**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

SILVIO SPONCHIADO NETO

**Técnicas decisórias de ponderação: por uma busca de limitação ao
subjetivismo judicial**

**Ribeirão Preto
2016**

SILVIO SPONCHIADO NETO

**Técnicas decisórias de ponderação: por uma busca de limitação ao
subjetivismo judicial**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Ciências.
[Versão corrigida – a versão original encontra-
se disponível na Biblioteca da FDRP]

Área de concentração: Desenvolvimento no
Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S763t	<p>Sponchiado Neto, Silvio Sponchiado Neto</p> <p>Técnicas decisórias de ponderação: por uma busca de limitação ao subjetivismo judicial / Silvio Sponchiado Neto Sponchiado Neto; orientador Camilo Zufelato. -- Ribeirão Preto, 2016. 175 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.</p> <p>1. NEOCONSTITUCIONALISMO. 2. ATIVISMO JUDICIAL. 3. PONDERAÇÃO. 4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 5. TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL. I. Zufelato, Camilo, orient. II. Título</p>
-------	---

Nome: SPONCHIADO NETO, Silvio

Título: Técnicas decisórias de ponderação: por uma busca de limitação do subjetivismo judicial

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências.

Aprovado em: __/__/__

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho aos meus pais, José (*in memoriam*) e Maria, por todo o incentivo e pela confiança depositada, sem os quais não seria possível sua realização.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Camilo Zufelato, pela atenção, orientação e acompanhamento na realização deste trabalho, cujo apoio foi fundamental para que tais ideias fossem construídas, a quem hoje mais do que um orientador se tornou um grande amigo.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, em especial aos Profs. Drs. Gustavo Assed Ferreira, Sérgio Nojiri, Fabiana Cristina Severi, Jonathan Hernandes Marcantonio e Maria Hemília Fonseca, cujas aulas e orientações foram de fundamentais para a condução da pesquisa.

Aos servidores administrativos da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, em especial a Sra. Vânia Cristina Vasconcelos Prudêncio, pela cordialidade e auxílio constantes, cuja presteza foi de suma contribuição para a realização das tarefas acadêmicas ao longo do programa de mestrado.

Aos colegas e companheiros mestrandos que, ao longo das discussões, estudos e conversas puderam contribuir para o amadurecimento acadêmico e pelos inúmeros incentivos nas horas difíceis.

Born to lose, live to win.

Motörhead

RESUMO

SPONCHIADO NETO, S. **Técnicas decisórias de ponderação**: por uma busca de limitação do subjetivismo judicial. 2016. 171 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

O objeto de estudo da presente dissertação é a análise da forma pela qual se dá a interpretação de normas pelo Poder Judiciário, principalmente através de técnicas decisórias oriundas do movimento neoconstitucionalista, permeadas pelo ativismo e criatividade judiciais, por meio de interpretações expansivas de normas e uso da ponderação entre princípios, valores e direitos fundamentais. Além disso, a pesquisa aborda os fundamentos do uso do princípio da proporcionalidade, com vistas à construção de um modelo de aplicação concreta aos casos em que serve de paradigma de aplicação. Por fim, são ressaltados os elementos necessários para análise da razoabilidade/proporcionalidade no intuito de desenvolver uma construção de parâmetros indutores para uma jurisdição objetiva, mais controlada e menos subjetivista, mediante formas efetivas de controle dos atos decisórios, especialmente quando do uso da técnica da ponderação, evitando assim o surgimento de subjetivismos e decisionismos, visando fortalecer as estruturas do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Ponderação. Princípio da proporcionalidade. Teoria da decisão judicial.

ABSTRACT

SPONCHIADO NETO, S. **Balancing decisional techniques**: a way to find the limitation of judicial subjectivism. 2016. 171 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

The aim of this dissertation is the analysis of how the Judiciary gives interpretation of rules, which mostly adjudicated techniques had began with the neoconstitucionalist movement that has been permeated by judiciary creativity and activism throughout expansive laws interpretation besides the prudence use of principles, values and fundamental rights. Moreover, this research covers the fundamental use of principles proportionality in order to build a concrete application model in cases of adhibition paradigm. Therefore, this study points the necessary elements for the analysis of reasonableness/proportionality intending to develop inductors parameters for an objective jurisdiction, more controlled and less subjective, by an effective command of decision-making acts, especially when using the balancing of principles, which may help to avoid subjectivisms and settlings, in order to reinforce the structures of the Democratic State of Law.

Key words: Neoconstitucionalist. Judicial activism. Balancing. Principle of proportionality. Theory of judicial decisions.

SUMÁRIO

Introdução	19
Estrutura e delimitação do objeto de trabalho.....	22
1. Interpretação e função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.....	27
1.1. Análise e evolução no campo das normas jurídicas.....	34
1.2. Interpretação sistemática e criação judicial do Direito.....	48
1.3. Subjetivismo judicial e práticas decisionistas	72
1.4. Conclusões parciais.....	86
2. Técnica decisória da ponderação e harmonização de valores nas decisões judiciais	87
2.1. Judicialização e ativismo judicial: considerações acerca do protagonismo do Poder Judiciário na atualidade	90
2.2. Razoabilidade, proporcionalidade e ponderação de direitos no sistema jurídico brasileiro	102
2.3. A técnica da ponderação enquanto critério de justiça	115
2.4. A ponderação nos Tribunais brasileiros: decisões ilustrativas	120
2.5. Conclusões parciais.....	139
3. O uso da técnica da ponderação como meio legítimo de pacificação social e seus meios de controle.....	141
3.1. Racionalidade e argumentação judicial	143
3.2. Participação popular e controle das decisões judiciais.....	148
3.3. Fundamentação dos atos decisórios, ponderação e novo Código de Processo Civil.....	151
3.4. Conclusões parciais.....	156
4. Conclusão	159
Referências	166

Introdução

Nos últimos anos, e com cada vez mais frequência na atualidade, o Poder Judiciário teve suas funções expandidas, passando a exercer certo protagonismo na seara política e institucional que envolve o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Referida atuação de destaque do Poder Judiciário pode ser observada em uma série de julgados aonde são aventadas questões cuja relevância transcende a alçada propriamente jurídica, aonde a técnica da subsunção do fato à norma não se faz de toda presente, uma vez que inadequada, ou não suficiente, para o tratamento das novas realidades que são postas à análise dos magistrados.

A atividade jurisdicional empreendida na atualidade não encontra resquícios em regimes constitucionais anteriores, sendo um fato isolado na história constitucional brasileira, porém inexorável na atualidade. Contudo, não se trata de fenômeno exclusivamente brasileiro, uma vez que é verificado em uma série de países, desde aqueles da tradição da *civil law* como também aqueles que seguem a linha da *common law*.

Essa nova postura do Poder Judiciário diz respeito aos influxos que advieram da denominada corrente neoconstitucionalista, a qual propugnou um comportamento mais ativista por parte dos magistrados, merecendo destaque o desenvolvimento de novos métodos interpretativos, formas de argumentação e o exercício de uma criatividade judicial sem precedentes.

Muitas foram as circunstâncias que levaram à adoção deste novo posicionamento pelo Poder Judiciário, podendo dar destaque para as atuações insuficientes ou inadequadas das funções estatais de representação popular, o surgimento de novos conflitos sociais em virtude do desenvolvimento cada vez mais rápido da sociedade e das relações entre os indivíduos, muitos destes sem soluções sistêmicas que pudessem ser extraídas do ordenamento jurídico e, consequentemente a inadequação dos métodos de resolução de conflitos existentes perante estas novas realidades.

No mesmo compasso, os diversos valores da sociedade plural passaram a ser incorporados pelas Constituições dos Estados, sendo o caso da Constituição da República de 1988, enquanto forma de representação e guarida dos diversos grupos e

interesses existentes na sociedade, fazendo valer assim o epíteto de “constituição cidadã”.

Nesse contexto, ocorreu um desenvolvimento da Dogmática Jurídica, especialmente no que importa quanto às estruturas das normas jurídicas, as quais passaram a deter texturas flexíveis, com vistas a possibilitar o amparo de um espectro de valores que se encontram dispersos no sistema jurídico, assim como proporcionar o dinamismo no ordenamento jurídico, objetivando que este se mantenha atual com as expectativas e aos interesses sociais em jogo.

Contudo, verificou-se que as técnicas decisórias não se mostravam mais adequadas para que os novos litígios fossem solucionados com justiça. O método da subsunção dos fatos à norma, desenvolvido na seara do juspositivismo dos séculos passados, passou a ser relegado para a solução de casos mais simples e fáceis, aonde os métodos hermenêuticos não demandavam um esforço interpretativo ou criativo.

No entanto, para as novas realidades, foi necessário o desenvolvimento de novas técnicas decisórias, as quais deveriam estar aptas para o tratamento de conflitos de interesses e valores, assim como também de conflitos entre preceitos normativos de mesma estatura hierárquica, sendo que muitos deles eram, e são, sensíveis para os diversos grupos que compõem as bases da sociedade brasileira.

Os diversos preceitos normativos, que contêm aberturas em seus enunciados, estão presentes em todos os ramos do ordenamento jurídico sob as formas de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e, especialmente, na forma de princípios jurídicos.

Com relação aos princípios jurídicos, estes tiveram uma valorização exacerbada com o neoconstitucionalismo, tendo como encargo precípua o de serem janelas para a entrada de padrões teleológicos no sistema, ao lado de mais três funções de destaque, quais sejam, a função fundamentadora, enquanto vigas mestras da ordem jurídica, a função interpretativa, como bússolas que norteiam as diretrizes do pensamento dos operadores do direito, e a função subsidiária, isto é, os princípios exercem o papel de preencher eventuais lacunas existentes no ordenamento.

Frise-se, ademais, que uma das características da Constituição da República de 1988 é o fato dela ser principiológica, isto é, configura um sistema aberto de regras e princípios jurídicos, estes de elevado grau de abstração, carecendo de mediações

concretizadoras, as quais serão realizadas através dos procedimentos interpretativos, sendo eles considerados ainda como *standards* jurídicos radicados nas exigências de justiça (DWORKIN, 2003), ou com extrema proximidade à ideia de direito (LARENZ, 1997).

Os princípios são considerados, então, como mandamentos de otimização (ALEXY, 2014), pois são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo satisfeitos em graus variados. Os princípios são aplicados ou concretizados de maneira gradual, em conformidade com seu peso diante das circunstâncias jurídicas e fáticas, destacando, então, o uso de uma nova técnica decisória para a solução de conflitos, qual seja, a técnica da ponderação.

Assim, os princípios circunscrevem-se a uma dimensão de peso e importância valorativa, cujas colisões entre eles serão resolvidas mediante o critério da ponderação, balanceamento ou sopesamento dos elementos colidentes. Destaque-se que, neste caso, não haverá a declaração de invalidade de um deles, mas sim que um será afastado temporariamente da aplicação apenas naquele caso.

Nesse contexto, a técnica da ponderação, aliada aos princípios da racionalidade e da proporcionalidade, passou a ser utilizada como instrumental decisório a fim de dar cabo das novas demandas sociais, muitas das quais envolvendo questões de importante relevância para o convívio social e para a preservação dos objetivos maiores do Estado brasileiro.

Contudo, foi visto que em certos momentos os Tribunais passaram a utilizar dos postulados da proporcionalidade e da alegação de um exercício ponderativo em suas atividades hermenêuticas como um mero recurso retórico, promovendo arbitrariedades e decisionismo indesejados, os quais acarretam elevada insegurança jurídica e desestabilização nas estruturas de um Estado que se quer denominar democrático de direito.

Para o manejo adequado da técnica decisória da ponderação uma série de parâmetros devem ser observados, especialmente aqueles aonde se poderá averiguar que seu uso foi realmente necessário, enquanto medida excepcional do sistema jurídico, permitindo então o controle pelas partes interessadas, pelas instituições estatais e pela sociedade como um todo, uma vez que diante do protagonismo judicial, os influxos das

decisões não repercutirão apenas na esfera jurídica dos litigantes, antes irão se imiscuir por toda a sociedade.

Desse modo, instrumentos justificadores das escolhas e tomadas de decisões por parte dos magistrados devem ser priorizados, pois através deles é que se averiguará a legitimidade da posição adotada enquanto meio de solução daqueles casos considerados difíceis enquanto objeto de incidência da ponderação envolvendo princípios jurídicos de igual estatura hierárquica constitucional, valores e interesses de elevada envergadura social.

Assim, parâmetros de controle e motivação das decisões devem ser postos em realce, mediante o desenvolvimento de argumentações jurídicas pautadas em uma racionalidade adequada, clara e bem estruturada, assim como deve ser dado o devido destaque à motivação das decisões enquanto garantia constitucional e requisito de sua existência para a ordem jurídica.

Estrutura e delimitação do objeto de trabalho

A pesquisa envolve um estudo sobre os métodos interpretativos, formas de argumentação e análise da motivação das decisões que dizem respeito a uma específica forma de técnica de decisão, qual seja, o uso da ponderação de princípios e valores no cenário jurídico nacional.

Com isso, a pesquisa envolve várias áreas de conhecimento, tais como ciência política, direito constitucional, direito processual civil e teoria geral do direito, tendo em vista o objeto de estudo e os contornos a ele inerentes: a análise dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os parâmetros do exercício do denominado ativismo judicial dentro do contexto neoconstitucionalista, a postura de alguns órgãos do Poder Judiciário nas temáticas que são postas à análise, como o controle de políticas públicas, especialmente com o uso da ponderação de princípios, valores e demais normas, cuja flexibilidade e dinamismo encontra-se no fato de serem dotadas de textura aberta.

O direito, objeto cultural de uma realidade complexa, manifesta-se pela linguagem. Enquanto criação humana ele detém uma significação, a qual é extraída pelo labor do intérprete.

É somente através do trabalho hermenêutico, com o encontro das normas e dos fatos concretos, que a interpretação e a consequente aplicação dos modelos jurídicos existentes dão dinamismo à ordenação da vida social, uma vez que somente na interpretação e na aplicação do direito que o magistrado consegue desempenhar a sua função de transformador da sociedade, reduzindo a distância entre a norma abstrata e a singularidade que emana dos casos concretos.

A norma jurídica passa a ser, portanto, resultado do processo interpretativo, cuja boa aplicação dirime os conflitos sociais que eclodem entre os indivíduos.

Ocorre que muitas vezes as normas, sejam elas regras ou princípios, nem sempre se encontram consonantes com a realidade social, ou mesmo quando são permeadas de preceitos abertos e vagos, tais como conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, valores, dentre outros, o que demanda o famigerado protagonismo do Poder Judiciário no agir interpretativo, visando desvelar seu significado e sua melhor forma de aplicação ao caso concreto.

Nesse sentido, vem a lume, diante de eventuais conflitos entre valores e direitos fundamentais, a técnica decisória da ponderação que pode ser conceituada, em um primeiro momento, como uma ação que visa atribuir pesos a grandezas diversas, examinando com minúcias as vantagens e desvantagens em ser adotada determinada posição, para, somente após detida reflexão ser exarada uma decisão sobre o caso.

Desse modo, assume relevo a averiguação das motivações judiciais como condição de validade de todas as decisões, inclusive, e principalmente, daquelas proferidas em sede de jurisdição constitucional.

A dissertação foi edificada a partir da análise da legislação, de levantamento doutrinário de obras nacionais e internacionais, bem como avaliação de julgados como meio de ilustrar o estudo teórico dogmático empreendido, numa tentativa de sintetizar o pensamento corrente que envolve a questão.

A metodologia de pesquisa consistiu, então, no exame das principais fontes do direito: a doutrina, a legislação e a jurisprudência, objetivando o estudo de temas relacionados ao uso do instrumento da ponderação como forma de solução dos casos difíceis no ordenamento a partir da atuação dos Tribunais, sendo os magistrados

protagonistas atuais no manejo dos valores mais relevantes que se interpenetram no sistema jurídico.

O principal objetivo da análise aqui empreendida é tentar esclarecer qual a maneira mais adequada, levando em consideração as necessidades de legitimação e controle dos atos judiciais, para a aplicação da técnica decisória da ponderação, com vistas a preservar a unidade sistemática e, ao mesmo tempo, proceder ao combate de práticas arbitrárias e casuísticas.

Assim, objetiva-se examinar a teoria da interpretação de normas na Ciência Jurídica, de forma crítica e detalhada, demonstrando seus impactos e necessidades para o atual momento social; estudar os influxos da corrente neoconstitucionalista no cenário jurídico nacional, dando destaque para o ativismo e a criatividade judiciais que dela emanaram; analisar a técnica decisória da ponderação enquanto instrumento de harmonização de valores sociais e pacificação social com justiça; averiguar, de forma crítica, o subjetivismo e decisionismo judiciais enquanto situações que quebram a unidade sistemática e promovem a desestruturação dos elementos que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o trabalho foi estruturado em três capítulos, os quais abordam os grandes temas envolvidos na pesquisa empreendida. No primeiro capítulo foi empreendido uma análise sobre as estruturas das normas jurídicas e os métodos de interpretação judicial, dando destaque para a interpretação sistemática e a criatividade judicial como formas de adequação do sistema ante as necessidades surgidas diante dos novos conflitos sociais.

No segundo capítulo foram tratados o protagonismo judicial através das práticas ativistas e a técnica decisória da ponderação enquanto meio excepcional de resolução de casos que, sem ela, acarretariam problemas jurídicos sociais vários, visto que muitos deles envolvem questões de relevante interesse social.

Por sua vez, no terceiro capítulo foram tratadas questões com vistas a aumentar o grau de legitimidade do uso da técnica da ponderação e suas possíveis formas de controle, evitando arbitrariedades e discricionariedades desmedidas, as quais minam a confiabilidade e a existência do Estado Democrático de Direito.

O objeto deste trabalho é, portanto, eminentemente teórico, o qual pretende analisar a técnica decisória da ponderação como forma de enfrentamento das questões

mais relevantes para a sociedade no cenário atual, ante os modelos dogmáticos adotados após o advento da corrente neoconstitucionalista, uma vez que através do manejo daquela é favorecida a perpetuação do sistema, promovendo-se a efetivação e a força normativa dos preceitos constitucionais, assim como favorece a prolação de decisões judiciais consentâneas com os anseios sociais tendo como base critérios de justiça, igualdade e não discriminação.

O trabalho tem como propósito, então, o esclarecimento de conceitos e, principalmente, a verificação das consequências práticas das ideias centrais apresentadas a respeito da aplicação da técnica decisória envolvendo juízos ponderativos no cenário nacional, sobretudo com uma tentativa de minimizar o surgimento de eventuais problemas decorrentes de falta de legitimidade democrática, relacionados principalmente com o mau uso do referido instrumento decisório, o qual decorre de distorções e falta de compreensão em sua aplicação.

Feitas essas considerações introdutórias, será dado início, no capítulo que segue, a uma abordagem sobre os modelos interpretativos e a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito e as transformações ocorridas no arquétipo normativo vigente, para então serem enfrentados os temas do uso da ponderação como técnica de decisão judicial e sua legitimação no cenário político-jurídico atual.

1. Interpretação e função jurisdicional no Estado Democrático de Direito

Como já fora afirmado por Peter Häberle (2002), não existe norma jurídica, mas tão somente aquela norma interpretada, destacando que o ato de interpretar nada mais é do que situar a norma no tempo ou inseri-la na realidade política de determinado Estado.

