



CENTRO UNIVERSITARIO DE BRASILIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIENCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO LOPES FERREIRA

O PARADOXO DA CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA: A
NECESSIDADE E OS PERIGOS DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA.

Brasília
2012



LEONARDO LOPES FERREIRA

O PARADOXO DA CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA: A
NECESSIDADE E OS PERIGOS DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA.

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Álvaro Ciarlini.

Brasília
2012

LEONARDO LOPES FERREIRA

O PARADOXO DA CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA: A
NECESSIDADE E OS PERIGOS DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA.

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Álvaro Ciarlini.

BRASÍLIA, 05 de outubro de 2012

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador



DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pela compreensão e o estímulo em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu ilustre orientador e mestre Álvaro Ciarlini e ao meu grande amigo Flávio Biondo.

RESUMO

A presente dissertação aborda a atividade criativa do poder judiciário, mais exatamente uma reflexão sobre problemas trazidos pela extrapolação indevida da esfera interpretativa e a necessidade enfática de atuação criativa da prestação jurisdicional nos silêncios legislativos que impossibilitam a defesa de direitos assegurados constitucionalmente. Para tanto, houve a necessidade de se delinear primeiramente o que consiste a criatividade jurisdicional partindo da criação das normas e interpretação do direito sob as bases teóricas de Dworkin e Hart. Na tentativa de trazer as bases teóricas para o sistema jurídico brasileiro, o estudo segue tratando do nosso sistema constitucional abordando a compreensão do valor e do papel da Constituição na nossa sociedade. Construídas as bases teóricas, foi aberto espaço para discussão sobre os limites da atividade criativa no judiciário, seu cabimento e seus limites.

Palavras-chave: democracia; constitucionalismo; discricionariedade; criatividade judiciária;

SUMÁRIO

RESUMO.....	1
INTRODUÇÃO.....	3
I – EM QUE CONSISTE A CRIATIVIDADE JURISDICIONAL.....	4
1.1 Interpretação e criação do Direito.....	4
1.2 O Modelo positivista de Estado e a defesa da discricionariedade na visão de Hart.....	7
1.3 A crítica de Dworkin ao modelo positivista e a discricionariedade.....	14
II – A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA.....	21
2.1 A compreensão do valor e do papel da Constituição na sociedade brasileira.....	21
2.2 A relação entre a Constituição e a Democracia.....	27
2.3 Constituição e Democracia como um sistema jurídico.....	32
III – ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DA CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA.....	39
3.1 Causas e efeitos da criatividade judiciária.....	39
3.2 Limites da criatividade judiciária e da atuação da justiça Constitucional....	43
3.3 Legislação e Jurisdição: A estreita relação que envolve a criação Judiciária.....	47
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Ao entrar em contato com a aplicação prática das Ciências Jurídicas surge uma pergunta: como casos semelhantes, com fundamentos semelhantes, acabam tendo tratamento díspar em unidades jurisdicionais distintas, ou até dentro de uma mesma Vara Judicial.

A neutralidade que se pressupõe da melhor prestação jurisdicional exige uma lógica básica: resultados jurídicos semelhantes para pressupostos fáticos semelhantes. Portanto, há que se analisar qual a possibilidade de abertura do espaço criativo na interpretação e aplicação das decisões judiciais para que a prestação jurisdicional não extrapole a competência legislativa.

Se, por um lado, há o perigo de extrapolação de competências já mencionado, partindo do pressuposto de que o Poder Judiciário é o garantidor do estado democrático de direito e dos direitos fundamentais, a prestação jurisdicional está ligada diretamente à validade e eficácia das normas, atuando também na omissão legislativa que impede o exercício de direitos garantidos constitucionalmente, como o direito à greve do servidor público, por exemplo. Há garantia constitucional que impõe tal possibilidade, porém, na omissão do legislador, tal direito se encontra preterido ao ponto de exigir do Judiciário que encontre uma solução para o caso. A solução foi a aplicação equiparada da Lei de greve do empregado particular aplicada dentro do possível, ao servidor público.

Esse é o cerne da atual dissertação, uma análise dos fundamentos teóricos da prestação jurisdicional sob a perspectiva da criatividade do juiz ao interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto.

CAPÍTULO I – EM QUE CONSISTE A CRIATIVIDADE JURISDICIONAL

1.1 Interpretação e criação do Direito

Podemos inicialmente afirmar que é inquestionável a noção de que os juízes “criam novo direito” toda vez que decidem casos importantes ou quando anunciam um princípio ou uma regra?¹ De acordo com esse entendimento seria possível dizer, em outras palavras, que se encontra implícito o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está inserido certo grau de criatividade.²

“A melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.”³

O direito é sem dúvida um fenômeno social, no entanto, diferentemente de muitos outros fenômenos sociais a prática do direito é argumentativa.⁴ Conseqüentemente, muitas divergências se desenvolvem acerca das questões que o envolve e as mais conhecidas são as chamadas divergências empíricas e teóricas quanto ao direito. Esta situação se concretiza na relação entre juízes e advogados que de fato possuem uma divergência teórica quanto ao direito, pois divergem muitas vezes sobre os fundamentos pertinentes do direito, ou seja, sobre o que o direito realmente é. Entretanto, torna-se necessário esclarecer que esta divergência teórica não pode ser confundida com outros tipos de divergências, pois as pessoas

¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.Pg.9

² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.20

³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg. 21

⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.Pg.17

muitas vezes divergem quanto ao que é certo ou errado sob uma ótica moral e isso de fato não demonstra nenhum problema especial quando manifestado num tribunal.⁵

Os fatores relevantes da compreensão das divergências são que elas nos ajudam a determinar se e quando os juízes descobrem ou inventam o direito de alguém. Afinal, não raro são os casos em que o Poder Judiciário se depara diante de litígios que, ou por sua vez nenhuma instituição competente tenha decidido ou que nenhuma decisão institucional anterior tenha emitido sobre o caso qualquer opinião ou ainda porque a decisão institucional apenas estipulou vagas diretrizes sobre o assunto.⁶

O que de fato esta questão nos ensina é que muitas vezes o motivo da controvérsia quanto ao direito pode residir na forma de aplicação e de interpretação da própria palavra. Como exemplo, podemos citar a teoria positivista que entende o direito como uma simples questão de fato, na qual afirma que o direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas como as legislaturas e os tribunais decidiram no passado, sendo desta maneira considerada sempre uma questão de fato histórica nunca dependente da moralidade. Esta tese afirma também que a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica, pautada sobre a história das instituições jurídicas. Portanto, sob esta ótica positivista, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais.⁷

“Devo acrescentar que o ponto de vista da simples questão de fato não é aceito por todos. É muito popular entre os leigos e os escritores acadêmicos cuja especialidade é a filosofia do direito. Mas é rejeitado nas explicações que advogados e juízes ponderados e atuantes fazem de seu trabalho.”⁸

⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.Pg.6

⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.Pg.12

⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.Pg.10

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.Pg.13

O exemplo acima citado da teoria positivista, que enxerga o direito como uma simples questão de fato, apresenta-se como um posicionamento interpretativo e aplicativo do direito, neste caso, voltado para as questões históricas das instituições jurídicas. E o que se pretende demonstrar com o exemplo é que essa teoria é apenas uma das várias outras maneiras de interpretar e aplicar o direito.

