Júnior, busca o rompimento com a tradição positivista, para construir um novo paradigma do Direito e cuja validade dependeria da aceitação de todos, e nessa função judicial, a relação entre o Direito e a política torna-se inevitável.

Nesse sentido, afirma Dworkin:

Democracia como vimos, significa também participação, tolerância, e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos talvez momentâneos da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário ativo, ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks e balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não-governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.⁵⁴

Por outro lado, para Dworkin, os juízes não têm legitimidade democrática para adentrar ao campo político, por não serem eleitos, sendo esta uma primeira objeção do autor ao poder de criação jurídica por parte do magistrado.

Na mesma esteira, Marcellino Junior exprime o pensamento do jurista:

[...] conforme adverte Dworkin, deve-se atentar às objeções tradicionais ao poder de criação jurídica por parte do magistrado. A primeira objeção é de que os juízes não possuiriam legitimidade democrática para adentrar ao campo político, eis que não eleitos pela comunidade. E a segunda objeção é a de que os juízes, em criando o Direito, estariam retroagindo efeitos de uma previsão normativa que, à época dos fatos, inexistia. No entanto, Dworkin afirma que tais objeções perdem o sentido quando o juiz julga pautado por princípios. Utilizando os princípios como embasamento normativo, os juízes estariam justificando adequadamente suas decisões, de modo a engendrar soluções corretas frente às demandas de sua comunidade.⁵⁵

Por sua vez, Lenio Streck, também citado por Marcellino Junior, subscreve, em parte, o modelo substancialista, combatendo os procedimentalistas, ao argumento de que estes, negando o Estado social, afastam a ideia de Estado Democrático de Direito, que representa implicitamente a perspectivada realização do Estado social, observando ainda, que a teoria garantista de Ferrajoli se aproxima do modelo substancialista, pelo valor que ambas conferem à Constituição.⁵⁶

E anota ainda Streck, que no Brasil, os operadores do direito não praticam nem as diretrizes procedimentalistas, nem as substancialistas, não apenas pela postura passiva dos membros do poder judiciário, como também ante a inefetividade da Constituição, sem contar ainda, com a submissão do poder legislativo ao *decretismo* executivo, num regime de verdadeira “democracia delegada”, que Streck denomina de “*dilema brasileiro*”, alertando que o judiciário deveria adotar postura substancialista, para fazer valer a Constituição.⁵⁷

A propósito, adverte Marcellino Júnior a respeito do posicionamento do filósofo Werneck Vianna:

[...] uma república que nasce sem cidadãos, e onde o Estado é tudo porque a sociedade é nada”, a iniciativa de restaurar e revalorizar a sociedade não pode ficar adstrita a métodos usuais de formação da opinião pública, dominados que estão pelo clientelismo e pela patronagem. Deve, sim, o Judiciário, sem se substituir à política, preencher o imenso vazio deixado pelos demais poderes da república, de modo a “conceder consistência democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio.”⁵⁸

E, para complementar, segundo o jurista e magistrado catarinense, Alexandre Morais da Rosa:

[...] o Judiciário, sem ser encarado como panacéia dos males sociais, deve assumir, mormente nos países periféricos, papel de incansável guardião da Constituição, especialmente, contra maiorias eventuais, maiorias essas que, especialmente no Brasil, onde o legislativo funciona calcado num sistema representativo esgotado e fadado ao fracasso, são tão frequentes para atender anseios que nem sempre representam o interesse coletivo.⁵⁹

Por fim, Marcellino Júnior adverte que:

[...] uma concepção procedimentalista da Constituição da república, ainda que enalteça a necessidade de acordos intersubjetivos consensuais, torna-se incompatível com a realidade sócio-econômica-cultural de países periféricos como o Brasil.⁶⁰

Desse dilema deflui que ambos os posicionamentos acerca do atual papel do Poder Judiciário, como protagonista do fenômeno do ativismo judicial, combatida por procedimentalistas (Garapon) ao argumento de enfraquecer a democracia, incentivando o paternalismo estatal e fazendo com que o judiciário assumira funções de governo, e defendida por substancialistas (Cappelletti), que vêem no ativismo judicial a maneira de melhor aproximar o Direito da realidade social, de modo a satisfazer os anseios da sociedade e fazer valer a Constituição. Só o futuro dirá de que forma uma ou outra alternativa prevalecerá, trazendo soluções ou criando mais problemas do que os já enfrentados pelos Estados Democráticos do mundo ocidental, mormente o Brasil, onde o ativismo “à brasileira”, parece ainda não ter encontrado seu verdadeiro norte.