Com a Revolução Francesa de 1789, que declarou a igualdade de todos perante a lei, e a posterior publicação do Código Civil napoleônico em 1804, passou-se a buscar uma maior ordenação da vida social, derogando privilégios da nobreza e do clero, sendo todos os direitos e deveres fixados pela lei, como expressão da vontade geral da nação.

Neste período, a lei situava-se em plano de destaque, passando a ser tida até como fonte única do direito, aonde os problemas da Ciência Jurídica eram resolvidos a partir de sua melhor interpretação.

Para Coelho (1997), o sentido de se interpretar qualquer norma jurídica vem a significar a atividade intelectual que tem por finalidade desentranhar o sentido da norma, tornando assim possível a aplicação dos enunciados normativos, os quais muitas vezes são abstratos e gerais, às situações da vida particulares e concretas.

Por seu turno, Karl Larenz (1997) salienta que interpretar qualquer texto jurídico é o ato de relacioná-lo aos problemas jurídicos concretos, fazendo com que assim se revele o conteúdo significativo da norma e se promova o cumprimento de sua função, que é a de regular as situações concretas.

Objecto da interpretação é o texto legal como portador do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação. Interpretação é, se nos ativermos ao sentido das palavras, desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação “faz-se falar” este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que nós sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo. (LARENZ, 1997, p. 441)

Tal fato passou a justificar o desenvolvimento de teorias e métodos, cujo objeto de estudo eram as análises dos textos legais segundo certos princípios e diretrizes, vindo a surgir o movimento denominado “Escola da Exegese”.

Segundo Miguel Reale, sob o nome de “Escola da Exegese”, entende-se:

[...] aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. [...] a lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações. (REALE, 2003, p. 278)

Porém, percebeu-se que a ideia de completude do sistema jurídico era falha, existindo uma série de lacunas no seio do ordenamento jurídico, as quais necessitavam ser complementadas através da integração, a qual se dava muitas vezes através de processos hermenêuticos.

No início, o ato de interpretar era realizado sob dois únicos critérios, quais sejam, sob uma ótica literal ou gramatical e sob um viés lógico-sistemático.

O primeiro método consistia basicamente numa análise literal do dispositivo, buscando averiguar o valor contido nas expressões do texto legal, uma vez que a lei, enquanto declaração da vontade do legislador, deveria ser reproduzida com exatidão e fidelidade.

A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto. (REALE, 2003, p. 279)

Por sua vez, pelo método lógico-sistemático, este demandava que nenhum dispositivo poderia ser analisado isolado dos demais, uma vez que as normas que compõem o sistema jurídico devem ser visualizadas no conjunto ao qual estão

integradas. Assim, interpretar de forma lógica uma norma jurídica é situá-la no sistema geral do ordenamento jurídico (Reale, 2003).

Diante de um problema existente, não se aplica apenas uma norma isolada ou invocada, mas sim todo Direito é convocado para dar solução a ele.

Com o passar do tempo, novas formas e técnicas de interpretação foram desenvolvidas, ante a necessidade operada pelo desenvolvimento da Ciência Jurídica, assim como pela exigência oriunda das transformações sociais, uma vez que ocorrera um desajuste entre os dispositivos legais, codificados e rígidos, e a vida social com suas novas facetas, novas tendências e novos problemas até então impensados pelos legisladores da época.

Dito isto, surgiram outros métodos, destacando dentre estes aquele denominado de interpretação histórica, o qual asseverava que a lei representava uma realidade historicamente situada em certo lugar no tempo. Segundo Reale (2003), para os estudiosos da época, a lei nascia obedecendo a certos ditames colocados pelo legislador, o qual refletia as aspirações da sociedade de então, devendo os dispositivos serem interpretados em conformidade com aqueles. Posteriormente, tal forma de se interpretar passou a ser denominada de interpretação histórico-evolutiva, uma vez que a norma legal, após emanada, desprende-se da pessoa do legislador e passa a ter significação própria, adaptada às novas realidades e exigências.

Com François GénY (GÉNY, 1899; REALE, 2003; MAXIMILIANO, 2006), jurista francês que se notabilizou pela sua crítica aos métodos de interpretação baseados na exegese dos textos legais, veio a lume a escola da livre pesquisa do direito e o direito livre. Dizia ele que o intérprete da lei deveria reproduzir a intenção do legislador no momento de sua aplicação; em se verificando que ela não mais corresponde aos fatos, deveria ser reconhecida a existência de lacunas legislativas e então proceder à busca de outras formas de resolução para o caso, tais como os costumes, a analogia, a sociologia, a economia, dentre outras.

A lei passou, portanto, a ser um instrumento técnico de revelação do direito ao intérprete, porém a existência de eventuais lacunas exige que este busque outras alternativas a fim de complementar o preceito legal e solucionar um conflito de interesses por ventura existente.

Atualmente, a interpretação das normas jurídicas dentro do sistema normativo deve ser realizada por intermédio do conjunto de métodos existentes na Ciência Jurídica, tanto aqueles de origem doutrinária quanto aqueles desenvolvidos pela jurisprudência, os quais são complementares entre si, uma vez que a atividade interpretativa possui um caráter unitário.

Mencione-se, a título de ilustração e de forma resumida, tendo como substrato as análises de José Joaquim Gomes Canotilho (1999), os métodos de interpretação constitucional em voga muito utilizados pelos aplicadores do direito, os quais são:

- a) Método jurídico ou método hermenêutico clássico: diz que a Constituição, assim como todas as demais normas infraconstitucionais, é uma lei e, desse modo, deve ser interpretada por meio dos métodos tradicionais, tais como o gramatical, lógico, histórico, teleológico, dentre outros;
- b) Método tópico-problemático: tendo como um dos idealizadores Theodor Viehweg, o qual propunha um caráter prático da interpretação constitucional, assim como realçava a estrutura normativo-material aberta, fragmentária ou mesmo indeterminada do Diploma Constitucional, impondo como preferência às discussões sobre os problemas ao invés de se privilegiar uma resolução pelo sistema, transformando a interpretação em um procedimento aberto de argumentação em prol da solução para o caso apresentado;
- c) Método hermenêutico-concretizador: tal método parte da análise da Constituição para o problema, tendo como substrato alguns pressupostos normativos, tais como: i) pressupostos subjetivos; ii) pressupostos objetivos; e o denominado iii) círculo hermenêutico. Assim, a leitura do texto constitucional tem como ponto de partida a pré-compreensão do seu sentido através da análise dada pelo intérprete, o qual busca concretizar a norma a partir da situação concreta, vale dizer, será dado destaque aos aspectos subjetivos e objetivos da atividade interpretativa, relacionando texto e contexto, fazendo com que aquele se apresente como um movimento circular de ir e vir, isto é, o denominado círculo hermenêutico;
- d) Método científico-espiritual: A análise do texto constitucional não deve estar limitada à literalidade da norma posta, antes deve levar em consideração a realidade social e os valores a ele subjacentes. Desse modo, a Constituição deve ser visualizada como um elemento dinâmico, a qual se renova e

remodela constantemente, nos mesmos moldes pelos quais a sociedade se modifica;

- e) Método normativo-estruturante: tal método, cujo principal expoente é a figura de Frederich Müller, defende a inexistência de identidade entre a norma jurídica e o texto normativo, devendo o intérprete, na concretização da norma constitucional, levar em conta o programa normativo, a norma e a situação que se encontra normatizada, vale dizer, o texto e a realidade social considerados.

Miguel Reale destaca que:

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. (REALE, 2003, p. 289)

Na atualidade, o intérprete deve buscar o fim social da norma, integrando-a ao sistema jurídico como um todo. Nesse sentido, é clara a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4657/42) no sentido de que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, como dispõe o artigo 5º do referido diploma legal.

Sustenta Reale (2003) a ideia de “hermenêutica estrutural”, a qual vem a ser o processo interpretativo que representa uma forma de assimilar os valores inseridos na estrutura da lei, os quais são inseparáveis do sistema e do ordenamento ao qual pertencem, realçando que: a) toda interpretação jurídica é de natureza finalística, fundada em um conjunto de valores; b) toda interpretação jurídica encontra-se lastreada em uma estrutura de significações, não ocorrendo de forma isolada; e c) cada preceito possui sua significação dentro do ordenamento jurídico.

Inocêncio Mártires Coelho assinala que:

[...] partindo da ideia de que o ordenamento jurídico é uma totalidade orgânica em perene dinamismo e de que as regras de direito, como todo produto histórico-cultural, albergam um motivo e um sentido consubstanciadores de certa intencionalidade, o mestre do tridimensionalismo jurídico ressaltou que, diante da correlação essencial entre ato normativo e ato hermenêutico, tornava-se evidente o absurdo de optar entre dois termos que são complementares – o

propósito inicial da lei e a sua possível adequação a valores e fatos supervenientes –, ao mesmo tempo em que se impunha reformular a compreensão da experiência normativa, para deixar de entendê-la como simples estrutura lógico-formal e passar a vivenciá-la em termos retrospectivos de fontes e prospectivos de modelos.

Em razão desse novo modo de compreender a experiência normativa, operaram-se radicais mudanças nos domínios da hermenêutica jurídica, com o abandono dos tradicionais métodos e critérios interpretativos – que aprisionavam o aplicador do direito nos estreitos limites da literalidade da lei – e a adoção de pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, não raro indeterminadas, que permitissem levar a cabo os ajustamentos interpretativos exigidos por um mundo que foi se tornando cada vez mais complexo e, por isso, insuscetível de arrumação. (COELHO, 1997, p. 63-64)

Verifica-se, portanto, que o trabalho do intérprete é de natureza axiológica, correlacionando as significações dos preceitos com o sistema legal como um todo e a realidade que a ele se refere.

Atualmente, encontra-se realçado o caráter criador da hermenêutica jurídica, mediante a aferição dos valores existentes nas normas do sistema jurídico e seu cotejo com o plano dos fatos, buscando dar soluções para eventuais conflitos existentes entre normas jurídicas, sejam elas princípios ou regras.

Se o direito, como toda criação do homem é uma forma significativa ou um substrato dotado de sentido, a tarefa do intérprete, ao fim e ao cabo, será trazer à tona o significado que se incorporou a determinado objeto, seja esse objeto um texto de lei, uma pintura rupestre ou uma partitura musical. Como, entretanto, no âmbito dessas objetivações do espírito, toda descoberta do sentido envolve, necessariamente, uma dação de sentido, posto que a participação do intérprete é condição de possibilidade do afazer hermenêutico, o grande esforço rumo à objetividade e à controlabilidade do resultado da interpretação consistirá em conceber métodos e critérios que assegurem a autonomia essencial do objeto, sem impedir, no entanto, que sobre ele trabalhe o sujeito da interpretação. Afinal de contas, como não existe interpretação sem intérprete, impõe-se admitir, pelo menos no plano gnosiológico, que o conhecer e o criar não são atos contrapostos, mas complementares. (COELHO, 1997, p. 21)

O aplicador do direito, através dos procedimentos interpretativos, acaba por construir a norma para a decisão do caso concreto, embora, usualmente, se afirme que ele apenas está aplicando o direito à espécie que se lhe apresenta.

Inocêncio Mártires Coelho (1997) afirma que para se buscar um conhecimento jurídico razoavelmente objetivo, que possa legitimar a atividade hermenêutica de forma a condizer com os marcos de um Estado Democrático de Direito, deve-se levar em consideração o devido processo legal e os critérios de controle e legitimação da atividade hermenêutica, tais como os elementos que devem compor a motivação das decisões judiciais, visto que, à luz da experiência, tais critérios de avaliação são razoáveis, na medida em que servem de instrumentos para que se impeçam eventuais voluntarismos e decisionismos, sem que se iniba a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito.

Convém, por oportuno, destacar a distinção entre as formas de se interpretar as normas infraconstitucionais dos preceitos contidos na Constituição Federal, uma vez que esta possui uma estrutura normativo-material que a distingue das demais normas do sistema jurídico.

Assim, enquanto as leis em geral apresentam uma estrutura alta de determinação material e precisão de sentido, diretamente aplicável aos casos concretos, a Constituição Federal, em razão de sua estrutura, natureza e finalidade, se mostra como um sistema aberto de regras, princípios e valores, os quais necessitam da mediação e ponderação dos aplicadores para que se alcance a efetividade e concretude almejada, em virtude de um relativo caráter aberto, polissêmico e indeterminado de seus preceitos.

Desse modo, afirma Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi, com base nos estudos de James Bradley Thayer que:

[...] A interpretação da Constituição não pode ser literal e acadêmica. Deve ser política. Como as normas constitucionais são vagas, há várias possibilidades de interpretação razoável. Não é tarefa do Judiciário estabelecer o “verdadeiro significado” da Constituição. Somente o Legislativo, eleito pelo povo, pode escolher a interpretação mais conveniente, conforme o interesse da Nação, editando as leis que considerar prudentes ou razoáveis. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 463)

Por sua vez, diante do caráter essencialmente lento das decisões e alterações legislativas, verifica-se que muitas vezes a aplicação do direito exige soluções novas e imediatas, em razão das mudanças que são operadas no seio da sociedade, de onde se justifica o exercício da criatividade judicial para dar solução às demandas sociais.

Nesse sentido, afirma Inocêncio Mártires Coelho que:

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a constante adequação das normas aos fatos apresenta-se como requisito *sine qua non* da própria efetividade do direito, que só funciona na medida em que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua. Encaradas sob essa ótica, as transformações sociais, usualmente apontadas como fenômenos externos e alheios à vida dos enunciados jurídicos – afinal de contas, como diria Kelsen, a distinção entre ser e dever ser é um dado imediato da nossa consciência –, deixam de ser encaradas como as corrosivas “revoltas dos fatos contra os códigos” para serem compreendidas como fatores de atualização daqueles enunciados e, por essa forma, de regeneração da sua força normativa. (COELHO, 1997, p. 41-42)

(...)

Portanto, é somente graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos – tarefa em que se fundem, necessária e inseparavelmente, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos –, que se põe em movimento o processo de ordenação jurídico-normativa da vida social, posto que é precisamente no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto. (COELHO, 1997, p. 43)

Assim, diante dos procedimentos hermenêuticos, da criatividade judicial e da aplicação das técnicas decisórias o magistrado cria a norma da decisão concreta ou a norma do caso a fim de realizar a justiça em seu sentido material, uma vez que estará dirimindo a particularidade do conflito em julgamento.

1.1. Análise e evolução no campo das normas jurídicas

Inicialmente deve ser mencionada a ideia do ordenamento jurídico visualizado como sistema, isto é, um conjunto de regras e princípios referenciados a uma determinada matéria, cujos elementos possuem relação intrínseca.

Para José Cretella Júnior (2007) sistema é aquele que promove uma combinação entre seus elementos com vistas à consecução de um determinado fim, aliado às noções de ordem, harmonia e organização.

Claus-Wilhelm Canaris (2002) vê os elementos da ordenação e unidade como características sistemáticas do ordenamento jurídico, pois, pelo primeiro, exprime-se um estado de coisas racionalmente apreensíveis, os quais são fundados na realidade, enquanto aquele segundo elemento atua sobre o resultado da ordenação, não permitindo que haja uma dispersão diante das diferentes singularidades agregadas. Assim, as relações jurídicas ocorridas no cerne do sistema dão estabilidade a este, refletindo os elementos do conjunto existente em sua estrutura.

Nesse contexto, o sistema jurídico pode ser compreendido como aquele composto pelos inúmeros elementos normativos existentes, tais como princípios e regras, ao lado dos vários valores dispersos no seu cerne, funcionando de modo harmônico, primando sempre pela coerência entre seus elementos componentes com o fim de bem ordenar o convívio social.

A experiência social, objeto da Ciência Jurídica, é organizada e disciplinada por modelos normativos, os quais são selecionados pelos órgãos legislativos competentes para tanto de acordo com o momento histórico e com os anseios sociais. Desse modo, de acordo com Luhmann (2002), o sistema jurídico é um sistema que pertence à sociedade e a realiza, enquanto esta exerce influências sobre aquele.

A norma é elemento constitutivo do Direito, “como que a célula do organismo jurídico” (REALE, 2003, p. 93), contendo elementos objetivos de exigibilidade e obrigatoriedade daquilo que nela vem enunciado.

Hans Kelsen (2006) afirmava que a norma jurídica sempre poderia ser reduzida a um juízo ou proposição hipotética, aonde um fato se ligaria a uma dada consequência, pois, de acordo com referido autor, em toda norma jurídica estava contida a previsão genérica de um fato específico, com a indicação de que, em sua ocorrência, adviria uma dada consequência, a qual corresponderia uma sanção. No entanto, com o desenvolvimento da Ciência Jurídica, foi visto que tal estrutura lógica correspondia a apenas certas categorias de normas, e não ao sistema como um todo.

Para Kelsen, o direito é nada mais do que norma, uma Teoria do direito positivo, harmonizando-se com a compreensão lógica através do verbo *dever ser*: ocorrendo o fato previsto no enunciado normativo, haverá a consequência nela prevista.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2006, p. 1)

Nesse sentido, Hans Kelsen (2006) alude que a norma funcionava como esquema de interpretação, vale dizer, o juízo em que se encontra enunciado que uma dada conduta humana perfaz um ato jurídico ou antijurídico é o resultado de uma interpretação específica, que é a interpretação normativa. Afirma ainda o autor que “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (KELSEN, 2006, p. 6).

Mencione-se, ademais, que Kelsen (2006) traz como pressuposto fundante da validade objetiva do ordenamento jurídico a ideia de “norma fundamental” (*Grundnorm*), isto é, a validade das demais normas do ordenamento deflui da norma hipotética, segundo a qual aquelas devem se conduzir em harmonia com esta norma pressuposta, criando, então, uma ordem lógica para a condução dos atos sociais.

Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental, da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. (KELSEN, 2006, p. 33)

O que caracteriza, para Miguel Reale (2003), uma norma jurídica de qualquer espécie é o fato desta ser composta de uma estrutura proposicional enunciativa de certa organização ou de certas condutas, a qual deve ser seguida de forma objetiva e obrigatória por todos os membros do corpo social.

Nos dizeres do autor:

[...] a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições

entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contém. (REALE, 2003, p. 95)

O Direito, elemento cultural de natureza social, é inexoravelmente dinâmico, uma vez que, diante de aspectos temporais, culturais e sociais, passa a ser constantemente modificado, seja em sua forma e estrutura – normas – e, conseqüentemente, nos aspectos interpretativos.

Essa constante modificação nos modelos interpretativos promoveu novas concepções a respeito da norma jurídica e do Direito como um todo, contudo, manteve ideais e valores que se perpetuam no tempo, tais como aqueles referentes à igualdade, justiça e eticidade.

A evolução do Direito é decorrência de uma série de fatores sociais, culturais, políticos e econômicos, os quais influenciam na elaboração das normas jurídicas e na interpretação destas pelos Tribunais.

Nesse contexto, sendo a norma jurídica o elemento nuclear do Direito, Miguel Reale (2005) desenvolveu o que denominou de Estrutura Trivalente da norma jurídica, ou seja, que no cerne da norma encontram-se estruturados de forma lógica os complexos fáticos e axiológicos em um modelo normativo.