O principal resultado que se busca obter diante da abordagem até o momento, reside em revelar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e de criatividade mostram-se inerentes a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também todas as outras variantes desta, como a literatura, a música, a filosofia etc.⁹

Por meio deste raciocínio, pode-se levar em consideração que toda a forma de interpretação, reprodução e execução, qualquer que seja, varia profundamente, dentre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e do estado de alma do intérprete.¹⁰

“Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Tais questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher as lacunas, precisas as nuances, esclarecer as ambiguidades. Para fazer isso, deve fazer escolhas, pois, onde existe dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha. E na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.”¹¹

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg. 21

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg. 21

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg. 22

De um modo geral, esta maneira apresentada de analisar a interpretação e a criação do direito se aplica na verdade a todo tipo de interpretação que tenha por objetivo a linguagem e as palavras. Entretanto, o verdadeiro problema existente não reside especificamente na interpretação ou na criação do direito, mas sim no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais.¹²

1.2 O Modelo positivista de Estado e a defesa da discricionariedade na visão de Hart

O modelo positivista de Estado, baseado no positivismo jurídico, filosofia esta que fundamenta o conhecimento com base nos fatos observáveis, sustenta a teoria de que o direito consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas, pressupondo, assim, que são criadas por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas.¹³

“Esta teoria, em sua parte conceitual, ensina que o direito é o produto de decisões deliberadas e intencionais, tomadas por homens e mulheres que planejam, por meio dessas decisões, modificar a comunidade com base na obediência geral às regras criadas por suas decisões. Em sua parte normativa, recomenda decisões baseadas em tais planos e, portanto, pressupõe que homens e mulheres que ocupam cargos públicos possuem a habilitação, o conhecimento e a virtude necessários para tomarem tais decisões de maneira eficiente

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg.23

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg. XII

em condições de considerável incerteza, em meio a comunidades extremamente complexas.”¹⁴

Por defender que assim seja concebido o direito, o positivismo acaba por rejeitar a ideia de que o direito possa ser o produto de uma vontade geral ou que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação, ou seja, que os próprios indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, ou outro qualquer, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade.¹⁵

Envolto no primeiro princípio do positivismo de que o direito é um conjunto de regras especialmente selecionados para reger a ordem pública¹⁶, surgiram muitos autores que aperfeiçoaram esta ideia do positivismo, atribuindo-lhe características que serviram de grande importância para seu desenvolvimento e maior compreensão.

O grande expoente desse trabalho de aperfeiçoamento foi Herbert L. A. Hart, também influenciador do presente trabalho, que desenvolveu então um teste de reconhecimento que serviria para auxiliar na distinção entre as regras jurídicas válidas e as regras jurídicas não válidas, além também de outros tipos de regras sociais existentes.

O modelo de regras formulado por Hart fora, então, separado em dois grupos, entre regras primárias e regras secundárias. As regras primárias seriam aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. Já as regras secundárias seriam aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas.¹⁷

¹⁴ DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg. XII

¹⁵ DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.XIV

¹⁶ DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.30

¹⁷ DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.31

Seguindo esta linha de raciocínio, Hart pôde então oferecer uma teoria geral das regras que, conseqüentemente, acabou culminando na existência de duas possíveis vertentes que identificariam a autoridade de uma regra perante a sociedade.

“(a) uma regra pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo aceita a regra como um padrão de conduta. Não basta simplesmente que o grupo se ajuste a um padrão de comportamento. Uma prática contém a aceitação de uma regra somente quando os que seguem esta prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem. (b) Uma regra também pode tornar-se obrigatória de uma maneira muito diferente, isto é, ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras assim promulgadas serão obrigatórias. Nesse contexto, usamos o conceito de validade: regras obrigatórias que tiverem sido criadas de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária são denominadas regras ‘válidas’.”¹⁸

A análise, apesar de superficial, da teoria geral das regras que Hart desenvolveu nos apresenta uma concepção importante de como o direito é concebido segundo o entendimento positivista.

Dworkin, um dos principais críticos da teoria de Hart, enxerga o direito apresentado por este como consistindo apenas em regras de tudo ou nada, ou seja, que ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, a saber, os princípios jurídicos,

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pg.33

que desempenham um papel importante e distintivo nos julgamentos e nos raciocínios jurídicos.¹⁹

Hart reconhece em sua obra a relevância das críticas que a ele foram imputadas, principalmente pelo fato de ter ignorado os princípios jurídicos durante a abordagem da sua teoria. No entanto, apresentou diferentes modos de traçar um contraste e fazer a distinção entre as suas regras e tais princípios e utilizou para tanto um aspecto que o auxiliou nesta missão.

Alegou primeiramente, tratar-se de uma questão de grau onde os princípios são relativamente às regras extensas, gerais e não específicas, no sentido de que com frequência aquilo que seria encarado como um número de regras diferentes poderia ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio.²⁰ E ainda justifica este seu ponto de vista afirmando que:

“Os princípios jurídicos diferem de tais regras de tudo ou nada porque, quando são aplicáveis, não obrigam a uma decisão, mas apontam para, ou contam a favor de uma decisão, ou afirmam uma razão que pode ser afastada, mas que os tribunais levam em conta, enquanto fator de inclinação num ou outro sentido.”²¹

Segundo o entendimento dos críticos como Dworkin, os positivistas rejeitam a hipótese de que na criação, construção ou elaboração do direito possam estar inclusos, pelo menos, fundamentos morais *prima facie*, para as afirmações de existência de direitos e deveres jurídicos.²²

¹⁹ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.321

²⁰ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.322

²¹ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.323

²² HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.331

Os positivistas como Hart contestam as afirmações deste tipo, como acima citado, e o fazem sob o forte argumento, convictos de que:

“Os direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com os seus recursos coercivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de, eles próprios, recorrerem ao aparelho coercivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requererem atenção como pontos focais nas atuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito.”²³

A diferença que se apresenta mais nítida entre as teorias apresentadas por Hart e as apresentadas por Dworkin residem na identificação do direito. Segundo Hart a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito, por exemplo, a legislação e as decisões judiciais, sem referência à moral. Enquanto que por outro lado para Dworkin, todas as proposições de direito que afirmam qual é o direito em certa matéria envolvem necessariamente um juízo moral, uma vez que, segundo sua teoria interpretativa, as proposições de direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrerem de um conjunto de princípios que melhor se ajustam ao direito estabelecido e que lhe confira a melhor justificação moral.²⁴

Se a diferença mais nítida entre Hart e Dworkin se encontra na identificação do direito, como visto acima, por outro lado o conflito mais direto entre ambos os filósofos, sem dúvida, reside na afirmação de Hart de que em qualquer sistema

²³ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.332

²⁴ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.332

jurídico haverá sempre certos casos juridicamente não regulados e que relativamente a determinado ponto nenhuma decisão, em qualquer dos sentidos, é ditada pelo direito e nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado, o qual Hart também chamou de textura aberta do direito.²⁵

“Mas é claro que isso não ocorre impunemente. Afinal, se fosse possível uma lei (um texto jurídico) prever todas as suas hipóteses de aplicação, estar-se-ia em face do fenômeno da entificação metafísica dos sentidos.”²⁶

Ao defender seu posicionamento afirmando ter o direito uma textura aberta e, conseqüentemente, possuir o juiz um poder discricionário para os casos em que o direito seja incompleto, Hart utiliza para tanto o simples argumento de que os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade.²⁷

“Sistemas jurídicos diferentes, ou o mesmo sistema em momentos diferentes podem, quer ignorar, quer reconhecer mais ou menos explicitamente tal necessidade de ulterior exercício de escolha na aplicação de regras gerais a casos particulares.”²⁸

²⁵ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.335

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.11

²⁷ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.141

²⁸ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.142

Quando se discute a discricionariedade do juiz, surgem questões que a condenam, que vão além da legitimação do poder judiciário e ao fato de que a criação do direito constitui uma situação de legislação retroativa *ex post facto*. Há ainda aquelas sobre os riscos de arbitrariedade, ativismos judiciais, decisionismos, e todos os outros argumentos de que a discricionariedade levaria a um estado totalitarista.

Por outro lado, aqueles que defendem a discricionariedade, estes apontam suas miras para dizer que o elemento de discricionariedade não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete.²⁹

“Não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticial, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores.”³⁰

E para finalizar, Hart dirige seu posicionamento de que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para solução de litígios que o direito não consegue regular e que isto pode ser encarado como o preço necessário que se tem

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg. 23

³⁰ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. Pg.336

de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação de litígios, tal como, segundo ele, o reenvio da questão ao órgão legislativo. E que o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou outras reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas em casos concretos.³¹

1.3 A crítica de Dworkin ao modelo positivista e a discricionariedade

Dworkin e Hart possuem entendimentos diversos acerca da maneira de enxergar e tratar suas respectivas teorias jurídicas do direito. Esta distinção de concepção é um dos pilares que justifica a divergência entre ambos. Hart concebe sua teoria sob um aspecto mais descritivo e geral, sob uma perspectiva externa, cujo ponto de vista não é o de um participante, ou seja, de uma pessoa que está fora do sistema jurídico. Já Dworkin tem como característica uma visão mais interpretativa ou avaliadora e justificada como o de um participante ativo do sistema jurídico, o que o leva a ter uma perspectiva mais interna..³²

Hart é tratado como o principal representante do moderno positivismo jurídico, segundo o próprio Dworkin, que assim o considera exatamente por ter aperfeiçoado versões anteriores do positivismo e por ter apresentado soluções que julga pertinentes a discussão do direito, como a elaboração da regra de reconhecimento e a distinção entre as regras primárias e secundárias.³³

De acordo com seu entendimento, a doutrina da regra de reconhecimento só serve para identificar as regras, o que a torna insuficiente para determinar a identificação dos princípios jurídicos por serem estes considerados elementos

³¹ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.338

³² HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.301/302

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.31

essenciais do direito e afirma que a única maneira de se identificar os princípios é através de uma interpretação construtiva.³⁴

Esta interpretação construtiva poderia ser definida como um processo de determinação de sentido de um documento escrito, no caso um texto de direito legislado, que em regra prescinde da averiguação da intenção ou vontade histórica do autor, aqui podendo ser feita referência à vontade do legislador. Assim a interpretação construtiva abrange a integração de lacunas por recurso à analogia.³⁵

A diferença suscitada entre as regras e os princípios, defendidas de maneira bastante distintas entre Hart e Dworkin, demonstram a importância que os dois institutos possuem para a caracterização e definição do direito perante uma sociedade juridicamente organizada.