Tal déficit, acentua Werneck Vianna, é devido à evidenciada predominância do Poder Executivo sobre o Legislativo, mormente através da edição de medidas provisórias, em questões estratégicas para os rumos da sociedade, levando o governo a se legitimar através de uma política assistencialista.⁶¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos de transnacionalidade e ativismo judicial, no tocante à atuação do Judiciário no Brasil, o posicionamento procedimentalista de Garapon, que vê com reservas esse

protagonismo, mostra-se, talvez, uma escolha para a realidade brasileira, podendo ser a ela adaptada, levando-se em conta a fragilidade de nossa democracia, para que essa demanda desenfreada pela justiça possa ser substituída, a final, por uma reformulação definitiva quanto a desse desamparo da política que vivenciamos, e que levou o direito a tornar-se a última moral comum em uma sociedade que está longe de tê-la.

“Quanto menos o direito for assegurado, mais a sociedade é forçada a tornar-se jurídica”, afirma o autor, citando François Ewald.

Para Garapon, a primazia do direito sobre a política, fazendo do juiz o *guardião das promessas*, se mostra nociva à sociedade, criando a expectativa de uma pseudo justiça redentora, que coloca em risco a própria democracia, porquanto a ideia equivocada de que o judiciário estaria capacitado para fazer frente a um Estado insuficiente e esgotado, não se sustenta, sendo necessário sim, fortalecer a cidadania, através de uma conscientização política, pois somente dessa forma a democracia poderá ser restabelecida e concretizada.

Contudo, autores há que defendem a tese substancialista capitaneada pelo italiano Mauro Cappelletti, objetivando a concretude do Estado Social, e que, segundo Lenio Streck, deveria ser adotada no Brasil, onde vivemos uma situação peculiar, diz este jurista, uma espécie de “*dilema brasileiro*”, onde nem o procedimentalismo nem o substancialismo predominam, pois sequer a Constituição tem efetividade e o poder legislativo é subordinado ao executivo pelo “*decretismo*”, resultando numa verdadeira democracia “delegada”. Contudo, reconhece Streck, a propósito do posicionamento de Garapon, que é necessário “refletir acerca das tensões que exsurtem do embate entre procedimentalismo e substancialismo e que consequência isto terá na sobrevivência da ideia de Constituição Dirigente”.⁶²

Sobreleva mencionar ainda a esse respeito, a lição do jurista Alexandre Morais da Rosa, ao esclarecer que “não é verdade – e nem se está defendendo – que o Poder Judiciário é a salvação de toda a situação social. Todavia, exigir o fazer acontecer do Poder Legislativo, dos administradores públicos e dos próprios membros do Poder Judiciário é o grande papel do ator jurídico, consciente de sua função democrática”⁶³

Por fim, Ferrajoli alerta para o fato de que o ativismo judicial brasileiro, amparado pelos ideais do neoconstitucionalismo, reflete uma postura que se volta para a discricionariedade,

acarretando, como consequência, o enfraquecimento da normatividade constitucional e do próprio regime democrático.⁶⁴

Impende repensar, portanto, no atual contexto do cenário jurídico brasileiro, em face da constatada constitucionalização dos direitos, a posição intervencionista do Poder Judiciário, que vem atuando cada vez mais nas esferas de responsabilidade até então exclusivas do Executivo inoperante e que descumpra a Constituição Federal em detrimento de um modelo econômico acentuadamente neoliberal, e de um Legislativo desacreditado, os quais, omissos no exercício de suas atribuições, acabam acentuando essa discricionária atuação do jurídico no âmbito político, caracterizando o fenômeno contemporâneo da judicialização, onde o juiz, transformando-se no principal ator da cena, deixou de ter um papel meramente neutro, para simbolizar a esperança de realização de um inatingível ideal de justiça, representado pelas pretensões igualitárias amparadas numa justiça distributiva, e pela busca da garantia dos direitos e garantias fundamentais.

Resta saber, em se tratando do Brasil, qual o caminho a seguir.