Desse modo haverá uma integração entre uma seleção de fatos segundo uma ordem valorativa, constituindo o momento normativo. A correlação entre tais elementos se dá de forma funcional e dialética, dado a ocorrência da implicação-polaridade entre fato e valor, de onde emanará o momento normativo enquanto superação dos limites de espaço e tempo, efetuando então uma concreção histórica do processo jurídico em uma dialética de complementaridade.

Assim, de acordo com Reale (2005), a teoria tridimensional do direito deve ser compreendida como:

[...] um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente como referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas

intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõem a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da *praxis social*, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente. (REALE, 2005, p. 77)

Nesse contexto, a norma jurídica não pode ser compreendida como um fato isolado, não obstante sua estrutura lógica, uma vez que deve ter em consideração e em referência a classe de fatos segundo uma ordem de valores, pois estes integram seu enunciado.

Mencione-se que a necessidade de incorporação e de uma adequada compreensão dos valores inseridos na norma é uma necessidade enquanto fundamento último da realidade humana, uma vez que eles orientam as condutas em diferentes direções, além de refletirem os desideratos sociais, culminando com o surgimento de um modelo histórico-cultural que é o Direito.

Os valores, tendo como base a teoria do ontologismo axiológico, representam um ideal em si e por si, com consistência e realidade própria, não podendo resultar dos desejos ou inclinações individuais, pois eles existem antes mesmo da conduta humana. Assim, “os valores, segundo essa teoria, não são projetados nem constituídos pelo homem na história, mas descobertos por ele no decorrer de sua existência” (GARCÍA, 1999, p. 38).

Com isso, na axiologia de Miguel Reale (2005), o qual adotava a corrente do historicismo axiológico na qual a axiologia e a cultura se relacionam em termos de dialética de complementaridade, os valores são algo que o homem realiza em sua própria experiência, os quais vão assumindo através do tempo expressões diversas. Estes, enquanto realidade autônoma, estão vinculados à realidade humana que os constitui e fundamenta. Assim, o valor deve ser considerado:

[...] como objeto autônomo, irredutível aos objetos ideais, cujo prisma é dado pela categoria do ser. Sendo os valores fundantes do dever ser, a sua objetividade é impensável sem ser referida ao plano da história, entendida como “experiência espiritual”, na qual são discerníveis certas “invariantes axiológicas”, expressões de um valor-fonte (a

peessoa humana) que condiciona todas as formas de convivência juridicamente ordenada (historicismo axiológico); [...] o direito é uma realidade *in fieri*, refletindo, no seu dinamismo, a historicidade mesma do ser do homem, que é o único ente que, de maneira originária, é enquanto deve ser, sendo o valor da pessoa a condição transcendental de toda a experiência ético-jurídica (personalismo axiológico). (REALE, 2005, p. 62-63)

Deve-se ainda ser destacada que as normas se subdividem em normas-regras e normas-princípios, cada qual com estrutura e funcionalidades específicas.

A distinção entre normas-princípios e normas-regras leva em consideração uma série de critérios, tais como estrutura, modos de aplicação, formas de resolução em caso de colisão de normas, dentre outras. Contudo, muitas vezes, as normas-princípios, por serem relacionadas a valores que necessitam de apreciações subjetivas por parte dos aplicadores, são reverenciadas como pilares do ordenamento jurídico, sem que a isso seja agregado qualquer elemento que permita uma melhor compreensão ou uma melhor forma de aplicação.

Como já asseverou Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, por definição,

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2013, p. 882-883)

Aqueles que defendem tais posições afirmam que, as ofensas aos princípios acabam por danificar as estruturas mestras que sustentam e organizam todo o sistema nos quais eles se encontram inseridos.

No entanto, os princípios não apenas enunciam valores, mas também determinam a observação de adoção de certos comportamentos, no mesmo compasso em que demandam que outros sejam evitados, tal como o faz o princípio da boa-fé, cuja função é estabelecer um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento pautado na honestidade, lealdade e probidade.

Para Humberto Ávila (2006) as normas são os resultados dos sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Assim, a interpretação “[...] não se caracteriza, como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto” (AVILA, 2006, p. 31-32).

Nesse contexto, assevera o autor que:

[...] O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional. (AVILA, 2006, p. 34-35)

Diversos foram os critérios de distinção entre princípios e regras, tais como os de natureza qualitativa, apresentando os princípios como fundamentos normativos para as tomadas de decisões. Para Karl Larenz (1997) os princípios serviriam como pensamentos diretivos de uma regulação jurídica, uma vez que eles diferiam das regras por não possuírem a capacidade de aplicação direta e imediata, ante a ausência de uma hipótese de incidência e a consequência jurídica. Assim, Larenz salientava que os princípios apenas indicavam uma direção a ser seguida para a descoberta da regra.

[...] os princípios jurídicos não têm o carácter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem excepção, de ser concretizados. Mas cabe a este respeito distinguir vários graus de concretização. No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma “ideia jurídica geral”, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor. Dessa espécie são, por exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio do Estado Social, o

princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, etc. (LARENZ, 1997, p. 674)

Já Claus-Wilhelm Canaris (2002) ponderava que os princípios diferiam das regras por apresentarem conteúdo axiológico, o qual necessitava daquelas para serem concretizados, além de que o sentido deles somente poderia ser extraído mediante um processo dialético de complementação. Para Canaris, o sistema seria uma ordenação teleológica, cuja unidade estaria fundamentada na “[...] recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos” (CANARIS, 2002, p. 76), pois para o referido autor só assim os valores singulares saíam de seu aparente isolamento para fazerem parte do sistema através das conexões interiores, obtendo-se um grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se tornaria perceptível.

Posteriormente, com Ronald Dworkin (1967; 2002; 2003), através de críticas ao modelo aberto de argumentação usado no positivismo jurídico, este plantou as raízes do que se convencionou enquanto distinção entre regras e princípios.

Para Dworkin (1967), as regras seriam aquelas que poderiam ser aplicadas através do modo “tudo ou nada” (*all or nothing*), vale dizer, se a hipótese de incidência da regra for preenchida, ela será válida e a consequência dela advinda deverá ser aceita, caso contrário afasta-se sua aplicação no caso. Quando da ocorrência de eventual colisão entre regras, uma delas será considerada inválida.

Por sua vez, Dworkin (1967) discorre que os princípios contêm os fundamentos das decisões, os quais necessitam ser conjugados com outros fundamentados advindos de outras normas. Assim, os princípios possuem uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*), a qual pode ser averiguada quando da ocorrência de colisão entre princípios, momento em que aquele de peso relativamente menor cede espaço àquele de peso maior, sem que o primeiro perca sua validade.

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case the answer it supplies must be rejected, or it is

not, in which case it contributes nothing to the decision.¹ (DWORKIN, 1967, p. 25)

Adiante, Dworkin destaca que:

[...] Principles have a dimension that rules do not-the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it make sense to ask how important or how weighty it is.² (DWORKIN, 1967, p. 27)

Desse modo, a distinção trazida por Dworkin (1967) diz respeito à forma de aplicação e à estrutura dos princípios e das regras, cujas características foram analisadas e criticadas por Robert Alexy (2014).

Robert Alexy (2014) afirma que o ponto decisivo para a distinção entre princípios e regras é que os primeiros são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Diante de tais ideias, Alexy assevera que princípios são:

[...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto,

¹ Tradução livre: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

² Tradução livre: “[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”.

determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2014, p. 90-91)

Aponta Alexy (2014) que a distinção entre regras e princípios se mostra mais clara nos eventuais casos de colisão de normas, pois, nos casos de colisão entre princípios, a solução não se resolveria com a prevalência de um sobre o outro, mas sim em razão da ponderação entre os princípios colidentes, ou seja, um deles, diante de circunstâncias concretas, receberia a prevalência para aquele caso específico.

Nesse sentido, o conflito entre os princípios ocorreriam na dimensão do peso, já o conflito entre as regras se circunscreveria à dimensão da validade, sendo que neste último caso, a solução estaria na inserção de uma cláusula de exceção ou se uma das regras for declarada inválida.

Diante de tais considerações de Ronald Dworkin e Robert Alexy, Humberto Ávila pondera que

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes. (ÁVILA, 2006, p. 38-39)

Acrescenta Ávila (2006) que a distinção estabelecida entre princípios e regras não pode estar baseada em um suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois estas também necessitam passar pelo processo de interpretação para que sejam implementadas, muitas vezes tão complexo quanto àquele de elucidação dos princípios, os quais possuem um maior grau de abstração.

Destaca, ademais, que o método da ponderação não é privativo dos princípios jurídicos, mas sim uma qualidade para a aplicação de quaisquer normas, uma vez que

aquele, enquanto sopesamento de argumentos e contra-argumentos para a busca por uma melhor decisão, também pode ser utilizado para dispositivos que foram hipoteticamente formulados. O que irá diferir é o tipo de ponderação realizada.

Por sua vez, Humberto Ávila (2006) também dá ênfase na questão de que não é de todo correto afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso, uma vez que a dimensão axiológica é elemento integrante de qualquer norma jurídica, como se pode notar com o uso das interpretações extensiva e restritiva quando do tratamento de certas regras jurídicas.

Quanto ao critério da “dimensão de peso” relativa aos princípios, Ávila (2006) afirma que não é um pressuposto que já se encontra incorporado a um tipo normativo, uma vez que é a decisão do operador jurídico que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto, sendo, então, um resultado de juízo valorativo do aplicador.

Assim:

[...] a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todo e os princípios só na medida máxima. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. (ÁVILA, 2006, p. 63)

Diante de tais considerações, Humberto Ávila (2006) apresenta sua proposta de distinção entre princípios e regras, tendo em consideração que os princípios direcionam os intérpretes aos valores, os quais necessitam de uma apreciação subjetiva, e a diferentes formas na busca por soluções aos casos concretos. Com isso, dois critérios são levantados: a) os princípios como alicerces do ordenamento jurídico, dada a importância de tais normas; e b) a busca por uma legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente os valores insculpidos nos princípios através do exame de sua

estrutura, visando encontrar um procedimento racional de justificação e fundamentação para especificar as condutas necessárias à realização daqueles valores e também um meio de controle de sua aplicação.

Em face de tais considerações os princípios seriam normas que possuem uma parte dos aspectos relevantes que contribuem para a tomada da decisão, não gerando uma solução específica para o caso. Por outro lado, as regras são aquelas que abrangem todos os elementos pertinentes para que uma decisão possa ser tomada tendo elas como fundamento, pois apresentam elevado grau de especificidade.

Dito isso, o autor conceitua as diferentes espécies de normas:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2006, p. 78-79)

Crítica Humberto Ávila (2006) a ideia que coloca os princípios como centro do universo normativo, haja visto que não seria correta a afirmação de que o descumprimento de um princípio mostrasse mais grave do que o fato de se descumprir uma regra, já que:

[...] as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável. (ÁVILA, 2006, p. 90)

No entanto, o autor tenta superar a dicotomia existente entre princípios e regras, propondo a adoção de um modelo tripartite mediante a inclusão do que denomina de postulados normativos ou metanormas, os quais são definidos como “categorias que

impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios” (AVILA, 2006, p.71), não se confundindo com estes.

Os postulados normativos não descrevem comportamentos, antes eles estruturam a forma de aplicação das normas responsáveis por tratar das condutas dos indivíduos, diferindo dos princípios, os quais são normas tipicamente finalísticas, uma vez que impõem a busca por um estado ideal mediante uma prescrição indireta de comportamentos. Desse modo, os postulados normativos não impõem qualquer tipo de conduta ou qualquer tipo de promoção para alcançar um fim específico, nem ao menos prescrevem um comportamento, pois, o que fazem, é sustentar modos de raciocínio e de argumentação a normas que indiretamente orientam tais comportamentos, sendo a técnica da ponderação um de seus exemplos.

Frise-se que, ao lado das normas-regras e normas-princípios, assim como dos postulados normativos acima mencionados, o sistema jurídico encontra-se carregado de normas com texturas abertas, as quais podem ser entendidas como uma indeterminação linguística no enunciado normativo, fazendo com que ocorra uma grande gama de aplicações possíveis para a norma a depender da interpretação tomada.

Herbert Hart destaca que:

[...] a textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. (HART, 2007, p. 148)

Quando da elaboração das normas, os legisladores efetuam esforços para alcançar um grande espectro de situações possíveis, porém, em diversas ocasiões, a própria linguagem dá certa margem de abertura ao sistema, o que faz com que o aplicador elasteça o alcance dos preceitos normativos.

Para Hart, ao se deparar com a presença de uma norma de textura aberta passível de ser aplicada a um caso concreto, a sua solução está no uso da discricionariedade

judicial, elegendo a forma que julgar mais apropriada para o deslinde do caso em apreço, pois:

[...] Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade. Seja como for, estas actividades, embora importantes e insuficientemente estudadas, não devem dissimular o facto de que quer a estrutura em que ocorrem, quer o seu produto final principal são uma das regras gerais. (HART, 2007, p. 149)

Ronald Dworkin (2003) diverge da proposta apresentada por Hart (2007), pois entende que as normas de textura aberta serão aquelas cujos enunciados estão presentes aspectos de ambigüidade, obscuridade e termos abstratos.

Em acréscimo, Dworkin (2003) entende que, naqueles casos em que existam normas ambíguas, obscuras e abstratas, espécies de casos difíceis, a sua solução residirá na utilização dos princípios, mediante escolhas das melhores opções possíveis para o caso concreto à luz da interpretação, devendo a integridade e a equidade balizar a justiça e a sabedoria do que denomina de “juiz Hércules”, o qual é descrito da seguinte forma:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. (DWORKIN, 2002, p. 165)

Assim, para Dworkin, a decisão judicial deve estar pautada nos princípios que norteiam o ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito, bem como levar em conta a ideia de integração do direito e os precedentes judiciais, pautado em juízos

valorativos que ali se encontram presentes, tais como equidade, moralidade, liberdade e justiça, alcançando, desse modo, a decisão mais correta possível.

Podem ser citados como exemplos de normas abertas, além dos princípios, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, todos eles capazes de darem mobilidade e abertura ao sistema jurídico mediante o preenchimento de valores através do procedimento interpretativo pela atividade jurisdicional.

A amplitude do grau de interpretação das normas de textura aberta, aliada à sua referência aos valores do sistema, levantam pontos essenciais para discussão da estrutura do ordenamento, tais como os limites da competência do Poder Judiciário em face das atribuições do Poder Legislativo, assim como a noção de jurisprudência como fonte do direito. Todavia, para que não aja desvirtuamentos, há uma necessidade constante de bem fundamentar as decisões judiciais para controle posterior dos atos emanados pelo Poder Judiciário, garantindo assim os ideais de certeza e segurança no intuito de evitar decisões surpresas aos jurisdicionados, bem assim como um meio de não lesar os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Desde as decisões monocráticas de primeiro grau até os arestos emanados das mais altas Cortes do País, a jurisprudência revelará objetivamente os princípios e os valores que estarão sendo aplicados, sinalizando com parâmetros efetivos para a interpretação em tais casos, mediando flexibilidade e rigidez, necessárias para o atendimento dos valores sociais de certeza e segurança. (JORGE JÚNIOR, 2004, p. 60)

1.2. Interpretação sistemática e criação judicial do Direito

O direito, como objeto cultural, manifesta-se pela linguagem, a qual é operacionalizada por meio de textos e enunciados, os quais são clarificados e aplicados aos casos concretos pelo operador do direito por meio da atividade interpretativa.

O direito consiste em objeto cultural, fruto da criação do homem, que, na tentativa de organizar o tecido social, imputa-lhe regras de comportamento conforme os valores que a sociedade pretende ver realizados, e manifesta-se por meio da linguagem, com função prescritiva. (VEDOVELLO, 2013, p. 37)

A norma jurídica é, portanto, uma construção do intérprete, sendo o texto da lei o ponto de partida para sua formação.

Verificou-se que as mudanças ocorridas na sociedade promoveram uma transformação nos procedimentos interpretativos, os quais, além de oferecer uma melhor resposta às exigências sociais, também se preocuparam com questões de legitimidade e de fundamentação.

A decisão exarada pelo intérprete passou a ser, a um só tempo, o resultado de um diálogo entre o texto legal e as diversas realidades que se lhe apresentam. Rudolf Von Ihering já afirmava que “[...] não existe direito concreto senão onde existirem condições pelas quais a regra jurídica abstrata consolida a existência desse direito” (IHERING, 2004, p. 45). Assim, a essência do Direito seria sua realização prática, possibilitada através das formas e métodos mais adequados de interpretação possível.

Juarez Freitas (2004), tratando da interpretação sistemática do direito, afirma que o intérprete não deve se descurar da elaboração de,

[...] uma nova maneira de compreender o sistema jurídico, que ultrapasse, de um lado, os passivismo e os emotivismos e, de outro, que estimule, numa era de indeterminações exacerbadas, a vinculação do intérprete menos ao texto legislado fugaz e episódico, mais aos princípios fundamentais do ordenamento [...]. É dizer, de acordo com diretrizes legítimas que devem ser contempladas com primazia pelo positivador derradeiro – o intérprete, na sua interação prudente e comedida com o ordenamento e com as reivindicações do caso [...]. (FREITAS, 2004, p. 63-64)

A interpretação sistemática é aquela que leva em consideração a abertura do sistema, nos moldes dispostos por Claus-Wilhelm Canaris (2002), isto é, um sistema aberto de princípios em razão da incompletude do ordenamento jurídico e do conhecimento científico, assim como sua abertura para fins de mobilidade e adaptabilidade sistemáticas.

Nos dizeres de Juarez Freitas, a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em:

[...] atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e

superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação. (FREITAS, 2004, p. 80)

Assim, todo intérprete que realiza a interpretação sistemática do direito se coloca na condição de agente positivador, uma vez que promove o aperfeiçoamento do sistema jurídico no qual se encontra inserido, posto que não fica vinculado às normas e nem aceita de forma passiva as omissões que permeiam o ordenamento, as quais criam óbices ao exercício do direito por parte dos indivíduos.

Desse modo, toda interpretação jurídica:

[...] emerge como um só processo tópico e sistemático, que torna imperiosos a viabilização do equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, o reconhecimento da impossibilidade do método único e a busca de soluções respeitadoras do ordenamento na sua fecunda dimensão axiológica e em seu caráter histórico não-linear, compreendido como projeto holístico, potencialmente coerente e permeável a evolutivas mutações. (FREITAS, 2004, p. 68)

Adiante, o autor pondera que:

Nesta ótica, deve formular lúdima mediação aperfeiçoadora ao tentar construir decisões sincrônicas com o sistema e com a sociedade, sem adotar soluções *contra legem*, em que pese exercer atividade assumidamente positivadora (para além da deslocada polêmica sobre a eventual criação de Direito por esta via), adotando, quando necessário, e com parcimônia, a técnica da exegese corretiva, tendo presente que a técnica do pensamento tópico não difere essencialmente da técnica de formação sistemática. Ambas são exteriorizações do mesmo poder de hierarquização axiológica e da mesma tarefa de proteção, mais do que da norma isolada, da sistematicidade. (FREITAS, 2004, p. 69)

Nesse sentido, o papel da interpretação é reforçado, nunca sendo colocado em segundo plano, uma vez que é através dele que se buscará a melhor significação, dentro do sistema jurídico, diante das várias possibilidades existentes entre princípios, regras e valores, os quais se encontrarão hierarquizados num todo aberto, vale dizer, aqueles que servem de fundamento da Constituição estarão no topo, sendo, então, toda forma de interpretação sistemática, uma interpretação constitucional *a priori*.