Dworkin afirma primeiramente que os princípios possuem em si uma dimensão diferente das regras, dimensão esta de peso ou importância. Afirma que quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. E o exercício não pode ser, por certo, uma mensuração exata e que o julgamento que determinar que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra, frequentemente, será objeto de controvérsia.³⁶

Seguindo esta linha de raciocínio, na qual as regras não possuem a dimensão dos princípios, poder-se-ia dizer, então, que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes.³⁷

“Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte

³⁴ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.326

³⁵ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.326

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.42

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.43

*do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou a outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.*³⁸

Enquanto que as regras de direito são consideradas válidas por terem sido promulgadas por alguma instituição competente, ou criadas por juízes que as formularam para decidir casos específicos e acabaram assim instituindo-as como precedente para o futuro, tem-se por outro lado que a origem dos princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, que foi desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.³⁹

O que se consegue observar diante os argumentos de Dworkin é que, além da sua crítica ao positivismo ser bastante complexa por levar em consideração a abordagem de diversos aspectos, reside também o fato de demonstrar que uma apresentação sensata do direito reserva um lugar tanto para os princípios como para as regras.⁴⁰

Um dos pontos cruciais do confronto entre a crítica de Dworkin ao positivismo e a defesa positivista de Hart, encontra-se na alegação deste de que nos sistemas jurídicos dos países existe uma regra social ou um conjunto de regras, que

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.43

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.64

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.93

como vimos, foi chamada de regra de reconhecimento, que serve para identificar qualquer regra ou princípio como direito.⁴¹

“Na verdade, sua teoria de que uma regra social de reconhecimento existe em todos os sistemas jurídicos pode ser vista como uma de suas mais importantes contribuições à tradição positivista.”⁴²

E como citado logo acima, Dworkin rejeita esta ideia de compreensão da maneira de se identificar os princípios utilizando o mesmo padrão que foi instituído para se reconhecer as regras.

Outro aspecto de divergência entre as teses diz respeito ao poder discricionário defendido pelos positivistas. No tópico anterior observamos o posicionamento de Hart sobre o poder discricionário dos juízes.

Dworkin não aprova a visão positivista de que o direito possa ser parcialmente indeterminado ou incompleto e ainda o fato de que o juiz preencha esta lacuna através de um poder discricionário. A questão, segundo ele, trataria de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial. Aquilo que seria incompleto, segundo seu entendimento, não seria o direito, mas sim a imagem dele aceita pelo positivista, pois de acordo com seu ponto de vista interpretativo do direito, que inclui além do direito estabelecido explícito que é identificado por referência às suas fontes sociais, há também os princípios jurídicos implícitos, que são aqueles que melhor se ajustam ao direito ou com ele mantem coerência e conferem a melhor justificação moral.⁴³

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.95

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.95

⁴³ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.335

Segundo esta percepção interpretativa, o direito jamais poderia ser incompleto ou indeterminado e, por isso, o juiz nunca teria a oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito para proferir uma decisão.⁴⁴

Sob a ótica deste entendimento seria sobre estes princípios implícitos, com suas dimensões morais, que os tribunais deveriam se voltar nos casos difíceis em que as fontes sociais do direito não conseguem determinar a decisão sobre certo ponto de direito e não simplesmente sair do campo do direito e exercer seu poder discricionário.⁴⁵

Dworkin passa então a analisar com minúcia o que está sendo afirmado pelos positivistas e conclui que o termo poder discricionário trata-se, na verdade, de um conceito relativo e que sua resposta será afetada de acordo com as características do contexto em que está inserida. Desta maneira, a definição de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade.⁴⁶

Mediante a análise distingue-se ainda a expressão poder discricionário em três sentidos diferentes: Um primeiro sentido fraco do termo, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Este sentido seria utilizado nos momentos em que o contexto não é por si só esclarecedor ou quando os pressupostos não incluem esse fragmento de informação. Um segundo sentido fraco do termo também foi elaborado apenas para dizer que algum funcionário público possui a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não poderá ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. Essa maneira é assim considerada quando o funcionário faz parte de uma hierarquia de servidores, estruturada de tal modo que alguns têm maior

⁴⁴ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.336

⁴⁵ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.Pg.336

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.50

autoridade, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para cada tipo de decisão diversa. E, por último, há o sentido forte da expressão poder discricionário empregado não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação de padrões estabelecidos por uma autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever suas decisões, mas sim para dizer que em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.⁴⁷

“empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar.”⁴⁸

Na visão positivista, sempre que um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deverá exercer seu poder discricionário para sanar a lacuna, no entanto, se for disponível uma regra clara e estabelecida, os juízes, então, não possuirão este poder.⁴⁹ Segundo este posicionamento, Dworkin classifica os argumentos dos positivistas como sendo parte integrante do primeiro sentido fraco do termo poder discricionário, e isto apenas para dizer que, às vezes, os juízes devem formar seu próprio juízo ao aplicar padrões jurídicos.⁵⁰

Reconhece que em algumas situações os positivistas parecem entender sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte do poder discricionário, ao considerar que quando um juiz esgota as regras à sua disposição ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei.⁵¹

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.50-52

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.52

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.54

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.54

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.Pg.55

É diante o exposto que se conclui o levantamento feito do pensamento de Dworkin acerca do positivismo e também com relação ao poder discricionário defendido pelos positivistas como Hart.

CAPÍTULO II – A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA

2.1 A compreensão do valor e do papel da Constituição na sociedade brasileira

A Constituição, criada pelos homens com o intuito de instituir um Estado Democrático de Direito, tem como objetivo regular a garantia e o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade.

Curiosamente o fenômeno chamado Constituição nasceu na história moderna contemporânea como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surgiu como exigência para conter o poder absoluto do rei, acabou por se transformar em um indispensável mecanismo de contenção do poder das majorias.⁵²

Diante esta análise, alguns críticos não perderiam a oportunidade em salientar que se por acaso pudesse ser compreendida a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar, então, que o constitucionalismo é antidemocrático na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, que são reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários, intencionalmente inseridos no rol de contenção das Constituições.⁵³

Os dispositivos contramajoritários que se encontram presentes na Constituição, além, de estabelecerem os limites formais, representam também à materialidade do compromisso que dirige para as necessidades de concretização dos direitos prestacionais e, ao mesmo tempo, para a proibição de um possível retrocesso social. O artigo 3º da Constituição Federal constitui um excelente

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.17

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.18

exemplo em que se concretiza esta situação ao implantar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.⁵⁴

Torna-se importante ressaltar a esta altura, sendo um pouco digressivo, que um dos mitos centrais do pensamento político moderno é aquele em que sustentam alguns críticos o fato de existir uma difícil conciliação entre o constitucionalismo e a democracia. Entretanto, neste momento histórico da sociedade, a Constituição transformou-se, em determinadas circunstâncias, numa condição de possibilidade do exercício do regime democrático.⁵⁵

“O alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à vontade geral absoluta, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.”⁵⁶

Ao abrigo desta interpretação, tem-se que a Constituição de maneira alguma obstrui a democracia, pois na verdade as regras contramajoritárias não são necessariamente ataduras do complexo sistema social que rege e, sem dúvidas, podem sim vir a promover a liberdade.⁵⁷

“A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma –

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 19

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 20

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.20

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.21

*a Constituição – estabeleceu para o futuro. Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade.*⁵⁸