No tocante aos sistemas do Common Law e do Civil Law, aquele, de forma genérica, é o direito costumeiro, que produz o direito comum. O segundo, adotado no Brasil, tem como principal característica, ser determinado pelas normas, mas exercido com o auxílio da jurisprudência, a exemplo do Brasil. Os Estados Unidos adotam ambos os sistemas, de onde se conclui tratar-se de tendência pelo sistema misto, que vem influenciando nosso País e outros Estados Ocidentais, em busca de uma unidade e de um ponto de convergência, que seria a justiça.

NOTAS

¹ ROUSSEAU, J. J. *Du Contrat Social*. livre I, chap. 3, 1762.

² GARAPON, Antoine. *Le Gardiendespromesses: justice et démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996. p. 139.

³ GARAPON, Antoine. *Le Gardiendespromesses: justice et démocratie*, p. 92.

⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

- ⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 55, p. 77.
- ⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites, p. 77
- ⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites, p. 79.
- ⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites, p. 81.
- ⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites, p. 84.
- ¹⁰ SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo. *Revista da ESMAPE: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v.14, n.29, jan./jun.2009. p. 58.
- ¹¹ SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 63.
- ¹² SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 65.
- ¹³ SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 67.
- ¹⁴ Montesquieu, O Espírito das Leis *apud* SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 59.
- ¹⁵ SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 61.
- ¹⁶ ROCHA, José de Moura *apud* SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 65.
- ¹⁷ SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 74.
- ¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo, p. 74.
- ¹⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Compromisso com o Direito e a Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 264.
- ²⁰ RAYNAUD, Philippe *apud* GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 24.
- ²¹ RAYNAUD, Philippe *apud* GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 27.
- ²² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 48.
- ²³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 48.

- 24 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 49.
- 25 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 50.
- 26 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 53.
- 27 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 49.
- 28 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 50.
- 29 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 187.
- 30 GARAPON, Antoine. *Le Gardiendespromesses: justice etdémocratie*, p. 22/25
- 31 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 22/23
- 32 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial Limites da atuação do Judiciário*, p. 23.
- 33 FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 114.
- 34 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial Limites da atuação do Judiciário*, p. 34.
- 35 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial Limites da atuação do Judiciário*, p. 34.
- 36 FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 95.
- 37 FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 108.
- 38 FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 109.
- 39 CAPPELLETTI, Mauro, *apud* TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 121.
- 40 TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 122.
- 41 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 74.
- 42 MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Florianópolis: Habitus, 2009. p. 162.
- 43 MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 163.
- 44 GARAPON, Antoine *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 163.

- 45 ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87.
- 46 WERNECK, Luiz. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 23 e seguintes.
- 47 VIANNA *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 166.
- 48 MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 165.
- 49 CAPPELLETTI, Mauro *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 167.
- 50 CAPPELLETTI, Mauro *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 167.
- 51 CAPPELLETTI, Mauro *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 168
- 52 CAPPELLETTI, Mauro *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 168.
- 53 MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 163.
- 54 DWORKIN *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 168.
- 55 CAPPELLETTI, Mauro *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 172.
- 56 STRECK, Lenio Luiz *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 173.
- 57 STRECK, Lenio Luiz *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 173.
- 58 VIANNA, Werneck *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 174.
- 59 ROSA, Alexandre Morais *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p.175.
- 60 MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 173.
- 61 WERNECK VIANNA, *apud* ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*, p. 86.
- 62 STRECK, Lenio Luiz. *apud* ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*, p. 88.

- ⁶³ ROSA, Alexandre *apud* MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 175.
- ⁶³ FERRAJOLI, Luigi *apud* TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 122.

REFERÊNCIAS

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GARAPON, Antoine. *Le gardiendespromesses: justice et démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio Constitucional da eficiência administrativa*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Ativismo judicial: possibilidade e limites*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.55, p. 77-98, jan./2006.
- Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil, Editora Magister Ltda*
- ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: Aportes Hermenêuticos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011*
- ROUSSEAU, J. J. *Du Contrat Social*. livre I, chap. 3, 1762.

SENA, Bruno de Araújo. *O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo*. Revista da ESMAPE: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Recife, v.14, n.29, p. 57-86, jan./jun.2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Compromisso com o direito e a justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel, P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte. UFMG; Rio de Janeiro: 2002.

VIEIRA, Andreia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2007.