O intérprete, especialmente o intérprete sistemático, deve ter em conta que, ao concretizar o direito, deve visar antes de tudo sua unidade substancial e formal, resolvendo eventuais antinomias ou lacunas existentes. Assim, ao se interpretar uma norma, efetuar-se-á a interpretação do sistema como um todo o que acarretará sua aplicação na totalidade, uma vez que todos os componentes do sistema apresentam uma intrínseca conexão.

Para Freitas (2004) a interpretação sistemática se mostra como o processo hermenêutico por excelência, uma vez que com ela o Direito tem sua totalidade vivificada na interação circular e dialética exercida pelo intérprete. Dessa maneira, interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois “qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual” (FREITAS, 2004, p. 75).

Ocorre que a concretização dos direitos foi sendo modificada com o passar dos tempos como decorrência da alteração da *voluntas legislatoris* para a realização da vontade do sistema, tal como percebida pelo intérprete, sendo esta mais ampla que aquela.

Em virtude da velocidade das transformações sociais, às quais exigem soluções imediatas para os novos conflitos surgidos na sociedade, as respostas legislativas muitas vezes não vêm a contento, e quando são postas para ordenação da vida social novos problemas surgem requerendo novas soluções.

O texto legislado chega muito tarde, não se adequando ao momento social em que é esperado, no sentido de que os conflitos sociais muitas vezes demandam respostas as mais rápidas possíveis, tais como os casos em que estão envolvidas políticas públicas de educação e acesso à dispensação de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo Poder Público.

Assim, torna-se cada vez mais comum a criação judicial do direito, aonde os magistrados e Tribunais avocam para si a competência para apresentar soluções a casos que sequer foram pensados pelos legisladores, como, por exemplo, o ocorrido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 54.

Pela ideia de “criatividade judicial”, isto é, a produção do direito por obra dos juízes, buscou-se verificar se este é mero intérprete e aplicador do direito, ou se ele prosta-se como protagonista indireto da criação do direito.

Salienta Mauro Cappelletti que:

[...] a própria expressão direito judiciário (*judiciary law*) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, ‘embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito’. A reprovação de Bentham era motivada pelo fato de que ele via (e acentuava) sobretudo os “vícios” do direito judiciário: a sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação. Daí ter-se batido sem sucesso, como sabido, pela codificação do direito inglês, na qual vislumbrava um instrumento para lhe assegurar maior grau de certeza. (CAPPELLETTI, 1999, p. 17-18)

A expansão do papel do Poder Judiciário configura um necessário balanceamento de forças, no sistema de freios e contrapesos ou *checks and balances*, paralelamente à expansão dos Poderes Executivo e Legislativo dentro do Estado Democrático de Direito.

Por óbvio que a criatividade é inerente à atividade interpretativa, a qual busca clarificar incertezas, preencher lacunas, precisar conceitos e esclarecer eventuais ambiguidades. Para Cappelletti (1999), o intérprete é convocado a dar vida a um texto que é morto, configurado em mero símbolo de um ato de vida de uma outra pessoa.

Todavia, o reconhecimento de que no ato interpretativo encontra-se certo nível de exercício da criatividade judicial não quer vir a significar uma total margem de liberdade do intérprete. A noção de discricionariedade não pode ser tida como sinônimo de arbitrariedade, como uma “carta branca” para o exercício da criatividade do magistrado enquanto criador do direito, livre de quaisquer vínculos. Ao contrário, devem existir e serem observados certos limites ao exercício da criatividade judicial, pois, segundo Montesquieu (2004), todo aquele que tem poder, tende a dele abusar.

Montesquieu (2004), com a teoria da separação dos poderes, propôs que para se evitar que os governos não se convertam em tiranias, o poder deveria deter o próprio poder – *le pouvoir arrête le pouvoir*. Daí sua formulação clássica de que, para que o poder seja contido, os órgãos que fazem as leis não podem exercer atividades típicas de

julgamento e execução; aquele detentor da função executiva não pode nem julgar e nem fazer leis tipicamente; e, por sua vez, aquele que detém a competência para efetuar julgamentos não pode de forma típica fazer leis nem executá-las.

A ordenação normativa no Estado Democrático de Direito traça uma série de finalidades que devem ser alcançadas pelos agentes estatais como obrigatórias, cujas quais apresentam um caráter de dever, antes de poder, caracterizando, então, as diversas funções e competências dos agentes e órgãos do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, tratando do poder discricionário e do controle judicial, afirma que deve haver submissão da administração à lei, sendo a discricionariedade o cumprimento do dever de alcançar a finalidade por ela instituída, pois:

[...] só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um “poder” discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem. (MELLO, 2010, p.15)

A ideia de discricionariedade traz ínsita a noção de poder, porém não deve significar, como acima afirmado, que o agente público, mais especificamente os magistrados no uso da criatividade judicial, possam fazer escolhas livres na suposição de que qualquer delas se enquadram em uma norma em abstrato, indiferentes para a aplicação nos casos concretos de que tratam.

Pontua, assim, Celso Antônio Bandeira de Mello que:

[...] casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, frequentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como “situação urgente”, “notável saber”, “estado de pobreza”, “ordem pública” (portanto, suscetíveis de interpretações ou inteleccões variadas) ou, então, ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador. Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz “pode”, ao invés de “deve”), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora

permite-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicanda. Esta última hipótese tem lugar quando o administrador pode deferir ou indeferir algo, praticar o ato tal ou qual. (MELLO, 2010, p. 17)

Apesar do autor acima destacado se referir ao “poder” discricionário, circunscrito ao âmbito da conveniência e oportunidade do administrador público, muito o que dele se diz também pode ser aplicado aos casos onde há a incidência da discricionariedade judicial para o exercício da criatividade no labor interpretativo, uma vez que neste há elevada interferência de um juízo subjetivo do magistrado, o qual incidirá nos casos de: a) quando determinados conceitos puderem ser alvos de uma pluralidade de significados, tais como os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais, preceitos carregados de elevada carga axiológica, dentre outros; b) nos casos de omissões legislativas diante de determinadas situações de fato não pensadas pelo legislador, mas que poderiam ser enquadradas em casos análogos; c) enunciados normativos que aceitam um labor interpretativo amplo para satisfazer a finalidade legal.

Porém, deve ser destacado que, no exercício da interpretação sistemática há sim escolhas por parte do intérprete na busca de soluções, mas sem haver uma interpretação correta e mesmo sem ser indiferente em encontrar respostas dispostas ao longo do sistema, devendo o intérprete tentar, acima de tudo, complementar o labor realizado pelo legislador positivo.

No que diz respeito à finalidade da norma, diz Bandeira de Mello que ela:

[...] aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluídos ou indeterminados) e não unissignificativos. (MELLO, 2010, p. 19)

Tais fatos recaem nos valores inscritos nas expressões “segurança pública”, “moralidade pública”, “interesse público”, dentre outras, que comportam interpretações não uniformes, aceitando diferentes graus e variáveis, comportando pontos de vista distintos sobre suas conformações.

Diante de tais considerações, verifica-se que toda interpretação tem um viés criativo, já que o protagonismo do papel do Poder Judiciário restou elevado, uma vez que as questões por ele enfrentadas não mais se resumem em meras leituras das normas postas no sistema, devendo os magistrados, antes de tudo, analisarem suas implicações, alcances e contornos descritos nos enunciados normativos para serem aplicados aos casos concretos. Para José dos Santos Carvalho Filho, o Poder Judiciário passou a assumir um papel de “instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo)” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 162).

No entanto, problemas surgem no que se refere aos modos, limites e legitimidade do exercício da criatividade na seara interpretativa no âmbito judicial, pois muitas vezes as barreiras da legalidade podem ser rompidas, criando-se verdadeiros decisionismos, isto é, compreensões equivocadas das normas legais diferentes do que representam no ordenamento jurídico ou mesmo interpretações distantes da finalidade pela qual foram postas no sistema, carreando-as com exacerbado grau de subjetividade pelos magistrados nas análises dos casos que competem.

A ineficiência do Poder Executivo e a descrença nos parlamentares que compõem o corpo do Poder Legislativo auxiliaram na ascensão da figura do Poder Judiciário na atualidade, demonstrando um verdadeiro desequilíbrio institucional nos Poderes da República Federativa do Brasil.

Calha muito bem a afirmação de Mauro Cappelletti quando este trata da criatividade judicial no sentido de que:

[...] mesmo em sua forma acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. (CAPPELLETTI, 1999, p. 26)

Cappelletti (1999) salienta que a intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui-se em típico fenômeno do nosso século, uma vez que antes competia aos magistrados meramente declarar o direito.

Para o referido autor, tal fato se deu em razão da revolta contra as estruturas formalistas que imperavam à época, pois:

[...] Enquanto nos Estados Unidos e, de forma talvez mais atenuada, em outros ordenamentos de *Common Law*, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do *case method*, em França e nas áreas de influência francesa, dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo “científico” e conceitual.

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricionário, da escolha. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Gény e de seus seguidores em França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e monstesquiniiana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente. [...] (CAPPELLETTI, 1999, p. 32-33)

Impende salientar que o antigo *welfare state*, ou Estado de bem-estar social, modelo de organização político-econômica na qual o Estado era o agente responsável pela promoção social e a estruturação econômica, originado em razão da Crise

econômica de 1929, previa que cabia a ele, Estado, a garantia dos serviços públicos e a proteção de toda a sociedade. Ocorre que o *welfare state* se mostrava um Estado essencialmente legislativo, a fim de tentar regular todos os setores da sociedade.

Destaque deve ser dado também à Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX, a qual promoveu profundas e amplas alterações nas relações econômicas, sociais, trabalhistas, dentre outras, culminando com a necessidade da instituição dos direitos sociais.

Mencione-se, por oportuno, a eclosão dos direitos sociais na égide do Estado de bem estar-social, os quais demandam uma intervenção ativa e prolongada no tempo por parte do Estado, diferentemente daqueles direitos tradicionais em que bastava ao Estado sua abstenção de violá-los. Dessa maneira, os direitos sociais fundamentais requerem uma permanente ação do Estado, mediante a alocação de recursos financeiros, a remoção de barreiras sociais e econômicas, a promoção de programas sociais e políticas públicas, dentre outras atividades, concretizando tais direitos e preservando as expectativas que os mesmos legitimam.

Ocorre que o Estado legislativo foi se transformando cada vez mais em um Estado burocrático, o qual teve reflexos no papel do Estado e do direito dentro das sociedades modernas, principalmente na postura dos diversos agentes públicos que representam a vontade daquele.

O *welfare state*, com o desenrolar do tempo, se converteu em um Estado excessivamente legislativo e administrativo, carregado de burocracias desmedidas. No mesmo compasso, houve um crescimento do sentimento de desconfiança e desilusão com relação aos membros do Poder Legislativo e quanto à gestão exercida pela administração pública pelo Poder Executivo.

O excesso de burocracia e o gigantismo do Poder Legislativo acarretaram uma série de consequências problemáticas, tais como a criação de tutelas paternalísticas, o passivismo social, a possibilidade de opressão pelos aparatos estatais, a criação de óbices ao acesso dos cidadãos aos serviços públicos pela máquina burocrática, dentre outras inúmeras barreiras à efetivação dos direitos dos indivíduos.

Tais fatos fizeram com que surgissem novos fenômenos jurídicos e conflitos sociais, os quais passaram a requerer novas posturas do Poder Judiciário, uma vez que o

Poder Legislativo não mais consegue – e muitas vezes fica aquém de conseguir – dar conta de cumprir com seus programas sociais no intuito de reduzir as desigualdades sociais.

Mauro Cappelletti, perante tal realidade, faz a seguinte consideração:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes. (CAPPELLETTI, 1999, p. 42)

Com isso, foram desenvolvidos instrumentos de controle pelo Poder Judiciário da legitimidade constitucional das leis, atos e atividades dos poderes públicos como faceta dessa nova realidade, além de terem sido incrementados o exercício da criatividade judicial com o desenvolvimento de novos métodos interpretativos para dar solução aos novos conflitos sociais.

Contudo, muitos Tribunais, à exceção dos Estados Unidos da América com seu *judicial review*, se mostraram relutantes em adotar esses novos posicionamentos e as novas responsabilidades surgidas, sendo confrontados a adotarem uma, de duas posições existentes: a) a permanência fiel à concepção tradicional do século XIX, limitadora da função do Poder Judiciário; ou b) assumir novas responsabilidades, elevando-se na condição de um Poder garantidor das liberdades públicas, controlador dos excessos dos demais poderes e concretizador dos direitos, muitas vezes violados pelas demais funções de Estado.

No que toca à primeira opção, os Tribunais e o Poder Judiciário como um todo abrem mão da tarefa promocional e quase não farão uso de posturas criativas e eventualmente discricionárias. Assim, o Poder Judiciário terá seu papel político-social relativamente diminuto em face dos Poderes Legislativo e Executivo, pois apenas

declarará os direitos previamente existentes, decidindo com base nas normas postas no sistema, sem se socorrer às interpretações amplas e criativas. Outrossim, diante das elevadas estruturas burocráticas, haverá a criação de organismos “quase-judiciários”, tais como agências reguladoras, conselhos administrativos, tribunais de arbitragem, para fazer as vezes de órgão controlador, tal como o ocorrido em França com a criação do Conselho de Estado.

Por sua vez, em sendo feita a opção pela assunção das novas responsabilidades que se lhe apresentam, o Poder Judiciário exercerá funções protetoras e repressivas em sentido amplo, seja em razão do desequilíbrio nos poderes de Estado, seja para enfrentar os óbices burocráticos do aparelho estatal em virtude da expansão dos Poderes Legislativo e Executivo, assim como para resolver os novos conflitos sociais surgidos com o desenrolar dos tempos. Assim, todos os membros do Poder Judiciário passam a ser controladores das atividades dos cidadãos e dos poderes públicos em geral, no que se refere desde aos aspectos de legalidade, como também ao enquadramento dos atos na finalidade disposta no sistema jurídico.

No entanto, pondera Mauro Cappelletti que:

[...] 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. (CAPPELLETTI, 2004, p. 49)

Tais riscos podem ser exemplificados como a possibilidade de autoritarismos, uma maior lentidão processual, agravando ainda mais a fruição de direitos por parte dos jurisdicionados, inacessibilidade, o surgimento de decisões claramente subjetivas e decisionismos variados.

Sérgio Nojiri, adotando uma postura crítica ao que veio a ser denominado de movimento neoconstitucionalista, pontua que:

O Poder Judiciário difere do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Estes se pautam por outros valores, que felizmente são estranhos ao exercício da magistratura. O juiz, ao contrário do político, exerce uma função eminentemente técnica, e não deve se preocupar em agradar as maiorias (busca de votos); sua principal função consiste em aplicar a lei ao caso concreto, não devendo levar em consideração se tal aplicação satisfaz ou não a vontade de uma certa parcela da sociedade.

Para o juiz importa a decisão que obedeça a determinados parâmetros já previstos anteriormente em lei. (NOJIRI, 2012, p. 33)

Referido autor ainda destaca que a tese do modelo neoconstitucionalista parte de falsos pressupostos quanto à compreensão do fenômeno jurídico, já que serve como instrumento para o alcance de certas finalidades políticas através de um discurso que aparenta isenção, porém detentor de certo cunho ideológico, criticando inclusive o propalado slogan de “século do judiciário” (NOJIRI, 2012, p. 16).

Os adeptos do movimento neoconstitucionalista defendem que, por meio deste, houve a superação do positivismo jurídico, pois se passou a dar maior importância aos valores supremos que ordenam a estrutura normativa dispostos na Constituição Federal, assim como, para eles, houve uma ascendência política do Poder Judiciário sobre as demais funções do Estado, uma vez que defendem que este está mais apto a concretizar os ditames constitucionais.

O discurso neoconstitucionalista promove um fortalecimento do Poder Judiciário, através do ativismo e da criatividade judiciais, criando novas espécies de obrigações jurídicas a este poder, mesmo que não previstas em lei. Neste ponto, os críticos do neoconstitucionalismo questionam se seria de todo legítima a forma de atuação do Poder Judiciário, uma vez que este avoca um papel institucional proporcionalmente superior às demais funções do Estado.

O que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo foi o movimento que almeja concretizar os direitos fundamentais, de forma a efetivar os preceitos contidos na Constituição da República, diante das enormes injustiças sociais existentes.

Em muitos casos a Constituição da República parece não ser capaz de concretizar faticamente seus postulados, principalmente em virtude do desrespeito por parte dos agentes incumbidos de sua efetivação prática, momento em que o ativismo judicial representa uma alternativa existente para a concretização dos direitos fundamentais violados.

Destaque-se que o termo “ativismo” vem sendo utilizado desde meados do século XX no intuito de efetuar uma crítica à atuação dos juízes que, com critérios subjetivos, interferem em questões sociais controvertidas, as quais deveriam ser

resolvidas pelas funções políticas, legitimadas através do voto. Contudo, na atualidade, o termo não possui um significado unívoco, podendo também fazer alusão à intensa atividade do Poder Judiciário em casos duvidosos ou de alta densidade política, os quais trazem a lume um certo protagonismo judicial.

Como foi dito acima, o neoconstitucionalismo propôs um rompimento com o ideal do positivismo jurídico, o qual, segundo pensam, estava ultrapassado. A teoria da separação dos poderes, tal como idealizada com o intuito de impedir a formação de governos absolutistas, passou a dificultar a concretização dos direitos fundamentais, principalmente os de natureza prestacional, especialmente quando os poderes competentes para tanto se omitem ou atuam de forma insuficiente, haja vista muitas vezes a ausência de comprometimento com o bem social. Desse modo, a Constituição da República, definidora da política fundamental do Estado e garantidora dos direitos dos indivíduos, representativa de um ideal de justiça, deve ter suas normas observadas e respeitadas por todos os poderes constituídos, motivo pelo qual, muitas vezes, o Poder Judiciário avoca para si determinadas atividades para que o fim maior, a garantia dos direitos fundamentais, estejam preservados.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior asseverou que:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). Por fim, a extensa massificação social transforma a sociedade numa sociedade de consumidores, fazendo da economia um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado e reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, isto é, a objetos descartáveis após o uso. Desse modo transforma-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, ao exigirem-se proteções coletivas – direitos coletivos – e até proteções impossíveis de ser individual ou coletivamente identificadas – direitos difusos. Em consequência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (*class action*, ação civil pública). Altera-se, do mesmo modo, a posição do

juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça. (FERRAZ JR., 1994, p. 18-19)

O positivismo jurídico optou por um sentido descritivo de Constituição, isto é, um juízo de fato para o conhecimento da realidade, a qual era percebido mediante a contemplação, método compatível com o caráter neutro das Ciências, demonstrando a realidade de forma mais isenta possível, uma vez que não admitia qualquer intervenção na superestrutura social.