Torna-se relevante a compreensão desta discussão, pois esta questão possui especial importância em um país como o Brasil em que as promessas da modernidade, asseguradas pelos textos constitucionais, carecem de uma maior efetividade. É exatamente por este motivo que se torna imprescindível à percepção de toda essa problemática para assim poder-se debater o papel da Constituição e a função da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, atendendo, assim, as condições de possibilidade para a implementação e concretização dos direitos fundamentais-sociais, a partir desse novo paradigma de Direito e Estado.⁵⁹

É preciso ter em mente que toda a abordagem até aqui exposta é de fato interminável em seu conteúdo, o que nos levaria a discussão da problemática tensão entre legislação e jurisdição, pela simples razão de que a primeira é fruto da vontade geral (majoritária) e a segunda coloca freios nessa mesma vontade geral.⁶⁰

Digressionando, salienta-se que o modelo de Estado adotado pelo Brasil, durante o processo constituinte, optou por permanecer seguindo os moldes do *judicial review* de inspiração norte-americana. Decorre daí a importância que deve ser dada acerca do tipo de justiça constitucional encarregada de realizar o controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico do nosso país.⁶¹

“É razoável afirmar, nesse contexto, que a força normativa da Constituição e, se assim se quiser, o seu papel dirigente e compromissório, sempre teve uma direta relação com a atuação da justiça

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.21

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.22

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.22

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 23

*constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Lei Maior.*⁶²

Pode-se dizer com isso que o papel da Constituição e sua força normativa, tanto quanto seu grau de orientação, vão depender da observação e, assim também, da aceitação de uma das duas teorias que distingue a discussão. Tem-se por um lado as teorias procedimentais e do outro as teorias materiais-substanciais. A diferença que se percebe entre estas duas teorias reside no fato de que as teses materiais dão mais destaque para a regra contramajoritária, ou seja, àqueles freios as vontades das maiorias eventuais e justificam sua utilização afirmando que estas regras reforçam a relação Constituição-democracia. No entanto, defendem os procedimentalistas, que estas regras enfraquecem a democracia, pois segundo eles, uma jurisdição constitucional interventiva “coloniza” o mundo da vida. E justificam seu posicionamento sob o argumento da falta de legitimidade da justiça constitucional.⁶³ Argumento por vezes contestado.

*“A jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação.”*⁶⁴

Diante da inefetividade da Constituição e levando em consideração a também omissão dos poderes legislativos e executivos em executar as políticas públicas, é que resulta em países como o Brasil o crescimento em números

⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pg. 23

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pg. 24

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005 Pg. 185

consideráveis de juristas que defendem uma maior atuação, tornando mais efetiva a justiça constitucional.⁶⁵

Por outro lado, não se pode deixar enganar, pois as teorias processuais-procedimentais adquirem força a cada dia devido às alegações de acusação que fazem da judicialização da política, que inevitavelmente para eles, se configura em ativismo judicial.⁶⁶

Apesar de cada teoria em si possuir um grande número de adeptos, dentre grande juristas, e todas baseadas em fortes argumentos, afigura-se ainda assim que as teorias materiais-substanciais, que trabalham sobre a perspectiva de implementação dos direitos fundamentais-sociais substantivados na Constituição e que se apresenta como condição de validade da própria Constituição, evidenciando o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, as diferenciam pra melhor frente as demais.⁶⁷

Os levantamentos destes fatos trazem inevitavelmente à discussão questões referentes à legitimidade do poder judiciário, ou seja, da justiça constitucional, por ser este órgão o possível encarregado de exercer essas garantias para a população.

“difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil - destinar ao Poder Judiciário tão-somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 24

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.25

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.25

da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental.”⁶⁸

Com base nestas razões é que deve a justiça constitucional, Poder Judiciário, adotar um novo ofício no âmbito de relações dos poderes do Estado, deste modo, que o leve a ascender às funções de *check and balances*. Esta atuação leva em consideração a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios erguidos pela Constituição, possua procedência mesmo contra os textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares, que de toda forma também devem obediência à Constituição.⁶⁹

“Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de checks and balances, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno.”⁷⁰

Por fim, compreende-se que a teoria substancialista, que de fato não pode ser confundida com qualquer elo ao ativismo judicial, mais do que equilibrar e harmonizar todos os Poderes do Estado, confere ao Judiciário o pesado fardo de assumir o papel de um intérprete que em evidência exerce, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral explícita no direito positivo, especialmente aqueles elencados nos textos constitucionais e também nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem.⁷¹

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 26

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.31

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg. 19

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.32

A superação das desigualdades sociais como objetivo último de uma sociedade de modernidade tardia que migra em pequenos passos rumo ao desenvolvimento, conforme elencado no artigo 3º da Constituição, é que se torna o ponto de partida que a caracteriza como contendo um conteúdo dirigente e compromissório. E é neste ponto que se guarda o papel transformador do direito e do Estado.

2.2 A relação entre a Constituição e a Democracia

É possível notar, mediante o amparo de uma parte da doutrina, que um dos fatores que se apresenta de maneira incontestável seja no âmbito dominado pelo *civil law* ou do *common law* reside na compreensão de que a jurisdição constitucional nas sociedades contemporâneas tem operado intensamente como um mecanismo de defesa da Constituição e da concretização das suas normas asseguradoras de direitos. Já sendo considerado esse “ativismo judicial” como um processo de “judicialização da política.”⁷²

Deixando um pouco de lado a grande problemática que abrange esta questão da judicialização da política ao envolver dois institutos que por si só já são alvos de muitas discussões, a relevante relação entre direito e política, tema, aliás, bastante debatido entre autores como Dworkin e Habermas, temos por outro lado a também importante situação da responsabilidade democrática dos juízes, quando se debate o tema da judicialização da política.

“Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja

⁷² VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.18

compatível com as bases do constitucionalismo democrático.”⁷³

O receio que nasce no seio da doutrina procedimentalistas é o de que a judicialização da política acabe atuando contrariamente ao regime constitucional e aos seus fundamentos democráticos. Paralelamente figura-se não restar dúvidas, para outra parte dos doutrinadores, que o sistema de direitos fundamentais acabou se transformando no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, devido ao fato de determinados princípios terem sido inseridos à Constituição formando os preceitos básicos de sua organização.⁷⁴

“Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e a interpretação do ordenamento constitucional pelo critério de direitos fundamentais.”⁷⁵

Diante da imensa dimensão inerente aos direitos fundamentais e neste momento histórico em que possuem status normativos e expressam valores constitucionais, esses direitos passam a exercer uma função de integração dos indivíduos no processo político-comunitário e de ampliação do espaço público. O que para o constitucionalismo democrático não haveria mais que se falar em direitos subjetivos, mas sim em liberdades positivas. Dessa maneira, os direitos fundamentais do homem não mais significariam esfera privada contraposta à

⁷³ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.19

VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg. 25

⁷⁵ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.26

atividade pública, como uma simples limitação do Estado, mas sim restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.⁷⁶

Através de todo o aparato constitucional embasado pelos constitucionalistas democráticos na qual os direitos fundamentais são considerados valores reconhecidos pela comunidade, ingressando assim nos textos constitucionais, têm-se que enquanto valores constitucionais, o sistema desses direitos constitui-se simultaneamente em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional que também funciona como seu critério de interpretação.⁷⁷

“Os direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de validação comunitária, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica.”⁷⁸

Para os defensores desta corrente constitucional democrática seria através de uma participação político-jurídica, entendida como a ampliação do círculo de interpretes da Constituição, que ocorreria o ideal processo de ligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. O que significaria permitir que cidadãos, partidos políticos, associações, dentre outros, integrassem o restrito círculo de intérpretes da Constituição, democratizando o processo interpretativo e também concretizando a Constituição. Lembrando que a referida abertura constitucional defendida pelos constitucionalistas democráticos tem como objetivo primordial garantir a efetividade do sistema de direitos assegurados constitucionalmente, superando as dificuldades e os demais problemas que de fato

⁷⁶ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.30

⁷⁷ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.31

⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.31

esta abertura traria, pois concretizar o sistema de direitos constitucionais presumiria numa atividade interpretativa mais intensa, efetiva e democrática.⁷⁹