No modelo descritivo, o princípio que impera é o da neutralidade, pelo qual as normas devem ser concretizadas independentemente de seu conteúdo ou resultados produzidos, devendo o operador observar apenas os requisitos formais necessários, dado o excessivo apego ao formalismo, importando tão somente a preservação da segurança jurídica.

Diferentemente, o neoconstitucionalismo se pauta num modelo prescritivo, aonde há a influência de juízos valorativos, os quais são detentores de um alto grau de subjetividade.

Para João Baptista Herkenhoff (2007), o juiz, assim como todos os indivíduos inseridos no contexto social, é portador de valores, os quais refletem em suas decisões, posto que estes são intrínsecos ao seu ofício, reforçados ainda pelos conteúdos axiológicos dispostos no ordenamento jurídico, em especial na Constituição da República.

A relevância dos juízos valorativos no neoconstitucionalismo é consequência das características e aspectos que deram origem ao referido movimento, quais sejam: a) falência do modelo normativo desenvolvido no século XVIII, o qual era fundamentado na supremacia do Parlamento sobre os demais poderes; b) globalização; c) pós-modernidade; d) a superação do modelo positivista clássico; e) os direitos fundamentais enquanto núcleos do ordenamento jurídico; f) a distinção entre princípios e regras; g) a influência de aspectos morais e éticos no ordenamento jurídico, os quais promovem uma remoralização da Ciência do Direito.

Thais de Oliveira Brito e Walber de Moura Agra afirmam que:

A Constituição em países periféricos, como o Brasil, deve buscar antes de tudo dar efetividade jurídica aos dispositivos, especialmente aqueles de natureza programática, satisfazendo a real necessidade dos hipossuficientes da sociedade. Urge ainda, tornar as promessas contidas no texto constitucional realidade e garantir aos cidadãos “densidade suficiente” de suas prerrogativas. (AGRA; BRITO, 2012, p. 24-25)

Adiante, os mesmos autores ainda efetuam crítica no tocante à clássica separação entre os Poderes, afirmando que:

Talvez o neoconstitucionalismo tenha razão quando abre as portas ao ativismo judicial, pois a clássica separação dos poderes parece não mais corresponder às expectativas da sociedade em ver concretizados os direitos fundamentais, em especial os de natureza prestacional. Em suma, os direitos fundamentais não se interpretam, concretizam-se. (AGRA; BRITO, 2012, p. 29)

Desse modo, o objetivo da Constituição da República, assim como dos poderes constituídos, é assegurar a concretude de suas disposições, sob pena dela se converter em mera folha de papel, consoante antigo ensinamento de Ferdinand Lassale (2010) a respeito do sentido sociológico de Constituição.

Por seu turno, Konrad Hesse (1991), criticando a concepção sociológica de Lassale através de seu sentido normativo, pontua que, ainda que em alguns casos a Constituição escrita acabe por sucumbir diante da realidade, ela possui força normativa suficiente capaz de conformá-la, isto é, apesar de a Constituição não realizar nada por si só, ela tem o condão de impor tarefas aos responsáveis pela ordem constitucional, transformando-se em força ativa se estas forem efetivamente realizadas. Para tanto, basta que exista o que Hesse denominava de “vontade de constituição”, e não apenas “vontade de poder”.

O direito, enquanto um complexo fenômeno de origem social, não pode ser analisado de forma neutra, motivo pelo qual o neoconstitucionalismo propõe uma “remoralização” da Ciência Jurídica, promovendo a reaproximação do direito e da moral, pois, os valores dispersos na sociedade influenciam na elaboração dos diplomas

normativos, estão contidos na Constituição da República e fazem parte das decisões diárias do Poder Judiciário.

Walber de Moura Agra e Thays Oliveira de Britto ponderam que:

Existem alguns riscos na remoralização do direito, como o ordenamento jurídico perder sua autonomia, instituindo-se um constitucionalismo ético nas mãos do Poder Judiciário, convertendo-se este em uma pitonisa dos anseios da sociedade. No outro extremo, existe a repulsa a um sistema normativo que privilegia a segurança, o formalismo e a manutenção do *status quo* social, destituído de atenção às demandas sociais. (AGRA; BRITTO, 2012, p. 27)

A aludida remoralização do Direito ocorre através da introdução de normas-princípio, as quais, como visto anteriormente, possuem conteúdos axiológicos abstratos e expressões abertas, a serem construídos pelo intérprete diante das circunstâncias peculiares do caso concreto.

Assim, em decorrência do neoconstitucionalismo, a remoralização do Direito promove uma mitigação entre a separação do direito e da moral, pois aquele, enquanto fato social, não pode ser analisado de forma neutra e isolada, havendo que ser integrado pelos valores que permeiam a sociedade como um todo.

Busca-se com a remoralização da Ciência Jurídica a garantia de maior legitimidade ao ordenamento jurídico, passando este a estimular os valores sociais, em especial àqueles referentes aos ideais de igualdade e justiça. Convém destacar que para Habermas o ordenamento jurídico só seria legítimo quando este não contrariasse preceitos morais (HABERMAS, 1997), contudo, a justificação do direito não deve ficar subordinada à moral, uma vez que são âmbitos de tratamento distintos, apesar de haver uma necessária relação.

Neil MacCormick destaca que:

Em qualquer lugar consegue-se muito pouco, em termos de justiça, com um direito excessivo; em toda parte, alguns direitos, e talvez boa parte do que se aprova como sua aplicação, consistem na verdade em instrumentos de injustiça. Todavia, sem uma aspiração interna à justiça, nada é inteligível enquanto atividade orientada pelo direito. O direito possui uma orientação implícita à justiça de acordo com alguma concepção razoavelmente declarável dessa virtude. Por essa razão, a doutrina positivista da separação conceitual entre direito e moral é indefensável, e sua indefensabilidade é revelada através de

uma análise meticulosa e desapaixonada do direito enquanto ordenamento normativo institucional. Nesse sentido, o pós-positivismo é a única postura sensata que um jurista analítico pode adotar. Se ela requer ou não o recurso às ferramentas e ao raciocínio (*reasoning*) das teorias tradicionais do direito natural é outra questão. (MACCORMICK, 2011, p. 33)

Ademais, a interpretação dos princípios contidos no ordenamento jurídico, ao lado dos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais da Constituição da República, configuram o núcleo essencial para o exercício da criatividade e do ativismo judiciais, já que se caracterizam como pontos de consenso social, os quais refletem a finalidade do Estado Democrático de Direito brasileiro, principalmente quando se refere à valorização da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto os defensores do movimento neoconstitucionalista podem ver a crise do positivismo jurídico acentuada, uma vez que as normas estabelecidas nas decisões judiciais são construídas pelo intérprete através da análise dos valores e do sistema jurídico como um todo, e não determinadas de antemão no direito posto.

A atual conjuntura social, de uma sociedade de massas, demanda respostas imediatas, muitas vezes urgentes, às quais não podem aguardar a movimentação das instituições para elaboração de normas pontuais para casos minuciosos.

Assim, as estruturas excessivamente formais do positivismo jurídico não se encontram mais adequadas a responder de forma satisfatória aos anseios sociais e às especificidades do sistema jurídico desenvolvido.

Com isso, não só a força normativa da Constituição foi fortalecida, mas também a função dos princípios jurídicos enquanto normas flexibilizadoras do sistema, capazes de se adequar aos valores contidos na sociedade, restando alicerçada como base do ordenamento e do pensamento jurídico contemporâneos.

Claus-Wilhelm Canaris (2002), sustentava o desenvolvimento do conceito de sistema jurídico a partir de ideias de adequação valorativa, uma vez que o ordenamento jurídico deve ser regido pela regra da justiça, de natureza claramente axiológica, destacando que este nada mais é do que uma captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas.

Desse modo, o neoconstitucionalismo, enquanto teoria que valoriza a aplicação dos princípios, destacando o papel da ponderação sobre a técnica da subsunção de normas, revelou a onipotência da Constituição da República em todas as esferas jurídicas, sendo seus valores referências para todas as atividades no sistema, desde interpretações às criações legislativas.

Em tal contexto, o papel do Poder Judiciário foi reestruturado, uma vez que este, através do uso de instrumentos criativos e de ativismo judicial, promove um controle mais efetivo sobre as atividades dos demais Poderes, no intuito de que estes respeitem os desejos do constituinte originário, assim como promove a solução dos litígios de forma mais substancial, por meio da incorporação dos valores dispostos no sistema, especialmente quando as demandas envolvem direitos fundamentais.

Convém destacar que a alteração na estrutura das normas jurídicas também se mostrou um dos fatores determinantes para a atuação mais ativa dos membros do Poder Judiciário, uma vez que este passou a lidar com normas de texturas diferentes daquelas que existiam em épocas anteriores.

Como foi destacado anteriormente, o ordenamento jurídico é composto por uma série de normas detentoras de estruturas distintas, tais como as normas de tectura fechada; normas pontuais, as quais requerem maior esmiuçamento dos operadores do direito; assim como normas de tectura aberta, as quais demandam uma interpretação e clarificação de seus sentidos para serem aplicadas.

A mudança de estrutura, no campo normativo, exigiu que o Poder Judiciário passasse a adotar um outro tipo de postura, ainda mais em se tratando de normas de textura aberta, tais como o são os princípios, as cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, normas permeadas por valores, dentre outras.

Na ciência jurídica dos séculos passados era prevalente a tese de que as normas jurídicas deveriam possuir como um de seus aspectos primordiais a característica da generalidade e abstração, as quais eram garantidoras da certeza, da segurança jurídica e da igualdade.

Muitos diplomas normativos passaram a trazer uma série de normas abertas, caracterizadas por permitirem margem extremamente ampla de interpretação, legando ao julgador uma série de acepções diferentes para uma série de casos. Tércio Sampaio

Ferraz Júnior (2009) afirmou que as normas jurídicas são comandos genéricos e universais, não apresentando um destinatário definido, pois são criadas pelo legislador para toda uma coletividade.

Norberto Bobbio (2005) destacava que as ideias de generalidade e abstração não são de ordem lógica, mas sim ideológica, pois estas refletem o ideal de justiça de certo momento histórico.

As normas abertas não possuem densidade normativa suficiente, não sendo possível sua aplicação de forma imediata aos casos, dependendo, muitas vezes, até mesmo de intervenções normativas posteriores. Destaque-se que as normas abertas não devem ser confundidas com os conceitos jurídicos indeterminados, os quais são entendidos como aqueles dispositivos carregados de vagueza, que também possibilitam interpretações amplas, porém não necessitam de uma norma posterior para lhes dar conteúdo.

A vagueza intencional dos enunciados normativos existente nestas normas tem a finalidade de fazer com que elas permaneçam sempre atuais e, através da interpretação, sejam moldadas ao atendimento dos anseios da sociedade em conformidade com a evolução social.

Mencione-se, ademais, que o Código Civil de 2002 se estruturou sob as diretrizes principiológicas da eticidade, da operabilidade e da sociabilidade, além de contemplar a possibilidade de inserção de outros princípios e valores mediante o exercício da atividade jurisdicional.

São exemplos de generalidade nos enunciados normativos aqueles que trazem as ideias de “boa-fé”, “imprudência”, “interesse geral”, “função social”, “exercício regular de direito”, “bons costumes”, “motivo razoável”, “justa causa”, “devido processo legal”, dentre outros.

Frise-se que as influências dessa técnica legislativa de normas com enunciados normativos flexíveis acarretam consequências no direito processual, o qual passou a se adaptar para atender às especiais situações do caso concreto. Pode ser citado como exemplo a cláusula geral processual do devido processo legal, a qual também lastreia o dever de motivação das decisões judiciais pelos magistrados, requisito importante

quando se trata de fundamentar sentenças diante de interpretações as mais diversas possíveis.

Alberto Gosson Jorge Júnior trata das cláusulas gerais do seguinte modo:

Transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores, inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita, as cláusulas gerais afirmam o objetivo de dotar o sistema de normas com característica de mobilidade, que propiciem abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica.

Seria, ademais, o alto teor valorativo contido nas cláusulas gerais o elemento caracteristicamente diferenciador destas normas perante o ordenamento jurídico, o nódulo essencial que faria com que as cláusulas gerais fossem aquilo que são. (JORGE JÚNIOR, 2004, p. 10)

Frise-se que a interpretação de normas de tectura mais flexíveis no sistema jurídico deve ser contextualizada perante todo o ordenamento, não podendo ser tomadas isoladamente, sob pena de causar uma elevada insegurança jurídica.

Assim é que, as normas abertas, como o são as cláusulas gerais por exemplo, dotadas de maior amplitude semântica e valorativa do que as normas tradicionais do sistema jurídico, funcionam como elementos de conexão entre as regras mais rígidas do ordenamento, propiciando o ingresso de valores situados fora deste os quais serão introduzidos pela atividade jurisdicional.

Desse modo, a técnica legislativa das cláusulas gerais, em contraposição à técnica casuística, permite a mobilidade do sistema jurídico a valores não percebidos ou não previstos legislativamente, assim como de direitos e deveres não pensados na época da elaboração da norma, traduzidos em máximas ou deveres de conduta, reforçando o poder criativo dos magistrados.

Nesse sentido, Judith Martins Costa avalia que:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie,

complemente, ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 303)

Neil MacCormick, discorrendo sobre as decisões judiciais, destaca com propriedade que:

Frequentemente pode se dar, ou isso ser aceito sem discussão pelas partes interessadas, que os fatos de uma dada situação sejam razoavelmente claros e que eles correspondam de uma forma descomplicada aos fatos tratados como “operativos” em alguma ou algumas regras jurídicas relevantes. Quando isso ocorre, a elaboração de argumentos por litigantes particulares ou mesmo por promotores públicos irá exibir um padrão silogístico bem simples, e esse mesmo padrão irá, ainda que informalmente, dar corpo à fundamentação do magistrado de uma decisão tomada sobre o argumento assim elaborado.

Mas nem todos os casos são simples. As regras estipuladas em leis regulam casos genéricos. Sempre que certos eventos ocorram em certas circunstâncias, certa conclusão legal irá se seguir. [...] (MACCORMICK, 2011, p. 35)

Assim, a criatividade judicial constitui-se em um fator inexorável à função jurisdicional em virtude das características e exigências da atualidade e mobilidade sistemáticas, tanto de âmbito político, econômico, social, dentre outros, a qual é potencializada pela inserção de normas de tecitura mais flexíveis no ordenamento jurídico. Contudo, questiona-se se com tais atitudes, a função jurisdicional passaria a se igualar à atividade legislativa ou se haveria invasão desta por parte dos magistrados.

Rechaçando tal ideia, Mauro Cappelletti afirma que os juízes “[...] são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isso não significa, porém, que sejam legisladores” (CAPPELLETTI, 1999, p. 74), e ainda destaca que:

Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são *law-making processes*. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto,

apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz. (CAPPELLETTI, 1999, p. 74)

Claro que o magistrado ao decidir as lides em seu ofício diário cria o direito aplicado ao caso. Ademais, a distinção entre as funções judiciária e a legislativa deve perpassar pelas características de cada uma delas.

Cite-se, por exemplo, que para o exercício da função jurisdicional deve haver uma necessária conexão entre a atividade decisória e caso discutido, a imparcialidade do magistrado deve estar presente a todo momento, efetivo grau de independência entre as decisões exaradas e as pressões externas dos poderes políticos e da sociedade, existência de um contraditório efetivo ao longo do processo judicial e atitude passiva do magistrado para dar início à demanda.

Contudo, não pode ser olvidada a técnica dos precedentes judiciais utilizada pelas Cortes Superiores, e agora pelos Tribunais Superiores com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, visando a selecionar de forma vinculativa a melhor interpretação possível para demandas que ainda vão ser instauradas em virtude de determinadas situações típicas. Tal regra cria uma situação jurídica geral, construída a partir de casos concretos, com aceção precisa e clara, a qual deve ser seguida, pois vinculante, para os órgãos inferiores dos Tribunais Superiores com vistas a uma uniformização e estabilização da jurisprudência.

Apesar de ser um fato inexorável ao Poder Judiciário nos dias de hoje, a criatividade não é aceita de bom grado de forma unânime, pois ela, conforme Cappelletti:

[...] pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade. (CAPPELLETTI, 1999, p. 92)

Em diversos momentos a bandeira do ativismo judicial é alçada com o intuito de legitimar decisões judiciais apenas em função do resultado que delas emana, vale dizer, efetuando interpretações amplas e, muitas vezes, superando os padrões de legalidade,

criando novos conceitos e novas formas de aplicação do direito a casos concretos que antes ali não se enquadravam. Assim, segundo Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial efetua uma “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2009, p. 117).

No entanto, o conservadorismo ou o passivismo judiciário podem acarretar tanto, ou até mesmo mais situações e consequências negativas que aquelas indicadas no exercício do ativismo e criatividade judiciais, as quais, repise-se, são inexoráveis ao exercício da tarefa de decidir na atualidade.

Destaque-se, por oportuno, que também os magistrados podem se converter em burocratas, distanciando-se da realidade e da sociedade, porém, em acontecendo tal fato o sistema terá a capacidade de corrigir tais erros, uma vez que os magistrados dependem da atuação das partes para o bem decidir, as quais efetuarão um controle sobre os atos decisórios, mediante instrumentos postos para tanto como os recursos e demais formas de insurgência processuais: a função jurisdicional só será exercida após iniciativa da parte, e se desenvolverá por impulso oficial; o magistrado, apesar de não se sujeitar às pressões externas, deve necessariamente garantir o necessário contraditório às partes, para que elas tomem ciência, se manifestem e influenciem efetivamente em sua decisão final.

Contudo, apesar do que foi discorrido até o presente momento, o Poder Judiciário não pode ser visualizado como a panacéia para a solução de todos os problemas que envolvem a implementação e concretização de direitos, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, uma vez que suas decisões são, muitas vezes, pontuais, ocasionando uma série de consequências, tais como o desequilíbrio orçamentário e a desconsideração ao princípio da igualdade e da não discriminação, quando se refere ao ativismo judicial em sede de políticas públicas, em especial a implementação do direito à saúde. Desse modo, é imprescindível que se desenvolva uma nova racionalidade para a Ciência Jurídica, em especial para a processualística civil e suas técnicas decisórias, já que os modelos que foram pensados em outras épocas, desde o método da subsunção aos modelos de interpretação de direitos, não são mais suficientes para tratar as demandas e necessidades da sociedade contemporânea.

1.3. Subjetivismo judicial e práticas decisionistas

Como foi destacado, o exercício da atividade interpretativa abre margem para práticas ativistas e o desenvolvimento da criatividade dos operadores do direito, pois, conforme destaca Miguel Reale:

Não há direito sem interpretação, como se sabe, desde que foi revelado o círculo vicioso que se oculta na velha parêmia *interpretatio cessat in claris*, visto como a afirmação de clareza já é o resultado de um ato hermenêutico. O que subsiste, no caso, é a advertência de que o intérprete não deve forçar ou desviar o sentido de uma regra jurídica, quando este é manifesto. O que é importante, todavia, é salientar a essencialidade do momento hermenêutico, quando a doutrina constitui os “modelos dogmáticos”, cuja função é dizer o que os “modelos jurídicos prescritivos” significam. Não basta, com efeito, demonstrar que cada momento da vida jurídica corresponde a uma estrutura complexa, onde diferentes elementos se relacionam ou se contrapõem numa “totalidade de sentido”, pois é preciso, também, demonstrar-se a qualidade hermenêutica dessa estrutura. (REALE, 2005, p. 113)

Apesar de muitas vezes se mostrar como positivo o exercício do ativismo e da criatividade judiciais, seu uso indiscriminado pode incorrer em uma inconsistência de razões jurídicas razoáveis para tanto, o que certamente culminará em transformá-los em instrumentos de tirania sob o viés da proteção da liberdade dos cidadãos e garantia de direitos.

A criatividade judicial, envolvendo direitos e valores, é inevitável e inerente à atividade interpretativa, sendo que o problema encontra-se na medida de seu uso, pois a ausência de parâmetros pode ocasionar uma série de problemas não só para os indivíduos, mas também para todo o sistema jurídico, para as instituições e, inclusive, para a existência da democracia, uma vez que esta não pode admitir que os direitos e as liberdades fundamentais sejam violados.

[...] a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes públicos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-

governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas. (CAPPELLETTI, 1999, p. 107)

Para que o exercício da criatividade judicial possa se dar sem problemas de grande monta, há a necessidade de um Poder Judiciário forte e diferenciado, capaz de contribuir de forma dinâmica para a formação e a evolução do direito, aliada à existência de uma Corte Suprema forte com a função de esclarecer, orientar e modernizar o direito.

A tarefa dos magistrados é, ao mesmo tempo, a de interpretar e de criar o direito aplicável aos casos concretos, sendo que a primeira atividade, no momento em que implica certo grau de escolha, é um exercício de criatividade, funções estas que foram verificadas em virtude das transformações ocorridas na sociedade moderna e alteração nas funções do Estado e do direito, especialmente nas sociedades democráticas onde o processo legislativo se tornou moroso, obstruído com burocracias excessivas e desmedidas, ocasionando ainda mais um incremento no grau de criatividade judiciária.

As demandas judiciais, na atualidade, muitas vezes não são passíveis de serem resolvidas mediante silogismos e meras subsunções, havendo em diversas etapas escolhas feitas pelos magistrados para que se descubra a melhor solução aplicável ao caso concreto que lhe é submetido. No entanto, tais escolhas não podem ser puramente subjetivas, as quais devem estar lastreadas na lógica da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo como substrato o sistema jurídico vigente e seus valores imanescentes, pois somente assim estas serão mais responsáveis e democráticas.

Ademais, o controle de tais escolhas pelos magistrados e Tribunais deve ser feito através da fundamentação de suas decisões, as quais devem demonstrar todos os motivos para a adoção de determinada postura.

[...] Numa sociedade aberta e democrática devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, evidenciando-se, de tal maneira, também os elementos de incerteza, abrindo-se caminho, se for o caso, para intervenções reparadoras do legislador. (CAPPELLETTI, 1999, p. 132)

Outrossim, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, este determina que são elementos essenciais da sentença, além do relatório contendo o nome das partes e a identificação do caso, também os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito, e o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que lhe foram submetidas

Ademais, o novo diploma processual civil, no seu artigo 489, prescreve que não será considerada fundamentada a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ainda, em havendo eventual colisão de normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (art. 489, §2º), devendo, por fim, a decisão judicial ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Desse modo, aspectos subjetivistas e decisionistas poderão e deverão ser prevenidos através do controle dos fundamentos dos atos decisórios quando os magistrados se valerem de sua criatividade judicial, limitando assim eventuais excessos e debilidades interpretativas, num claro exercício de *accountability*. Nesse contexto, os temores em relação às atitudes criativas e ativistas do Poder Judiciário serão diminuídos e mais acentuada será a confiança nessa função de Estado no que toca à responsabilidade pela formação e evolução na interpretação do direito vigente.

O ativismo judicial e a criatividade dos magistrados constituem consequências lógicas das profundas alterações ocorridas nas sociedades modernas, ainda carentes de eventuais estudos e até mesmo de parâmetros objetivos.

No entanto, o ato de decidir é um ato de responsabilidade claramente política, uma vez que os direitos dos indivíduos não podem ficar à mercê de escolhas subjetivas e voluntaristas dos magistrados, sob pena de ocorrer um manifesto atentado ao Estado Democrático de Direito.

Assim, tem-se que, muitas vezes sob o argumento do exercício de um ativismo judicial, os magistrados se avocam em uma atividade extremamente excessiva e arbitrária do ato de decidir, pautados em posturas meramente subjetivistas, ocasionando um puro decisionismo como ato de substituição de normas jurídicas gerais previamente estabelecidas, as quais foram criadas pelas funções de Estado competentes para tanto, única e meramente com o intuito de criar o direito sem qualquer fundamento para tanto, desafiando a clássica teoria da separação de poderes e a própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Paulo Gustavo Gonet Branco, a respeito das teorias interpretativas e demais aspectos que envolvem o tema, o autor afirma que:

Os positivistas consideram que, além de um conjunto de sentidos bem definidos que se pode extrair das normas, resta, por vezes, uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de norma encontrável pelos métodos tradicionais para regular a situação mais complexa. Não haveria uma diretriz estabelecida para a solução da controvérsia. Nessas hipóteses, o juiz gozaria de discricionariedade para decidir como lhe parecer mais apropriado. Essa discricionariedade seria a contrapartida da inexistência de somente uma resposta correta, extraída do direito posto – ainda que, como salientam alguns positivistas, essa liberdade não seja completa, nem se reduza a um capricho, uma vez que encontra limites que estreitam o seu escopo. (BRANCO, 2009, p. 147-148)

A noção de decisionismo judicial ganhou relevo diante do uso equivocado da hermenêutica e dos procedimentos de interpretação jurídica, especialmente diante da atuação do Poder Judiciário perante questões que não podem ser solucionadas pela mera leitura da norma jurídica.

Como foi afirmado anteriormente, a interferência do Poder Judiciário em todas as searas e questões que envolvem a sociedade em geral ocorreu devido ao seu consequente agigantamento em virtude da descrença no Poder Legislativo e a ineficiência da atuação do Poder Executivo.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

A função do Judiciário como instituição democrática tem passado por transformações substanciais tanto no Brasil como no exterior, sobretudo a partir de meados do século XX.

Embora esse Poder tenha sido inicialmente idealizado como órgão responsável pela mera pronúncia da norma preestabelecida pelo legislador, após a Segunda Guerra Mundial, ele se desenvolveu, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático.

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e sujeita a controle. Caso contrário, arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, com preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 159)

Adiante, o autor acima referido, discutindo as ideias vislumbradas por Montesquieu quando da elaboração de sua sistematização da separação dos Poderes, pontua que aquela concepção originária de organização das funções estatais, a qual se encontrava fundamentada no princípio da supremacia da lei, não mais se coaduna com os Estados Democráticos de Direito da atualidade, ante as alterações estruturais nas competências institucionais de cada uma daqueles, especialmente as que se referem ao Poder Judiciário.

A partir do século XX, verifica-se que o fenômeno do constitucionalismo acarreta mudanças estruturais nas funções do Poder Judiciário. Os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) foram aperfeiçoados pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição; interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 161)

Ademais, Rafael Barreto Garcia, em análise a respeito da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, destacou que:

Tem-se verificado recentemente que o Poder Judiciário, em face da crescente demanda por ver concretizados direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, não raramente tem sido chamado a exercer um controle muito maior do ato administrativo que

não apenas seja de sua legalidade. A opção das diretrizes políticas e dos objetivos que pertencem a determinados programas políticos não se traduzem em meros princípios de ação, mas sim representam os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados. [...] (GARCIA, 2009, p. 63)

Desse modo, o Poder Judiciário, terceiro imparcial, no intuito de compensar o déficit democrático da ineficiência das funções legislativa e executiva, passou a atuar com vistas ao resgate dos ideais de justiça e de satisfação dos anseios da sociedade em geral em razão do agigantamento de seus poderes diante do descrédito daqueles outros.

Por seu turno, Dimitri Dimoulis e Soraya Gaspareto Lunardi defendem certos parâmetros para a atuação dos magistrados, indicada pela tese da autolimitação judicial, nem uma atuação passivista, muito menos um ativismo exacerbado, pontuando que:

[...] o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Essa seria uma postura passivista que faria o juiz abdicar de seu papel. Por outro lado, o juiz tampouco deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes. Evitando tanto o passivismo como o ativismo o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469)

Em diversas hipóteses, com roupagens de uma hermenêutica e de um procedimento interpretativo exacerbado, o julgador passa a decidir a seu próprio alvedrio no caso concreto, muitas vezes até mesmo superando os limites para a solução da lide em questão, bastando, para tanto, a invocação de preceitos abertos, especialmente de princípios jurídicos que entende aplicar ao caso, assim como trazer referências diversas, teorias e autores, em uma tentativa de utilização de argumentos de autoridade, para justificar seu entendimento.

No entanto, no Estado Democrático de Direito, a função interpretativa dos operadores do direito, em especial dos membros do Poder Judiciário, é argumentar e se posicionar perante aspectos que se encontram inseridos no sistema jurídico do qual fazem parte, não devendo nunca fazer uso de arbitrariedades interpretativas ou

conjecturas sem quaisquer fundamentações razoáveis: a elevada indefinição de aspectos contidos nas normas, o caráter aberto dos princípios, a existência de conceitos indeterminados e cláusulas gerais podem conceder ao intérprete um elevado grau de subjetividade para decidir a favor da tese que lhe parecer plausível.

Contudo, lembra Dimitri Dimoulis e Soraya Gaspareto Lunardi que:

[...] quem afirma que o Judiciário deve controlar a constitucionalidade das decisões do Legislativo, para impedir eventuais abusos, deve indicar quem fiscalizará o próprio Judiciário que se apresenta como guardião da Constituição. Pois, como dizia Carl Schmitt, “o guardião da Constituição torna-se facilmente seu Senhor”. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 466)

Atualmente, são quase inexistentes aqueles que defendem a abolição do controle do Poder Judiciário sobre as demais funções de Estado, em especial no controle judicial de constitucionalidade, porém há uma clara preocupação com os limites deste controle, surgindo uma série de opiniões que tentam conciliar esse controle com tentativas de limitação da atuação daquele, tais como o controle de constitucionalidade sem supremacia judicial e a tese da autolimitação (*self-restraint*) do Judiciário, a qual defende que, na dúvida, deve prevalecer a opção indicada pelo legislador, momento em que o julgador deve se abster de declarar qualquer inconstitucionalidade num claro *in dubio pro legislatore*.

Destaque-se, a título de ilustração, que a doutrina da autocontenção judicial nem sempre pode ser aplicada, uma vez que, em muitos casos, o que é duvidoso para um julgador pode não ser para outro, carecendo, portanto, de rigor técnico e critérios para a busca do equilíbrio entre ativismo e passivismo judicial.

Ademais, é prudente que, de acordo com a teoria da separação dos poderes, exista um sistema de controle múltiplo e recíproco entre as funções de Estado, sob pena de uma se sobressair sobre as demais.

Um mesmo enunciado normativo pode acarretar uma série de opiniões divergentes, as quais são decorrentes de três fatores centrais, quais sejam: a) interesses políticos conflitantes, os quais influenciam as decisões dos intérpretes; b) a uma baixa densidade normativa, favorecendo o surgimento de uma série de argumentos distintos; e

c) a existência de diversos métodos de interpretação, os quais servem para justificar os entendimentos divergentes.

Dimitri Dimoulis e Soraya Gaspareto Lunardi criticam a tese muito difundida da opinião de que:

[...] a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O STF se considera “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis”. Entende que sua função “de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102 *caput*), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”. E com uma formulação mais simples: “Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último”.

A tese da “ultima palavra” é adotada por alguns autores como forma de ordenação e pacificação definitiva das relações jurídicas, propiciando segurança jurídica. Outros juristas indicam o risco de violação do princípio democrático, caso os julgadores se sobreponham às autoridades legitimadas pelo voto popular, despolitizando o direito público e transformando a democracia representativa em “governo de juízes” ou em “juristocracia”. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 467)

Diz os autores acima mencionados que, para se evitar um “despotismo do Judiciário”, todas as interpretações dadas por poderes estatais devem ser igualmente respeitadas, cada qual em seu momento e âmbito de competência, postura esta denominada de *departmentalism* ou *nonsupremacy*, pautando-se pela equivalência dos poderes estatais nos assuntos de interpretação constitucional.

Assim, afirmam Dimoulis e Lunardi (2011), criticando as posturas ativistas através da perspectiva da autocontenção judicial, que esta tem como objetivo conferir um equilíbrio ao poder que foi dado ao Judiciário, trazendo limitações à sua atuação e uma consequente fiscalização pelas outras funções de Estado.

Desse modo, asseveram que:

[...] ao apresentar argumentos conciliadores de tendências extremas, a doutrina da autocontenção alerta o operador do direito sobre dois pontos fundamentais. O primeiro é a ausência de hierarquia entre os princípios de organização do Estado e os direitos fundamentais garantidos no texto constitucional. Não há supremacia nem poder de “última palavra” de certa autoridade estatal, nem existe uma presunção genérica a favor do indivíduo e contra o Estado em casos de conflito.

Além disso, a doutrina da autocontenção indica as incertezas e o subjetivismo dos juízos de “ponderação” que dificultam a decisão sobre a inconstitucionalidade e indicam a necessidade de cautela dos magistrados. Se o julgador não puder fundamentar plenamente a inconstitucionalidade, deve aceitar a decisão do poder que possui a competência primária em cada caso. Dito de outra maneira, a doutrina da autocontenção convida os julgadores a abster-se de um juízo de inconstitucionalidade que não possui plena justificativa e compromete o equilíbrio entre os poderes estatais. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 470-471)

Com a assunção de novas competências, o Poder Judiciário passou de boca da lei a guardião de promessas, chegando ao título de “superego da sociedade órfã”, nos termos apresentados por Ingeborg Maus (2000) quando de sua análise a respeito do Poder Judiciário na Alemanha.

Para Ingeborg Maus (2000) as instituições políticas fracassaram como responsáveis pela organização da sociedade, motivo pelo qual, a partir da crise democrática e da descrença em relação às instituições políticas, a sociedade se encontrou numa posição de “órfã”, havendo a necessidade de um novo gestor das estruturas sociais, qual seja, o Poder Judiciário.

Alexandre Bahia, analisando o estudo de Ingeborg Maus sobre o superego do Judiciário, pondera que:

A independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição. A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor. (BAHIA, 2005, p. 12)

Ingeborg Maus (2000), analisando a Corte Constitucional do Poder Judiciário alemão, afirma que, desde o período liberal, esta teve suas funções aumentadas a fim de substituir de forma funcional a figura paternalística existente com a Monarquia de períodos passados. Tal figura representa o papel de um “superego coletivo” de uma “sociedade órfã” que demanda tutela.

Em paralelo, o Poder Judiciário pós-moderno, em especial no Brasil, teve suas competências ampliadas, seja por meio de reformas, como o foi a Emenda Constitucional n. 45/2004 da Reforma do Judiciário, seja por meio de um alargamento interpretativo das normas jurídicas através das técnicas decisórias, como é o caso do uso da ponderação. Nesse sentido, as críticas de Ingeborg Maus ao Judiciário alemão podem muito bem ser aplicadas ao Supremo Tribunal Federal no momento em que este se considera uma Corte Constitucional nos moldes das européias, no mesmo compasso em que, muitas vezes, utiliza de uma aplicação irrestrita do princípio da proporcionalidade como um remédio para resolver conflitos que tratem de direitos fundamentais e como última instância de definição de todos os valores da sociedade brasileira.

Aduz Maus que:

[...] Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. [...]

O retorno mais marcante da imagem do que parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos. Nesse país, que já desenvolvera um modo original de controle judicial da constitucionalidade desde o começo do século XIX, tal retorno é indicado pelo surgimento de uma vasta literatura a respeito de biografias de juízes. Na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juízes que fizeram história constitucional, os quais aparecem como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito”. Nessas representações se revela mais que em qualquer outro campo a atual tendência ao biografismo, que demonstra uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos. O aspecto típico dessas biografias de juízes parece se configurar na ideia – que suscita algo como uma reedição dos antigos “espelhos dos príncipes” – de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação e personalidade de juízes. (MAUS, 2000, p. 185)

Desse modo, Ingeborg Maus (2000) efetua o questionamento se não será a Justiça, em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído, uma vez que as ideias de garantia judicial de liberdades e da ampliação dos métodos interpretativos podem servir de amparos ao domínio, à irracionalidade e ao

cerceamento da autonomia dos indivíduos e até da soberania popular, constituindo um obstáculo ao Estado Democrático de Direito.

Assim, concluiu seu pensamento salientando que “a Justiça, com o tratamento autônomo de pontos de vista materiais, tomou a si as mesmas funções patriarcais contra as quais se opusera em nome do formalismo jurídico” (MAUS, 2000, p. 194).

Aos magistrados deveria ser conferida a tarefa de sintetizar a heterogeneidade dos valores sociais. Contudo, Maus destaca que os juízes passaram não a atuar mais inseridos no processo tradicional de apuração dos sentimentos e valores populares, mas sim com uma função de “superego”, qual seja, de trazer uma percepção “saudável” a um povo “doente”, o que foi bem retratado pela postura dos magistrados durante o Nacional Socialismo, sendo então concebidos como “a corporificação da consciência viva nacional” (MAUS, 2000, p. 197).

Nesse contexto, as discriminações motivadas politicamente em cada caso particular não eram compatíveis com a vinculação a qualquer texto legal, sendo, conforme indicação no documento intitulado “Cartas aos Juízes” (*Richterbriefe*), a personalidade dos magistrados era um importante elemento para a aplicação da correta jurisprudência na condição de protetores dos valores do povo e aniquilador daqueles valores que eram considerados como falsos, vale dizer:

[...] tarefas que só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta; a magistratura deveria representar a “elite nacional”. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o “juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”. As “Cartas aos Juízes” também tinham em vista a elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente “das muletas da lei”, sustentando também que o juiz era visto como “auxiliar direto da condução do Estado”. Na realidade, revela-se aqui na forma de sua completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Esse processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. [...] (MAUS, 2000, p. 197)

Por sua vez, Georges Abboud (2014) efetua uma análise a respeito da relação existente entre ativismo e decisionismo judicial, afirmando que tais fenômenos possuem em comum o fato de serem “contrários ao Estado Constitucional”, sendo que o decisionismo teve sua gênese próxima ao *civil law*, enquanto o ativismo judicial possui raízes no *common law*, principalmente norte-americano. Afirma o referido autor que “a insegurança jurídica advinda de decisões judiciais ativistas e discricionárias estão presentes em todos os sistemas” (ABBOUD, 2014, p. 343).

Foi, a partir da Revolução Francesa, que o modelo do *civil law* evidenciou a importância da lei nas funções de argumentar e decidir, sendo confundida por vezes com o conceito direito, a qual, para ser aplicada pelos magistrados necessita ser interpretada, não podendo mais o juiz ser identificado como mero reproduzidor das palavras contidas nos textos legais.