“Importa esclarecer que a ideia de uma efetiva abertura constitucional, mediante a criação de um amplo círculo de intérpretes, não significa a defesa de um extenso subjetivismo interpretativo. As normas escritas de uma Constituição são sempre e necessariamente, o ponto de partida de qualquer solução jurídica. A abertura constitucional busca apenas garantir a participação jurídico-política da comunidade, por intermédio de determinados institutos processuais na efetivação do sistema de direitos constitucionais.”⁸⁰

E isso ocorre devido ao fato do constitucionalismo democrático defender tanto o ideal da igualdade e dignidade humana quanto o processo participativo jurídico e político da comunidade, o que implica numa mudança no jeito de se olhar para o Estado, pois os procedimentos adotados por essa corrente resultam mais em exigir prestações positivas do que aquele tradicional e conhecido comportamento negativo do mesmo. Certamente, para esta doutrina, o embate está contra a concepção de direitos subjetivos enquanto esfera que demanda proteção contra invasões indevidas por parte da autoridade estatal. Busca-se ao contrário, conferir maior prioridade ao dever de ação do que o dever de abstenção por parte do Estado.⁸¹

O constitucionalismo democrático busca nesta omissão estatal construir determinados instrumentos processuais visando conferir maior efetividade às

⁷⁹ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.32

⁸⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.32

⁸¹ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.33

normas constitucionais asseguradoras de direitos, especialmente os direitos sociais, que ainda sofrem muito com a falta de uma regulamentação eficaz.⁸²

“O dever de ação por parte do Estado, portanto, associa-se, nesse momento, à necessidade de por fim à omissão. Ou, de outra forma, controlar as omissões do poder público, seja do Legislativo, seja do Executivo, é a medida pela qual se garante o dever de prestação.”⁸³

Essa corrente doutrinária que por ora observamos defende, portanto, que o processo de concretização da Constituição entendida como uma efetividade do seu sistema de direitos fundamentais-sociais, depende da capacidade da sociedade de controlar as ações e omissões do poder público mediante aqueles instrumentos processuais destinados a controlar a atuação estatal e que viabilizam a participação jurídica e política da comunidade, garantindo dessa forma o valor e a dignidade da pessoa humana resguardados pela Constituição.⁸⁴

Conclui-se que a eficácia normativa da Constituição, em relação ao sistema de direitos constitucionais, vai depender também da operosidade das instituições incumbidas do seu cumprimento cabendo assim ao Poder Judiciário, na condição de último intérprete da Constituição, um papel fundamental na concretização desses direitos. O constitucionalismo democrático brasileiro segundo a visão de parte da doutrina defende uma jurisdição constitucional que atue como o encarregado responsável das liberdades positivas de um sistema republicano.⁸⁵

⁸² VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.34

⁸³ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.34

⁸⁴ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.34

⁸⁵ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.34

2.3 Constituição e Democracia como um sistema jurídico

Na tentativa de compreender o funcionamento da máquina estatal e a função exercida por suas instituições organizacionais dentro de um Estado Democrático de Direito, mostra-se perfeitamente pertinente analisarmos, mesmo que de forma breve, o conceito de direito, podendo ser entendido este sob a ótica de um sistema jurídico, afinal tanto o direito como o sistema jurídico, no sentido de direito objetivo, são usados como sinônimos.⁸⁶

O direito é parte integrante da família dos sistemas normativos ao lado também da moral, dos usos e costumes, dos jogos, dentre vários outros exemplos. O sistema normativo pode ser entendido como sendo aqueles sistemas dedutivos de enunciados, onde entre as consequências lógicas há pelo menos uma norma, ou seja, um enunciado que interliga um determinado fato a uma solução normativa, seja ela uma permissão, uma proibição, ou uma obrigatoriedade.⁸⁷

“Um sistema normativo não precisa ser constituído apenas por normas; a presença de pelo menos uma norma no conjunto de enunciados é suficiente para classificar o sistema como normativo. Essa frágil exigência reflete a circunstância de que em muitos sistemas normativos, como é evidente no direito, aparecem enunciados que não são normas, tais como definições conceituais, descrições fácticas ou expressões de desejos.”⁸⁸

Torna-se necessário para um claro entendimento, neste momento, correlacionar o sistema normativo com o sistema jurídico, e um dos aspectos distintivos entre ambos os sistemas é orientado pelo fator coatividade. Assim, como

⁸⁶ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.117

⁸⁷ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 118

⁸⁸ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 118

para se constituir um sistema normativo a partir de um sistema de enunciados, é necessário que se inclua pelo menos uma norma, para que se constitua um sistema jurídico a partir de um sistema normativo torna-se igualmente necessário incluir normas que prescrevem atos coativos.⁸⁹

A prescrição desses atos coativos, as quais são determinadas por certas normas, tem uma estreita relação pelo fato de estarem destinadas a regular o exercício do monopólio da força estatal. Apesar de o sistema jurídico inibir por meio de normas o uso geral da coação, há por outro lado, uma série de regras que conferem exceções, autorizando o uso da força em certas condições e por certos indivíduos ou órgãos competentes.⁹⁰

Hart, por outro lado, distingue o direito de outros sistemas normativos alegando que não basta utilizar apenas o fator coatividade como referência, mas sim levar em consideração que o direito conta não somente de normas primárias de obrigação, como também com normas secundárias, àquelas que versam sobre as primárias, quais são de reconhecimento, de adjudicação e de mudança.⁹¹

“Essas normas, que Hart menciona como distintivas do direito, indicam, em suma, uma propriedade que muitos autores concordam em considerar definitiva do conceito de sistema jurídico: seu caráter institucionalizado, ou seja, suas normas estabelecem autoridades ou órgãos centralizados para operar de determinada maneira com as normas do sistema. As regras de mudança de Hart estabelecem órgãos criadores de normas; as regras de adjudicação estabelecem órgãos de aplicação da norma – fundamentalmente os juízes –; e a regra de reconhecimento estabelece uma certa limitação importante aos órgãos de aplicação de normas.”⁹²

⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.119

⁹⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.120

⁹¹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.123

⁹² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 123

A simples abordagem feita até o momento serve apenas para demonstrar que tanto a coatividade quanto a institucionalização são qualidades especiais relevantes para o emprego da palavra direito na linguagem habitual e que sua presença ou ausência marcam uma diferença significativa entre os sistemas jurídicos das sociedades desenvolvidas.⁹³

Os sistemas jurídicos desenvolvidos são basicamente formados pelas mesmas características. São compostos por órgãos encarregados de criar e derrogar as normas gerais do sistema, que poderiam ser referentes aos legisladores em sentido amplo, os órgãos encarregados de aplicar as normas às situações particulares e de dispor, se preciso, da execução de medidas coativas que as normas prescrevem, e por último, mas não menos importante, os órgãos encarregados de executar fisicamente as medidas coativas.⁹⁴

“Cabe aqui destacar que, apesar de os três tipos de órgãos mencionados serem característicos de todo sistema jurídico desenvolvido, o segundo tipo – ou seja, os órgãos encarregados de aplicar normas a casos particulares e de dispor de medidas coativas – tem um papel central no esclarecimento de uma série de perguntas sobre a natureza do direito.”⁹⁵

O doutrinador Carlos Santiago Nino caracteriza os três tipos de órgãos acima observados, denominando-os de órgãos primários. Para o doutrinador são os órgãos do segundo tipo os quais devem ser concentradas as forças para responder as perguntas a cerca da natureza do direito, uma vez que, os demais órgãos não conseguiriam atender e responder de modo coordenado às questões referentes à

⁹³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 125

⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.126

⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.126

pertinência de uma norma a um sistema jurídico e da própria existência de tal sistema.⁹⁶

Apesar de outras considerações relevantes que possam ser relacionadas àquelas instituições, no auxílio da identificação de um sistema jurídico, o que se observa é que em todos os sistemas jurídicos desenvolvidos os órgãos primários são obrigados a aplicar determinadas normas a casos particulares, mesmo que essas normas não possuam solução para o caso, ou por serem imprecisas, lacunares ou contraditórias, ainda assim os magistrados devem recorrer a princípios ou normas que considerem apropriados para solucionar o caso.⁹⁷

Hart caracteriza a origem dessa obrigação dos juízes afirmando que a mesma surgiu de uma prática ou regra social, possivelmente desenvolvida pelos próprios juízes, estabelecendo que determinadas normas, que satisfizessem certas condições, como por exemplo, a de serem prescritas por órgão legislativos, fossem consideradas válidas devendo então ser aplicadas.⁹⁸

A existência de tal prática social seria o fator criador da conhecida fórmula de Hart, chamada de regra de reconhecimento. Para Hart, apesar das considerações que precisam ser levantadas para a devida compreensão do instituto, o mesmo chama a atenção para o fato que ocorre com todas as normas consuetudinárias, da necessária distinção que deve ser feita entre a situação do conjunto de juízes perante a regra de reconhecimento e a outra situação em relação a essa mesma regra, porém levando em consideração cada um dos juízes individualmente.⁹⁹

“O conjunto dos juízes não é obrigado pela regra de reconhecimento, mas cada um dos juízes que integra esse conjunto é obrigado sim, do mesmo modo que uma sociedade em conjunto não é

⁹⁶ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.125

⁹⁷ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 128

⁹⁸ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 128

⁹⁹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.129

obrigada a manter seus costumes em relação à maneira de se vestir, cumprimentar etc., mas os indivíduos que a integram, considerados de forma isolada, são obrigados a isso.”¹⁰⁰

Hart justifica esse seu entendimento com base no ponto de vista interno e externo em relação à regra de reconhecimento, cabendo aqui, no entanto, fazermos referência apenas ao ponto de vista interno.