[...] O problema atual é que, ao se admitir a interpretação da lei, temos caminhado para um verdadeiro *woodstock* hermenêutico dentro do qual parece vigor uma espécie de é proibido proibir qualquer limitação à atividade decisória do magistrado, sendo-lhe, portanto, possível alcançar a interpretação que quiser. (ABBOUD, 2014, p. 343)

O papel da lei adquiriu uma função relevante como forma de promover a estruturação de um novo regime político condizente com a vontade da maioria, assim como também em oposição ao Poder Judiciário da época da Revolução Francesa, qual era visualizado como um poder subserviente ao rei, gerando série desconfiança por parte do povo, agindo, muitas vezes, em troca de favorecimentos reais.

Desse modo, com a primazia da lei, enquanto instrumento fundamental de ordenação da sociedade, passou-se a garantir a igualdade entre todos os indivíduos que dela fazem parte, uma vez que todos estão sujeitos às mesmas regulamentações para quando incorrerem nos fatos descritos nos enunciados normativos. Assim, a lei passou a servir como condição de liberdade para os indivíduos, já que por meio dela eles poderiam realizar os atos da vida civil, configurando a representação da vontade popular nos regimes democráticos.

Verificou-se, contudo, que tal pensamento era falacioso, uma vez que a Jurisprudência dos conceitos considerava possível a dedução lógica das normas umas das outras, quando, na realidade, a dedução ocorria a partir de conceituações gerais já

existentes nos pensamentos dos magistrados competentes para exarar as decisões sobre os conflitos existentes. Tem-se, ademais, que os diplomas legislativos, muitas vezes, são carregados de lacunas e insuficiências, as quais precisam ser suprimidas, o que em vários momentos ocorre através das percepções concretas da realidade.

Posteriormente veio a lume a Jurisprudência dos interesses, tendo como um de seus alicerces o Movimento do Direito Livre, o qual propugnava a libertação científica do direito daquele método formalista e conceitual dos pandectistas e da Escola da Exegese francesa.

Com a Jurisprudência dos interesses um novo modelo metodológico veio a lume, o qual também passou a ser abordado pela Jurisprudência dos valores, qual seja, o método da ponderação, pelo qual toda norma jurídica possui uma possibilidade de conciliação em seus interesses opostos.

A textura aberta dos enunciados jurídicos e a vagueza dos preceitos é, na atualidade, inexorável ao sistema normativo vigente, sempre podendo surgir uma situação não prevista anteriormente, a qual se encontrará na penumbra da norma sendo a ela estendida. Até mesmo os termos que são utilizados na definição de conceitos podem, em função de mudanças não previstas, tornarem-se vagos, como, por exemplo, o conceito de família na atualidade.

Para Noel Struchiner (2011), analisando a corrente do instrumentalismo, que é aquela que atesta que o direito tem a possibilidade de ser normativamente indeterminado, as normas devem ser recalibradas em cada momento de aplicação, em conformidade com as configurações do caso. Contudo, assevera o autor que há boas razões para que tal modelo não seja utilizado na tomada de decisões, pois:

[...] Podemos imaginar boas razões instrumentais para que o direito não seja encarado de uma forma instrumental. Se acreditamos que existe uma maior probabilidade de erros ou abusos serem cometidos quando aquele que aplica o direito tem sempre a prerrogativa de desconsiderar a regra em função de outras considerações, então temos boas razões para calibrar as instituições de tal forma que os aplicadores não se sintam à vontade para fazer isso. Isso pode ocorrer tanto nos casos em que acreditamos que o agente decisório é o agente diretamente responsável pelo erro na decisão, quanto nas ocasiões em que o mesmo é um agente indireto do erro. (STRUCHINER, 2011, p. 145)

Nestes dois casos referidos por Noel Struchiner, quais sejam, o primeiro que o agente decisório é o agente diretamente responsável pelo erro na decisão e, o segundo, quando o agente decisório atua indiretamente fortalecendo o erro por parte de outros agentes públicos, o autor assevera que naquele os magistrados utilizam-se de um raciocínio instrumental e particularista, tomando mais decisões erradas nos casos concretos que decidem do que se houvessem observado os preceitos normativos. Em tais casos, o desvio na aplicação das normas no intuito de atender a certos propósitos acaba afastando os magistrados da própria concretização da norma.

Por seu turno, nos casos em que os magistrados promovem um desvio sistemático do texto normativo, estes podem não produzir resultados errados diretamente nos casos concretos, porém podem induzir que agentes públicos cometam erros com base naqueles desvios, culminando com comportamentos não pretendidos em larga escala.

É perante tais atitudes que Struchiner (2011) denomina de “efeitos sistêmicos miméticos”, que são aqueles gerados pela imitação dos atos dos agentes decisórios, afirmando que:

Os efeitos sistêmicos miméticos, no âmbito judiciário, dizem respeito às chances de certos desvios sistemáticos, mesmo que realizados adequadamente, estimularem uma grande gama de juízes menos sofisticados a se desviarem em situações em que se desviar não era a melhor opção. [...] Em suma, se um grande número de juízes que tomam conhecimento de desvios sistemáticos no direito, mesmo de desvios que são corretos para o caso em questão, utilizam esse conhecimento como uma espécie de carta branca ou convite para também se desviar nas ocasiões em que entendem adequadas, mas não possuem a mesma capacidade institucional de seus colegas, então temos boas razões para desejar que nem mesmo os juízes sábios tenham a prerrogativa de se desviar do direito nos casos em que este é determinado. (STRUCHINER, 2011, p. 148-149)

Mencione-se, a título de ilustração, o que via de regra ocorre com relação ao direito à saúde, aqui compreendidos o acesso a tratamentos clínicos e a medicamentos não previstos nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde (SUS), quando os magistrados superam as normas jurídicas e concedem os pedidos postulados pelos jurisdicionados com base naquele direito fundamental e no direito à vida digna, comprometendo o orçamento previsto para a área da saúde.

As decisões judiciais, nesse sentido, afetam boa parcela do orçamento destinado a área da saúde, uma vez que os recursos são escassos e parte desta verba, que deveria ser destinada ao atendimento dos programas gerais de saúde, passa a ser utilizada para o atendimento de demandas individuais.

No entanto não pode ser olvidado que o apego excessivo à lei também pode acarretar situações injustas e efeitos perversos. Contudo, em muitos casos, é mais simples para o cidadão antecipar os efeitos que podem advir um seu comportamento quando o direito é sempre aplicado, pois haverá o respeito às garantias da certeza, da segurança jurídica e da previsibilidade, ao invés de ficar a depender da vontade subjetiva do agente decisório.

1.4. Conclusões parciais

A Ciência Jurídica, apesar de haver lançado seus pilares há muitos séculos atrás, deve estar apta a acompanhar as constantes transformações ocorridas no seio da sociedade, sob pena de provocar uma possível ilegitimidade por parte do direito posto, uma vez que ele não estará em sintonia com a realidade que pretende regular, não traduzindo os valores sociais que eclodiram com o passar dos tempos.

Nos últimos tempos, especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, as mudanças sociais foram intensificadas, trazendo novas configurações às relações jurídicas, demandando uma necessidade de transformação na Ciência do Direito, tanto no seu modo de interpretação como também na forma de aplicação de suas normas, as quais não mais se adequavam ao método da subsunção.

Desse modo, a Ciência Jurídica promoveu uma reformulação na estrutura de suas normas, além de novos parâmetros para o exercício da atividade interpretativa. No mesmo compasso, o Poder Judiciário precisou se adequar às novas realidades que eram postas à sua decisão, uma vez que os demais poderes do Estado não acompanham as alterações na estrutura social com a rapidez adequada. Nesse sentido, aspectos de ativismo e criatividade judicial ganharam espaço no sistema jurídico, e destes emanou um aperfeiçoamento das técnicas decisórias, sendo que a ponderação representa, na atualidade, característica primordial para o tratamento de inúmeros casos que envolvam conflitos entre valores, reclamando maiores estudos.

2. Técnica decisória da ponderação e harmonização de valores nas decisões judiciais

Foi visto no capítulo anterior que a sociedade moderna não mais se ordena em critérios de uma busca por respostas rígidas e fechadas extraídas do conjunto normativo existente, o qual muitas vezes não dispõe de respostas aos inúmeros casos que ocorrem no seio social. A sociedade moderna e os poderes instituídos devem encarar os problemas atuais pela possibilidade da tomada de diferentes decisões de acordo com o grau de complexidade e alcance do caso em discussão. Assim, não se coaduna, na atualidade, o entendimento de um direito eterno e imutável, que seja indiferente às transformações sociais, uma vez que, para que ele sobreviva e se renove, deve estar atento às transformações no seio da sociedade, ao mesmo tempo em que busca construir decisões justas.

A base da racionalidade do Direito na sociedade pós-moderna é complexa, uma vez que o Direito recebe influxos dos aspectos fáticos e axiológicos que gravitam ao seu redor, assim como de aspectos histórico-culturais e éticos, devendo estes serem considerados nas argumentações e nas decisões. Nesse sentido, os aspectos normativos, axiológicos e sociológicos são essenciais para que ocorra uma adequada compreensão, através da interpretação das normas, e consequentemente uma correta aplicação do Direito.

Afirma Leonel Severo da Rocha que:

[...] quando se ingressa numa nova forma de sociedade globalizada, que também se poderia denominar de transnacionalizada, ou pós-moderna, o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se tornar extremamente limitada. Não se pode assim continuar mantendo uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal kelseniano. (ROCHA, 2005, p. 14).

Verifica-se, desse modo, que a teoria jurídica existente na atualidade deve estar ligada à noção atual do Estado Democrático de Direito, o qual respeita as liberdades civis, que seja garantidor dos direitos humanos e dos direitos fundamentais mediante

uma adequada proteção jurídica, tendo como núcleo fundamental a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, houve a eclosão de uma extensa gama de direito fundamentais, muitos dos quais espalhados por todo o ordenamento normativo, a presença de diferentes tipos de normas, a exemplos das normas de textura aberta já mencionadas, assim como a existência de uma série de valores imanentes na sociedade demandam a existência de uma nova hermenêutica, de técnicas interpretativas adequadas aos diferentes tipos de normas e às complexidades oriundas da sociedade, assim como uma nova postura dos poderes competentes, em especial do Poder Judiciário, para fazer frente às necessidades pela qual passa a Ciência Jurídica atual, qual seja, atender aos anseios sociais, diante da inércia e insuficiência na atuação das demais funções estatais, assim como dar respostas satisfatórias aos jurisdicionados.

Com isso, o Poder Judiciário avocou para si inúmeras atitudes superadoras de sua passividade de antanho, revelando certo protagonismo judicial, pelas causas anteriormente vistas, principalmente diante do fato que este dá respostas mais rápidas que aguardar eventuais alterações legislativas para que casos não previstos sejam regulamentados, por exemplo.

Vê-se que na atualidade o Poder Judiciário detém um relevante papel na concretização dos mandamentos de justiça conferidos pelo Estado Democrático de Direito, fazendo frente na implementação de políticas públicas, atuando em conflitos de massa ou transindividuais, revelando uma clara ampliação de seu poder sob o amparo dos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º da Constituição da República.

Diante de tais aspectos, o Poder Judiciário deve se conduzir perante as diversas pretensões sociais e os variados valores dispersos pela sociedade, tendo sempre em observância os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, com vistas a ofertar respostas que se encontrem em sintonia com os ideais que dele se espera, em especial respostas justas e adequadas, uma vez que muitas vezes ele é acionado para decidir sobre questões políticas e sociais com elevada repercussão social.

Assim, o papel dos magistrados na atualidade é reforçado por ter um enfoque predominante nas atividades interpretativas, argumentativas e, em especial, na ponderação, a qual tem papel de destaque pela opção do sistema em adotar normas de

textura aberta, aonde aqueles, através de uma postura ativa, porém não arbitrária, preenchem os espaços vazios deixados conscientemente pelo legislador através de sua atividade criativa.

Foi salientado que as técnicas de interpretação também acompanharam a evolução do direito, havendo a superação da concepção positiva e formalista, atrelada ao exame fiel dos textos dos dispositivos legais, pois os métodos tradicionais de interpretação são neutros em sua forma de aplicação, não levando os aspectos axiológicos em sua consideração, sendo inadequados e impotentes para a aplicação de uma série de normas, as quais demandam meios interpretativos distintos.

Cassio Scarpinella Bueno afirma que:

[...] o paradigma atual do direito legislado – não só do direito constitucional, mas de todo o direito – é, por si só, suficiente para que a “abertura” interpretativa propugnada com relação à teoria dos direitos fundamentais faça-se também presente em todas as demais situações de atuação do Poder Judiciário. Mais ainda quando a doutrina tradicional ainda afirma (insiste, a bem da verdade), a exemplo do que a doutrina oitocentista fazia, que ao juiz não é dado criar direito algum, que a atribuição do Poder Judiciário ainda é a de julgar conforme e sob as condições da lei preexistente. Como se esta “lei” fosse suficiente, sempre e por definição, a cobrir todo e qualquer fato conflituoso que seja entregue ao juiz para julgamento. (BUENO, 2011, p. 98)

Convém, por oportuno, trazer a lume os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, para quem:

[...] o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contêm no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça. (DINAMARCO, 2008 ,p. 347-348)

2.1. Judicialização e ativismo judicial: considerações acerca do protagonismo do Poder Judiciário na atualidade

Nos idos da Revolução Francesa, iniciou-se um processo de sistematização do Direito, impondo aos juristas da época a valorização do preceito legal no julgamento dos casos concretos. Em razão de tal exigência, veio a lume a Escola da Exegese, a qual promoveu uma mudança no pensamento jurídico da época, fazendo com que os juristas se dedicassem mais à teorização e à sistematização da experiência jurídica com vistas a uma unificação dos juízos normativos existentes e de seus fundamentos. Ficava, assim, o estudo do Direito limitado ao positivismo legalista sob a égide da estatalidade do direito.

Frise-se que o positivismo jurídico, no sentido de um positivismo legalista, apresentou uma concepção de Direito constituída em um sistema fechado, isto é, ausente de lacunas e que bastasse por si mesmo. Assim, para esta corrente, o direito consistiria em uma totalidade manifestada num sistema de conceitos e proposições jurídicas conexas e fechadas em si mesmas e, se qualquer lacuna existisse, esta não passaria de mera aparência a ser solucionada pela via da interpretação. “O sistema jurídico é, necessariamente, manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática faz mister explicitar” (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 33).

Norberto Bobbio (2006) destaca que o positivismo jurídico, entendido como o conjunto de comandos emanados do soberano, introduziu como elemento único na definição a ideia de validade, sendo considerado como normas jurídicas aquelas emanadas em conformidade com a forma estabelecida pelo próprio ordenamento jurídico, não levando em consideração a forma como aquelas eram aplicadas na sociedade, prescindindo assim do requisito da eficácia.

Bobbio (2006) destaca ainda a crítica exercida pela Escola Realista do direito, a qual observava que o direito é uma realidade social e de fato, sendo função daquele ser aplicado de forma eficaz. Assim, aliando o conceito de eficácia, o direito seria “[...] o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade” (BOBBIO, 2006, p. 142).

A escola realista surgiu e se desenvolveu principalmente nos países anglo-saxônicos, enquanto o positivismo jurídico floresceu sobretudo na Europa continental – o que se explica perfeitamente, já que no mundo anglo-saxônico os juízes desempenham um papel de primeiro plano na produção das normas jurídicas, enquanto no mundo europeu

continental a produção do direito é obra essencialmente do legislador. (BOBBIO, 2006, p. 144)

Como foi visto anteriormente, a partir do início do século XXI, veio a lume a doutrina intitulada de neoconstitucionalista, a qual pretendeu promover uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo em voga, distanciando-se daquela visão clássica até então existente. Desse modo, tal doutrina foi um movimento de viés político que almejou uma ampliação do conteúdo material da Constituição, assim como de seus princípios constitucionais e valores ali esculpidos, principalmente da noção de força normativa das normas constitucionais, as quais se irradiam por todo o ordenamento jurídico.

Do neoconstitucionalismo emergiu o movimento denominado de ativismo judicial, já diversas vezes mencionado, o qual vem sendo utilizado com o intuito de legitimar decisões judiciais apenas em função do resultado que delas emana, vale dizer, efetuando interpretações amplas e, muitas vezes, superando os padrões de legalidade, criando novos conceitos e novas formas de aplicação do direito a casos concretos que antes ali não se enquadravam. Assim, segundo Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial efetua uma “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2009, p. 117).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos conceitua o ativismo judicial como sendo:

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (CAMPOS, 2014, p. 165)

Já Elival da Silva Ramos conceitua ativismo judicial da seguinte forma:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas

(conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2009, p. 129)

Verifica-se, assim, que o ativismo judicial configura-se como um problema de teoria do direito, o qual demanda o uso de técnicas modernas de interpretação dos fenômenos jurídicos, tais como a da ponderação entre princípios e direitos fundamentais, acarretando reflexos na teoria das decisões judiciais.

Deve ser mencionado que a ideia de ativismo judicial é mais criticada que elogiada, ainda mais quando os estudiosos do tema afirmam que os juízes ativistas mostram-se como uma ameaça aos valores democráticos, à separação dos poderes, tornando tal expressão sinônimo de excessos e abusos judiciais. Nota-se, então, que para alguns operadores do direito o referido termo vem carregado de uma conotação extremamente negativa.

Contudo, o ativismo judicial necessita ser visualizado em dimensões distintas, sendo o decisionismo uma faceta negativa daquele. Ademais, não pode ser menosprezado os reais e importantes reflexos políticos e sociais advindos do ativismo judicial, o qual tem papel relevante na atualidade, uma vez que as decisões judiciais ativistas promovem um incremento na importância das posições político-institucionais dos Tribunais, um maior controle dos atos e omissões dos poderes de Estado, impondo-lhes obrigações, cassando decisões, ou mesmo ocupando espaços relegados por aqueles.

Nesse contexto, entram em discussão o controle jurisdicional de políticas públicas, principalmente as limitações que muitas vezes são levantadas na análise dos casos concretos, tais como: a) o mínimo existencial; b) a reserva do possível; e c) a razoabilidade, que Ada Pellegrini Grinover (2013) afirma ser medida pela aplicação constitucional da proporcionalidade.

Repise-se ainda a crítica a respeito da postura de expansão das atividades do Poder Judiciário sob o argumento de que os juízes passariam a promover uma visão pessoal de justiça social, e transformariam um eventual ativismo judicial em um verdadeiro autoritarismo exercido pelos investidos nas funções do Poder Judiciário, criando decisões subjetivas e carentes de lastro no sistema normativo, como mencionado no último tópico do capítulo anterior.