“O ponto de vista interno perante a regra de reconhecimento não consiste em se referir a ela, mas sim em usá-la (o que implica adesão a ela) para determinar quais normas devem ser aplicadas. Esse é, segundo Hart, o ponto de vista adaptado dos juízes, e que se manifesta no emprego da linguagem normativa própria do direito; em especial, quando se diz que uma regra é válida, geralmente se formula um enunciado interno, que pressupõe a aceitação da regra de reconhecimento.”¹⁰¹

A abordagem que foi feita até o momento nos permite arriscar caracterizar um conceito de sistema jurídico, porém de uma maneira ainda bastante arcaica e provisória, que certamente levantará mais questões do que soluções. Um sistema jurídico seria então um sistema normativo, geralmente obrigatório, reconhecido por determinados órgãos que o próprio sistema estabelece e que controla as possibilidades em que esses órgãos podem dispor de medidas coativas nos casos particulares, valendo-se do monopólio da força estatal.¹⁰²

Ocorre que para que haja um devido entendimento e uma completa caracterização do conceito de sistema jurídico, Carlos Santiago Nino alerta para o

¹⁰⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.129

¹⁰¹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg.130

¹⁰² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 131

fator necessário de se responder as questões problemáticas sobre a pertinência de uma norma a um determinado sistema jurídico e da individualização desse sistema. *“Normalmente costuma-se relacionar a questão da pertinência de uma norma a um sistema jurídico com a questão da validade de tal norma.”*¹⁰³

De fato não nos aprofundaremos nas questões da pertinência de uma norma a um sistema jurídico e da individualização desse sistema, pois acabaríamos digressando por demais do assunto em questão. A abordagem até aqui é meramente elucidativa, apenas com o intuito de analisarmos o complexo conceito de sistema jurídico inserindo nesse contexto o modelo constitucionalista de Estado adotado pelas sociedades desenvolvidas.

Cabe aqui nesta fase do presente trabalho, uma vez que iniciamos o debate acerca do sistema jurídico, pelo menos relatar a conclusão do doutrinador que inspirou e serviu de base para a então explanação do assunto.

“Um sistema jurídico é um sistema normativo que estipula, entre outras coisas, em que condições o uso da força é proibido e permitido e que institui órgãos centralizados que aplicam as normas do sistema a casos particulares (estando em geral obrigados a fazer isso), dispondo a execução das medidas coativas autorizadas pelo sistema, através do monopólio da força estatal.

Uma ordem jurídica se distingue de outras pelo fato de suas normas serem direta ou indiretamente reconhecidas por órgãos que recorrem, para executar as medidas coativas que dispõem, a uma organização de força independente da que empregam os órgão primários de outros sistemas.

Uma ordem jurídica existe quando suas normas primitivas ou não derivadas são, em geral, observadas por seus destinatários e aceitas efetivamente em suas decisões pelos órgãos que tem a possibilidade fáctica de acionar o monopólio

¹⁰³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 131

da força estatal para executar as medidas coativas que o sistema autoriza.”¹⁰⁴

Com essa explicação acerca do entendimento do sistema jurídico apresentada pelo doutrinador, acima transcrita, concluímos a presente parte fazendo uma interligação entre o conceito de sistema jurídico e a atuação estatal dos regimes constitucionalistas adotado pelas sociedades desenvolvidas em todo o mundo. O regime constitucionalista seria então enquadrado como um sistema jurídico por corresponder às determinações distintivas desse sistema em relação aos demais sistemas normativos.

¹⁰⁴ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pg. 165

CAPÍTULO III – ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DA CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA

3.1 Causas e efeitos da criatividade judiciária

Após compreender os mecanismos da interpretação e da criação do direito e ter reconhecido o fato de que é intrínseco, em todo ato de interpretação, certo grau de criatividade, passaremos a analisar as causas e os efeitos dessa transformação.¹⁰⁵

A criatividade judiciária é um elemento que frequentemente vem associado à imagem de discricionariedade do juiz e, assim, também da escolha, entretanto, a compreensão deste instituto não deve incorrer no persistente equívoco de confundilo com a afirmação de total liberdade do juiz intérprete.¹⁰⁶

O elemento da discricionariedade nem sempre é acompanhado necessariamente da arbitrariedade e o poder criativo dos juízes nem de longe é um elemento completamente livre de vínculos, muito pelo contrário, observa-se que todo sistema jurídico civilizado sempre procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processual quanto substancial.¹⁰⁷

De certo é que a verdadeira lide que envolve a questão se apresenta num patamar diferente, uma vez que o problema de fato não se encontra no elemento criatividade e não criatividade, mas muito mais sobre o grau de criatividade judicial e, conseqüentemente, seus modos e limites.

“Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg. 23

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg. 23

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg. 24

argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na equidade ou em análogos e vagos critérios de valoração. Por isso dever ser firmamente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente 'direito livre', no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.”¹⁰⁸

A criatividade judiciária é de fato um típico fenômeno do século XX e seu surgimento está ligada, sobretudo, a radical mudança ocorrida no próprio papel do direito e do Estado na sociedade moderna. Esta transformação da função estatal ocorreu de forma gradativa no decorrer da história e tem íntima relação com a postura assumida pelo Estado em cada momento histórico da existência humana.

“O tipo de estado que, com expressão aproximativa, chamamos de welfare state, foi principalmente o resultado da atividade legislativa. Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social; mas gradualmente as intervenções se estenderam à esfera da economia, mediante leis de caráter antimonopolísticos, sobre a concorrência, transportes e agricultura; e, finalmente, chegamos à presente situação, com a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do estado sobre a economia, a assunção da responsabilidade do estado em questões de emprego, a elaboração de planos de assistência social e o financiamento de atividades sem fins lucrativos, como, por exemplo, no campo das artes, obras públicas e renovação de centros urbanos em decadência.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg. 26

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg. 35

Apesar da Constituição do Brasil estabelecer que possua como objetivo erradicar a pobreza, promover justiça social, inserindo desta forma à ideia de *welfare state* como seu núcleo essencial, o contexto real que se verifica é diferente, afinal, na prática, esta situação não chegou a se efetivar no país. Atualmente, diante a situação de transformação pela qual passamos, o Estado deixou de ser um ordenador (como no modelo liberal) ou um promovedor (como no modelo social), para assumir, assim, um aspecto transformador das estruturas sociais.¹¹⁰

“É preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do welfare state (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um plus normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade.”¹¹¹

Outro aspecto relevante que auxilia na compreensão do crescimento da criatividade judiciária e, conseqüentemente, da expansão da atividade do Estado na sociedade, reside no reconhecimento de que a transformação sofrida no papel do Estado tem uma conexão direta com a compreensão de que o direito assumiu um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação dos direitos aos casos práticos que envolvem nosso cotidiano.¹¹²

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 148

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 9

¹¹²STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.1

Parte considerável desse descolamento em direção à jurisdição constitucional ocorre pelo fato de que o papel do Estado, atualmente, consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo sua execução gradualmente, diferentemente das posturas adotadas anteriormente pelos canais tradicionais do direito, os quais se utilizam para a realização e concretização dos direitos fundamentais-sociais os mecanismos jurisdicionais oferecidos pela Constituição.¹¹³

No presente momento os direitos sociais exigem para sua efetiva execução uma intervenção ativa do Estado, ou seja, uma ação permanente, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, então, promover a realização de programas sociais. E não simplesmente se limitar como é típico da legislação clássica, em escolher e definir entre o que é certo e errado ou justo e injusto.¹¹⁴

“Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D’onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado. O Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais.”¹¹⁵

A questão que se apresenta diante a abordagem desta discussão reside na condição de possibilidade de se utilizar a jurisdição constitucional para efetivar a

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg. 41

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.Pg. 41

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.148

realização dos direitos fundamentais sociais, inclusive de políticas públicas, previstas nos textos constitucionais, mas que de fato não se configura na vida real.

3.2 Limites da criatividade judiciária e da atuação da justiça Constitucional

Observamos até aqui que as transformações ocorridas na função e no papel do Estado, perante a sociedade no decorrer da história, foram alguns dos motivos que o levaram ao patamar estrutural que atualmente se encontra.

O resultado dessa transformação foi o desenvolvimento de inúmeros sintomas que refletem a profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, temos o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou interferir em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade, e por outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profundo e potencialmente repressivo. O Judiciário, por sua vez, não fica imune a tais sintomas, o seu desenvolvimento comportou conseqüências importantes, sobretudo com relação ao aumento da sua função e responsabilidade. E por não poder simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. E a justiça constitucional, na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.¹¹⁶

“Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.46

jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantanesco administrador.”¹¹⁷

A respeito da primeira alternativa de permanecer fiel à concepção tradicional, a autoridade judiciária permaneceria enclausurada no tranquilo campo das funções protetoras e repressivas do Estado e sua função não ultrapassaria o que se pode chamar de conflitos privados, que de fato não envolvem as novas tarefas promocionais, agudas e usualmente discricionais do poder político do Estado.¹¹⁸

Em relação à segunda alternativa de elevar o Judiciário ao nível dos demais poderes do Estado, abriria a condição de possibilidade de emergir, então, um “terceiro gigante” na coreografia do Estado moderno, na qual os tribunais assumiriam com ânimo a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada.¹¹⁹

“Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade policialesca. Nada obstante, deve-se logo afirmar que, com relação ao poder judiciário, cuida-se de riscos menos graves, senão por outra razão porque, exatamente por sua própria natureza e estrutura, é o ramo ‘menos perigoso’. Acrescente-se que

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.47

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.47

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.49

existem, todavia, no concernente ao poder Judiciário, riscos também mais específicos e prováveis.”¹²⁰

Convém ressaltar a esta altura, digressionando, que em alguns países que adotaram o sistema do *Civil Law*, chegou-se a proibir os tribunais ordinários, em princípio, de atuar nas novas esferas dos conflitos sociais, entretanto, ou por consequência, passo a passo foi surgindo outros novos organismos especiais como os Conselhos de Estado e posteriormente as Cortes Constitucionais, entidades estas que nasceram justamente com a tarefa de preencher a ampla e profunda lacuna existente na tutela jurisdicional.¹²¹

*“Em outros países pelo contrário, especialmente no âmbito da família do *Common Law*, os tribunais tradicionais – embora nunca lhes tivesse sido proibido, em princípio, empenhar-se na tarefa de controlar os dois gigantes políticos emergentes (como na América), ou pelo menos um deles (como na Inglaterra) – demonstraram disposição e capacidade insuficientes para desenvolver essa tarefa fundamental. Razão por que, também nesses países emergiram miríades de novos organismos quase judiciários – adjudicatory agencies, tribunals etc. – com o fim de suprir, senão de complementar, os tribunais ordinários no cumprimento da nova tarefa.”¹²²*

Ocorre que nos países modernos o campo de atuação do poder Judiciário também passou por uma transformação radical em relação ao que era em tempos passados, e acabou, assim, criando uma figura extremamente complexa e diferente que adquiriu características novas que o deixou diversificado e fragmentado. A

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.49

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.52

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.52

sociedade se depara com o seu enorme crescimento e do Estado como um todo, que na hipótese da tentativa de manter o controle, possibilita a explosão de emissão de atividade legislativa e administrativa no ambiente da vida social.¹²³

“Podemos, quem sabe, procurar limitar ou conter este fenômeno, ou ainda inverter a sua direção de marcha; ou, talvez mais realisticamente, tentar construir em torno dele um sistema de controles adequados. Não podemos deixar de reconhecer que a moderna expansão do cenário do terceiro ramo constitui séria tentativa, talvez a mais séria de todas, de construir tal sistema de controle. Na verdade é difícil imaginar que algum sistema de eficaz de controle e de contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e fragmentação do poder Judiciário. Entendo tratar de ponto de vital importância para a própria sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas, convicto de que não existe qualquer probabilidade de tal sobrevivência, a menos que se assegure e mantenha um sistema equilibrado de controles recíprocos. Uma atividade legislativa ou administrativa eficaz de modo algum é incompatível com o controle judiciário da própria atividade, (...) antes a coexistência equilibrada de tal atividade e de seu controle representa a essência do regime constitucional.”¹²⁴

O levantamento desse estudo e sua compreensão nos remetem sempre à frente, de maneira que investiguemos outras áreas do conhecimento interligadas de alguma forma às ideias inicialmente propostas para a presente dissertação. Neste momento, esbarra-se na questão que envolve a separação dos poderes do Estado, fenômeno que registrou como consequência, segundo Cappelletti, um judiciário perigosamente débil e confinado aos conflitos privados. No entanto, ele não estava sozinho, pois juntamente com os problemas do Judiciário, acompanhou-se não só a

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.52

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.53

existência de um legislativo totalmente não controlado, como também de um executivo também praticamente não controlado. Fato que permaneceria até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça a se impor como guardião da administração pública vista de um modo geral. ¹²⁵

“A principal ameaça à liberdade é a concentração do poder de coerção, seja nas mãos de um monarca, de um ditador, de uma oligarquia, ou de uma maioria momentânea. A preservação de tal liberdade exige, na maior medida possível, a eliminação de tal concentração de poder e a diluição e distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, ou seja, num sistema de checks and balances.”¹²⁶

Observa-se que de fato toda essa discussão do aumento da criatividade judiciária e da atuação da justiça constitucional, envoltos em questões inerentes aos poderes constituídos do Estado, constitui reflexo da transformação sofrida por este ao longo da nossa história. A expansão da atividade e assim também da criatividade judiciária simplesmente acompanhou o crescimento, sem precedentes, dos demais poderes do estado moderno.

3.3 Legislação e Jurisdição: A estreita relação que envolve a criação Judiciária

Analisamos no tópico acima que a relação entre o Legislativo e o Judiciário muito colabora para entendermos a expansão das atividades deste último, que pelo que se pode notar, foi consequência do desenvolvimento dos demais setores políticos organizados do Estado, correspondentes às características e exigências fundamentais da cada época.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.53

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.54

A tensão existente entre os dois institutos Legislativo e Judiciário nos remete ao início da jornada de formação do Estado, quando este passou então a ser regido por uma Constituição. E foi dentro da aparente contradição que envolve o surgimento do fenômeno conhecido como constitucionalismo, aspecto que foi abordado no capítulo anterior, onde se guardou a fórmula que, podemos dizer, criou a noção de jurisdição constitucional, que ainda percorreu diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.¹²⁷

Essa fórmula é também conhecida como regra contramajoritária, existente nos textos constitucionais exatamente como um meio de impor limites não só formais às assim denominadas maiorias eventuais, como também para exercer a materialidade do núcleo político-essencial, caracterizado pelo compromisso claramente explicitado no artigo 3º da Constituição Federal.¹²⁸

É justamente este compromisso assumido pelo Estado, em que se apresenta cada vez mais convicto o entendimento de que os sistemas de direitos fundamentais converteram-se no núcleo básico da Constituição, e também na qual aponta ao mesmo tempo para a concretização dos direitos prestacionais por um lado e para a proibição de retrocesso social por outro, onde se guarda a justificativa necessária para permanente ação do Estado cujo objetivo é o financiamento de subsídios e a remoção de barreiras sociais e econômicas para a então realização e concretização de tais direitos e programas sociais.

Uma vez que tais programas sociais como os de concretização dos direitos prestacionais, por exemplo, passam a serem considerados prescritos legislativos, passam também a ganhar, por outro lado, a indispensável tarefa de serem efetivadas pelas vias judiciárias, nos momentos em que não ganham efetividade por si só na forma disposta em lei.¹²⁹

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 17

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 19

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 141

Utiliza-se para tanto os novos institutos processuais, a ação popular e a ação civil pública, por exemplo, como meio de defesa para o cidadão diante o Estado. Como é o caso da educação, que usaremos de exemplo para demonstrar na prática a realidade até aqui exposta.

“(...) tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo.”¹³⁰

O artigo 205 da Constituição Federal estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Aliado a esta disposição temos também o artigo 54, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental, sendo este obrigatório e gratuito. Adiante, certifica que o não oferecimento ou sua oferta irregular importa ainda em responsabilidade para a autoridade competente.

Como vimos acima, a educação se encaixa perfeitamente no rol daqueles direitos sociais prestacionais que o Estado deve garantir aos seus cidadãos, uma vez que assim se encontra determinado na Constituição Federal do Brasil. Neste caso em questão, se por ofício do Estado houver alguma irregularidade ou descumprimento na prestação deste serviço, cabe de imediato ao poder Judiciário, por via, por exemplo, do Ministério Público a intervir na tentativa de assegurar a regularidade ou o cumprimento da norma.

É o caso que aconteceu na Comarca de Joinville (SC), em que o juiz atendendo a ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à

¹³⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. Pg.10

municipalidade a criação de 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. No presente caso, a municipalidade havia preferido colocar a determinada verba a favor de um clube de futebol.¹³¹

A decisão tomada pelo magistrado no exemplo exposto bem representa a compreensão e a aplicação da teoria substancialista também defendida por Lenio Streck, que como vimos anteriormente também explica a diferença entre as teorias substancialista e procedimentalista, abordagem que se torna necessária para compreender a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. Ademais, para os adeptos desta concepção substancialista, a atuação mais efetiva da justiça constitucional reforça a relação entre a Constituição e a democracia.

O fundamento para a adoção dessa postura mais efetiva, ou se podemos chamar de interventiva, da justiça constitucional, se encontra no fato de que a implementação dos direitos fundamentais e sociais, substantivados nos textos Constitucionais, além de carecerem de inefetividade por parte dos demais setores organizacionais do Estado, são eles Legislativo e Executivo, ainda se configuram como condição de possibilidade da validade da própria Constituição.¹³²

Uma observação que há de se acrescentar, aproveitando o exemplo exposto acima, é que para a doutrina procedimentalista, que adota como um de seus argumentos a linha de que a concretização dos direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania colocando em risco a própria democracia, convém ressaltar, no entanto, que não existe qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência de valores”, “ativismo judicial”, dentre outros.¹³³

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 127. Referência feita ao Proc. 038.03.008229-0

¹³² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 25

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg. 138

“Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões de movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, ‘convalidadas’ por legislações emanadas do Poder Legislativo. Embora em alguns casos os avanços permaneçam restritos a julgamentos isolados, finca-se, ali, um ponto de apoio para o futuro.”¹³⁴

A jurisdição constitucional ganhou grande parte de sua expressiva força no atual modelo de Estado devido, além da situação hermenêutica instaurada a partir da segunda guerra mundial e que se assenhorou do direito, também pela força normativa dos textos constitucionais e pela expressão de igualdade que se formou a partir da inércia na execução de políticas públicas e na regulamentação legislativa deficitária dos direitos previstos na Constituição.¹³⁵

“A ‘orgia’ de criatividade judiciária, como lamentada em anos recentes nos Estados Unidos por Donald L. Horowitz e numerosos outros estudiosos, não seria menos perigosa do que a ‘orgia’ de legislação [...]”¹³⁶

É dentro desta concepção do novo constitucionalismo, pós-guerra, representado pelo Estado Democrático de Direito, que se figura uma evidente constatação, a de que o grau de intervenção da justiça constitucional irá depender do nível de concretização dos direitos estabelecidos pela Constituição. Em outras

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pg. 139

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pg. 140

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993. Pg.88

palavras, o nível das demandas fatalmente comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição.¹³⁷

Lenio Streck aparece como um dos principais adeptos da teoria que defende até certo grau um intervencionismo da justiça constitucional. Sustenta, ainda, sem a menor ilusão, de que existam apenas “bons ativismos” e “bons ativistas”, a implicação do risco de ocorrência de decisões judiciais emanadas principalmente pelo Supremo Tribunal Federal contra a Constituição, que geraria como consequência um esvaziamento na sua força normativa, da qual dependem os direitos fundamentais na perspectiva substancialista, o que representaria a usurpação de poderes constituintes.¹³⁸

O fato é que segundo demonstrado pelo próprio doutrinador acima citado e utilizando de suas palavras, que em países de modernidade tardia como é o caso do Brasil, a inércia e a omissão dos poderes Legislativos e Executivos, principalmente nas áreas do direito à saúde, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam fortemente o núcleo político e essencial da Constituição, que não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na efetiva busca pela concretização dos direitos fundamentais das varias dimensões.¹³⁹

“Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.140

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.140

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.Pg.141

constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição.”¹⁴⁰

Conclui-se diante o exposto neste tópico que o novo modelo de Estado Democrático de Direito, oriundo do novo constitucionalismo pós-guerra, sem dúvidas é incompatível com qualquer postura discricionária, no sentido de ser livre de condições ou ilimitada, porque dessa maneira estariam fundamentadas em subjetividades que desprezam os próprios textos constitucionais produzidos democraticamente, tornando-se assim em seu cerne antidemocráticas.¹⁴¹

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pg 141

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* 2. ed. rev. e amp. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pg.142

CONCLUSÃO

As teorias expostas por Hart tanto quanto as apresentadas por Dworkin possuem elementos significativos que precisam ser levados em consideração ao se interpretar e aplicar o direito ao caso concreto. Apesar do embate filosófico existente entre ambos, devido a seus distintos posicionamentos com relação à maneira de interpretar e aplicar o direito, percebe-se que grandes ensinamentos devem ser absorvidos de ambas as teorias.

Portanto, no trabalho cotidiano e prático dos magistrados, que se deparam diante os mais diversos casos, precisando assim interpretar e aplicar o direito com equidade, o caminho mais sensato é equilibrar tanto a importância e a relevância dos princípios ditadas por Dworkin, como sendo elementos essenciais do direito, como também reconhecer a importância do instituto da regra de reconhecimento ditadas por Hart, reconhecendo de forma conjunta a discricionariedade inerente de toda interpretação. Assim, a busca pela melhor interpretação e aplicação do direito a um caso concreto seria a que melhor conseguisse reunir os fatores de equilíbrio para se identificar um direito e torna-lo aplicável.

Ressalta-se que no decorrer do trabalho foi demonstrada a importância da regra de reconhecimento de Hart no auxílio de identificação de uma norma dentro do sistema jurídico. Sua contribuição é de extrema valia para se entender o processo de criação de uma norma que se torna aceita pela sociedade. Do mesmo modo, Dworkin também apresenta sua parcela de contribuição no processo interpretativo das normas ao chamar a atenção para a importância dos princípios na formação e aplicação do direito.

Como dito acima, há muitos fatores relevantes que precisam ser analisados, equilibrados e levados em conta, de ambos os doutrinadores, quando se pretende identificar um direito, interpretando-o e aplicando-o cotidianamente aos casos concretos.

Ao se examinar o direito como um sistema jurídico, pode-se verificar de maneira mais clara a grande contribuição de Hart para o entendimento de identificação do direito. Sob a perspectiva de Carlos Santiago Nino, verificamos a pertinência das teorias da regra de reconhecimento e das regras primárias e secundárias na compreensão do direito e na formação do Estado como um sistema jurídico organizado.

E por fim concluiu-se que o Poder Judiciário, conforme demonstrado no contexto de um Estado Democrático de Direito, tem assumido um papel relevante ao atuar como o responsável garantidor das garantias constitucionais dos direitos fundamentais-sociais não efetivados pela Constituição e que isso é fruto da própria expansão dos ramos organizacionais do Estado.

Pelo que se pôde absorver dos ensinamentos doutrinários que serviram de base para a presente obra, afigura-se necessário que em um país como o Brasil, em que ainda se procura cumprir com as promessas básicas da Constituição como as explicitada no artigo 3º da CF, faz-se imprescindível uma atuação mais efetiva e participativa do Poder Judiciário, já que este assumiu um papel de garantidor dos direitos fundamentais e sociais que não são efetivamente cumpridos pelos demais órgãos da federação, tanto o Legislativo quanto o Executivo.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Avenida de Berna, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. rev. e amp. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.