Elival da Silva Ramos (2009) entende que o ativismo judicial é definitivamente negativo para todo o sistema jurídico nacional, uma vez que, para ele, tal atitude acaba por desnaturar a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Em artigo científico sobre o tema do ativismo judicial, Carolina Scherer Bicca afirma que:

Atualmente, há uma preocupação em relação ao novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo no Brasil, com a superlativização de suas funções, principalmente quando se depara com decisões como, por exemplo, a adotada, recentemente, durante sessão extraordinária da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em que foi negado provimento ao Recurso Extraordinário n. 368564, interposto pela União contra autorização do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para realização de tratamento em Havana, Cuba, a um grupo de pessoas portadoras de uma doença rara (retinose pigmentar), que leva à perda progressiva da visão, em que pese a existência de um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) afirmando não existir tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil. No presente caso, mesmo não havendo cura para a doença em questão, o que acarreta um custo inócuo ao erário público e a impossibilidade de utilização dos recursos no tratamento de outras pessoas, cuja probabilidade de cura é real, decidiu a Suprema Corte, ainda assim, autorizar aquele tratamento, a fim de não frustrar a esperança dos requerentes. (BICCA, 2012, p. 17)

A ideia de ativismo judicial, em sede nacional, vem associada, muitas vezes, com a noção de invasão do Poder Judiciário nas competências que dizem respeito às demais funções estatais, especialmente àquela que diz respeito ao Poder Legislativo surgindo, muitas vezes, envolvido com temas referentes à implementação das políticas públicas por parte do Estado.

Para evitar eventuais problemáticas, principalmente no que toca à legitimidade, deve o magistrado, antes de adentrar nas políticas públicas sob o argumento de estar exercendo um suposto ativismo judicial, adotar certos critérios razoáveis, sob pena de estar ele fazendo a própria política pública.

Assim, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em artigo científico sobre a teoria da separação de poderes que:

Para o senso comum jurídico, o Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos reconhecidos pela doutrina. Em simples palavras, costuma-

se atribuir-lhe a missão de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares. Nas lições mais antigas, repetidas ainda hoje, o Poder Judiciário é constituído para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais. No exercício dessa missão, ele é, em face dos outros poderes, autônomo e independente. Distinguindo-se do Poder Executivo por aplicar contenciosamente a lei, a doutrina usa esclarecer o sentido desse modo de aplicação por meio de características inibidoras de sua atuação: ele só age se houver litígio, só se pronuncia sobre casos individualizados (nunca sobre hipóteses ou leis em tese, ressalvadas as arguições diretas de inconstitucionalidade) e, para atuar, tem de ser provocado. Em princípio, à diferença do Poder Legislativo, suas decisões são programadas e não programantes, isto é, decide com base na lei, na Constituição, nos princípios gerais de direito, nos costumes, e sua decisão vale para o caso para o qual foi provocado, não podendo ser estendida para os demais casos. (FERRAZ JR., 1994, p. 13-14)

Desse modo, quando se trata da intervenção em políticas públicas deve o magistrado verificar: a) Se a norma constitucional referente a certo direito social, especialmente à saúde, que se quer ver implementada e concretizada admite alguma margem de discricção por parte do legislador; b) Se houve algum tipo de omissão, ou tratamento inadequado, na implementação do direito social por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, isto é, se houve a proteção insuficiente; c) Se a regulamentação realizada pelo Poder Judiciário se mostra razoável, vale dizer, se não houve a devida proteção por parte das funções estatais competentes, incumbirá à função jurisdicional realizar e concretizar a força normativa da Constituição para que os fundamentos e objetivos desta, principalmente a dignidade da pessoa humana, sejam alcançados.

Em tal contexto, Carolina Scherer Bicca volta a destacar que, muitas vezes, o ativismo judicial pode ser identificado com certas posturas mais arrojadas do Poder Judiciário, às quais devem ser averiguadas em cotejo com os preceitos constitucionais antes de se proceder a quaisquer críticas.

Assim, destaca a mencionada autora que:

[...] percebe-se que a Constituição Federal atribuiu ao Poder Judiciário um novo papel, com a instituição de um Estado Democrático Social, quando referido Poder passou a ser corresponsável pela implementação dos direitos sociais, tendo ele deixado de ser neutro e passado a ser responsável pelo sucesso das finalidades sociais e políticas de referido Estado, motivo pelo qual, não podem os juízes ser taxados de “ativistas” quando adotam decisões com este viés.

Por outro lado, em respeito a igual opção do poder constituinte por uma democracia representativa e pela separação de poderes, não podem os magistrados agir ilimitadamente. Como tais limites não foram previstos expressamente e de forma clara na Constituição, devemos recorrer a outros instrumentos, sendo a doutrina um deles. (BICCA, 2012, p. 24-25)

Mencione-se que o protagonismo do Poder Judiciário na seara das políticas públicas, especialmente no que se refere à implementação do direito à saúde, é tão forte na atualidade que o próprio Supremo Tribunal Federal, em abril de 2009, diante do acúmulo de processos sobre questões envolvendo o Sistema Único de Saúde (SUS), convocou audiência pública para ouvir especialistas a respeito dos constantes pedidos de medicamentos e intervenções cirúrgicas pleiteados perante o Poder Judiciário.

Esta audiência pública, onde participaram autoridades governamentais e membros da sociedade civil, tinha como objeto de consideração os diversos pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada em trâmite no STF, os quais objetivavam obstar medidas cautelares emanadas das instâncias ordinárias que determinavam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde, cujos pontos principais de discussão foram: a) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícito e não previsto nas listas do SUS; f) fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Percebe-se, portanto, que as decisões emanadas do Poder Judiciário, buscando efetivar o direito à saúde, acarretam, ou podem vir a acarretar, graves lesões à economia, à ordem, à segurança, assim como ao próprio sistema de saúde pública, sendo que tais questões apresentam um interesse público relevante, uma vez que todos são afetados, porém quem mais suporta seus efeitos é a população carente de recursos e instrução para fazer valer seus direitos fundamentais.

Por tal razão, muitos críticos à intervenção jurisdicional nas políticas públicas dizem que é próprio do Poder Executivo a competência para a regulamentação daquelas, sendo indevida a interferência do Poder Judiciário, pois aquele possui uma visão global dos recursos disponíveis a serem vertidos para o atendimento das necessidades sociais. Destacam ainda que esta foi a opção do poder constituinte originário, visto que o direito à saúde passou a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, sendo que as decisões judiciais, ao forçarem a concessão gratuita de medicamentos e tratamentos não previstos, promovem uma alteração no arranjo institucional estabelecido pela Constituição da República. Dessa maneira, as decisões judiciais passam a ser obstáculos à otimização das possibilidades estatais à promoção da saúde pública.

Destaque-se que os direitos fundamentais, de acordo com a teoria estrutural de Luigi Ferrajoli, podem ser entendidos como:

[...] todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também esta por norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício. (FERRAJOLI, 2011, p. 9)

O paradigma constitucional brasileiro adotado propôs assumir uma gama de direitos e garantias, os quais vinculam tanto os poderes públicos quanto os particulares, havendo, portanto, um viés político em sua escolha, o qual anima a própria Ciência do Direito, que passa a deixar de lado pressupostos meramente de direito positivo, dado que o legalismo estrito, muitas vezes, não é capaz de responder às constantes alterações sociais. A teoria do Direito passa, portanto, a levar em conta aspectos axiológicos seletivamente escolhidos pelo constituinte originário de acordo com as necessidades da sociedade e do contexto histórico.

Foi visto até aqui que o Estado liberal de direito, à época da Revolução Francesa, estava configurado na limitação do arbítrio do poder estatal. Com a teoria da separação de poderes, nos moldes propostos por Montesquieu, o juiz era tido como “a boca da lei”, sendo então um mero autômato, havendo, portanto, uma primazia do Poder Legislativo sobre as demais funções estatais.

Surgiram, a partir daí, a primeira geração de direitos fundamentais, os quais são os direitos civis e políticos, assegurando uma mera igualdade formal entre os indivíduos até então.

Em seguida, com o modelo do Estado social de direito do pós-guerra, foi empreendida uma busca pela igualdade de caráter substancial, originando-se os direitos de segunda dimensão, caracterizados nos direitos sociais.

Posteriormente, com o Estado Democrático de Direito, introduzido no Brasil pela Constituição da República de 1988, houve uma enorme positivação dos direitos sociais, a reafirmação da busca pela cidadania, e a previsão dos direitos de terceira dimensão, marcados pela solidariedade.

Com a justicialização dos direitos sociais fundamentais, houve um redimensionamento do Poder Judiciário na arena pública, o qual viu seu poder ser incrementado.

Em relatório sobre a judicialização do direito à saúde no Distrito Federal, elaborado pelo Observatório da Justiça Brasileira, ficou consignado que:

Esta pesquisa analisou as tendências do Poder Judiciário frente às demandas sobre o direito à saúde, por meio de um estudo de caso de demandas judiciais cíveis por acesso à assistência em saúde no Distrito Federal. Foram analisadas 385 ações que tramitavam na 2ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, no período entre 2005 e 2010. O estudo levou a duas conclusões principais: a judicialização da saúde é um fenômeno complexo que engloba outros bens além dos medicamentos e a tese de que a judicialização favorece as elites não se comprovou no Distrito Federal.

A análise dos processos judiciais em que se requeria a garantia de algum aspecto do direito à saúde mostrou que, no Distrito Federal, o principal bem judicializado é o acesso à UTI (66%). A literatura sobre a judicialização da saúde no Brasil concentra-se, de forma majoritária, na análise da obrigação de fornecimento de medicamentos imposta pelo Poder Judiciário. Os impactos orçamentários e políticos dessas decisões judiciais atraem as análises e concentraram a atenção dos pesquisadores brasileiros. No entanto, o presente estudo demonstrou que, no período de 2005 a 2010, o Poder Judiciário impôs o fornecimento de medicamentos em apenas 16% das ações analisadas, enquanto a assistência médica representou 14% do total, o que demonstra que o cenário da judicialização da saúde é complexo. (PENALVA, 2010/2011, p. 20-21)

A postura ativista do Poder Judiciário, especialmente no controle de políticas públicas, possui algumas vantagens, tais como a independência política, sua intervenção na omissão das demais funções estatais que seriam competentes para tanto, assim como o aspecto da formalidade.

Contudo, há uma série de críticas à intervenção jurisdicional no controle de políticas públicas, as quais configuram várias desvantagens da atuação do Poder Judiciário nesta seara, tais como: a) a hipertrofia do Poder Judiciário e o desequilíbrio entre os poderes estatais; b) a universalidade dos direitos sociais; c) a investidura, não democrática, dos magistrados; d) a formação deficitária dos operadores do direito; e e) as limitações do processo civil clássico.

Quanto ao controle jurisdicional de políticas públicas, muito se discute a respeito dos limites da atuação do Poder Judiciário nesta seara.

Um primeiro deles é o da reserva do possível. Por óbvio, todos os direitos, ainda mais os direitos sociais que precisam ser implementados, apresentam um custo. Desse modo, os anseios e as necessidades sociais encontram os óbices das limitações orçamentárias, tanto de ordem fática como também jurídica.

No entanto, a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada para negar o mínimo existencial à uma vida digna pelos indivíduos, o qual abrange os direitos sociais, econômicos e culturais assegurados na Constituição da República, e jamais a impossibilidade financeira do Estado poderá impedir a efetivação destes.

Nesse sentido, afirma Dirceu Pereira Siqueira que:

A escassez de possibilidades financeiras do Estado é fato irrefutável e, muitas vezes, um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente no tocante ao direito fundamental à saúde. Porém, tal argumento não pode ser utilizado constantemente pelo poder público para justificar a não efetividade desse direito, pois temos visto que frente às demandas coletivas, que visam a efetivá-lo, sempre é invocada, a favor do poder público, a reserva do possível, limitação financeira. É fato que o poder público tem limitação econômica e o que se pretende não é desconsiderar esta realidade, mas sim apurar a veracidade deste argumento. Afinal, somente assim poderá o poder público furtar-se aos seus deveres constitucionais quanto à efetividade do direito fundamental à saúde. Impossível imaginarmos que a concretização dos direitos fundamentais, especialmente no tocante à saúde, só poderá ocorrer se os cofres públicos estiverem abarrotados; a obrigação do administrador público é justamente alocar

corretamente os recursos, incumbido do dever constitucional de efetivar tais direitos. (SIQUEIRA, 2011. P. 288-289)

Destaque-se que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 8.058/2014, o qual visa introduzir um processo de forma especial para o trato do controle e intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

O artigo 7º, parágrafo único do referido projeto de lei define mínimo existencial da seguinte forma:

Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Frise-se que o mínimo existencial passa a exercer uma tríplice função, qual seja: a) ele permite a justiciabilidade e a aplicação imediata, sem qualquer necessidade de regulamentação infraconstitucional; b) atua como um obstáculo ao que não pode ser atingido pela alegação da reserva do possível; e c) exerce a função de apresentar certas matérias passíveis de provimento de natureza antecipatória, ante a urgência e a possibilidade de irreversão acaso não concedidas.

Uma outra limitação ao controle jurisdicional de políticas públicas é a ideia de razoabilidade. No entanto, esta apresenta a problemática de ser um conceito fluído e de deter extrema subjetividade, pois depende, em muito, dos critérios, se é que existentes, aplicados pelo julgador.

Outra crítica a respeito da intervenção jurisdicional nas políticas públicas que convém ser destacada diz respeito a uma possível ofensa à teoria da separação dos Poderes.

Tal teoria teve como primeiro fundamento a obra ‘Política’, de Aristóteles, sendo posteriormente desenvolvida e consagrada por Montesquieu (1996) nos idos do liberalismo, aonde se almejava o enfraquecimento do poder estatal e a restrição da atuação do Estado na esfera da liberdade dos indivíduos, buscando-se evitar o despotismo.

Para os adeptos da teoria clássica da tripartição de poderes, o Poder Judiciário e os magistrados seriam meros autômatos, sob a alcunha de *la bouche de la loi*, isto porque os juízes, na época da Revolução Francesa, eram mal vistos, uma vez que os cargos, hereditários, eram comprados, havendo muita corrupção. Assim, a busca pela neutralidade do Poder Judiciário era uma exigência para a fundação de uma nova modalidade de Estado, qual seja, o Estado de Direito burguês do século XVIII.

Posteriormente, com o desenvolvimento dos estudos sobre o tema, principalmente através da noção de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), chegou-se, nos Estados Unidos da América, à ideia de *judicial review*, um instrumento que permite que os juízes exerçam a fiscalização da constitucionalidade das leis, mecanismo este inaugurado no famigerado caso *Madison versus Marbury*, onde foi afirmada a supremacia da Constituição.

Novamente deve ser frisado que a passagem do Estado liberal para o Estado social, após os idos da Revolução Industrial no século XX, promoveu uma radical alteração na sociedade e no modelo de Estado vigente, o qual passou a ser responsável por atender às demandas sociais, visando o bem comum, satisfazendo direitos fundamentais e buscando, na medida do possível, assegurar a igualdade em seu aspecto material.

Foi nesse contexto histórico que emanou a segunda dimensão de direitos fundamentais, já acima aludidos, correspondendo aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos, como um complemento aos direitos de liberdade da primeira dimensão. Tais direitos surgem tendo como fundo o princípio da igualdade, do qual não podem ser separados, uma vez que esta é pressuposto para o exercício de todos os direitos existentes no ordenamento jurídico.

Com efeito, do dever de abstenção por parte do Estado passa-se ao dever de agir e concretizar os direitos sociais e, quando a função estatal, a princípio competente para tanto, se mostra omissa e insuficiente, o Poder Judiciário, através de seu controle, passa a buscar meios para a efetivação de tais direitos.

Assim, o Poder Judiciário, enquanto elemento constitutivo do Estado, é corresponsável pela implementação e concretização dos direitos sociais fundamentais ao lado dos demais poderes. Desse modo, a alusão à teoria da separação de poderes não

pode servir como subterfúgio para evitar que o Poder Judiciário implemente e, ao mesmo tempo, provoque as demais funções estatais a atuarem positivamente.

Outro aspecto, alvo de muitas críticas no tocante ao controle jurisdicional de políticas públicas, diz respeito à invasão do Poder Judiciário na análise do mérito dos atos administrativos, podendo chegar ao ponto de a decisão do magistrado vir a substituir a vontade do administrador. Para alguns autores administrativistas, cabe ao Poder Judiciário apenas o controle sobre os atos administrativos vinculados e da forma dos atos administrativos discricionários, nunca cabendo o controle sobre o mérito destes, mas tão somente um controle sobre sua legalidade.

Com base nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se por discricionariedade administrativa

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2013, p. 988-989)

Contudo, diante do princípio da inafastabilidade jurisdicional, esculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, todos os atos normativos estão sujeitos ao controle jurisdicional, uma vez que um ato administrativo, tal qual as políticas públicas, não pode desafiar um comando constitucional, uma vez que as normas constitucionais deixaram de ser tidas como meros elementos integradores de um documento político, passando a possuir aplicabilidade direta e imediata, inclusive pelo Poder Judiciário quando provocado.

Assim, é hígido ao Poder Judiciário sua possibilidade de controle dos atos administrativos em geral, uma vez que cabe a ele averiguar se a escolha administrativa encontra-se amparada sob o preceito da legalidade e dos princípios constitucionais, principalmente aqueles que regem a Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, garantindo assim o atendimento dos ditames legais e com foco na busca pelo bem comum.

Fica evidente, então, que o alargamento das competências do Poder Judiciário, mesmo que de uma forma implícita, se assim puder dizer, deu destaque a ele como um dos atores políticos corresponsável pela implementação e efetivação dos direitos no Estado Democrático brasileiro.

É desse modo que Carlos Alexandre Azevedo Campos dá destaque ao papel cumprido pelos Tribunais, cotejando aspectos do ativismo judicial com a judicialização da política nos seguintes termos:

A perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da judicialização da política e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – o espaço nobre do ativismo judicial – para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo. Essa transferência de poder decisório corresponde a uma das facetas da judicialização da política; a outra se refere à extensão dos argumentos e métodos de decisão judicial aos outros centros políticos de decisão.

Isso significa que, mais do que uma escolha deliberada das cortes, elas são requeridas, pelos diversos atores políticos e sociais, a decidir sobre conflitos cruciais contemporâneos. Ou seja, a condição das cortes como atores políticos responde, em larga medida, a fatores externos, máxime a demanda de judicialização da política. Esse fenômeno cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial. É neste sentido que se pode dizer ter o ativismo judicial na judicialização da política a oportunidade adequada para desenvolvimento – ativismo judicial será a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas. (CAMPOS, 2014, p. 154-156)

2.2. Razoabilidade, proporcionalidade e ponderação de direitos no sistema jurídico brasileiro

Como foi visto às linhas volvidas, as normas jurídicas, e a Ciência Jurídica como um todo, além de serem aspectos culturais, são detentores de elevado dinamismo, devido a recebem influxos dos fatores que permeiam a sociedade, uma vez que, como salientou MacCormick,

[...] o direito em ação é sempre um *locus* de argumentação e interpretação. Por mais claros que possam parecer, numa visão estática, os materiais jurídicos, na dinâmica da aplicação do direito e

da contestação jurídica de acusações e alegações, há sempre uma argumentação contínua, referente à melhor forma de se ler ou interpretar o direito de modo a obter justiça quando esse direito vier a ser aplicado. (MACCORMICK, 2011, p. 38)

João Vergílio Cuter (CUTER, 2011) destaca que o que se denomina “interpretação” é o ato de explicar um texto, sendo que toda compreensão é um ato de interpretação, querendo significar que esta é necessária diante de ambiguidades e imprecisões, ou mesmo quando se quer clarificar seus significados e consequências para uma melhor aplicação, sendo o resultado da interpretação um melhor entendimento do texto original.

A interpretação é, portanto, a tradução de uma lacuna de compreensão diante de um texto ou atitudes difíceis, ou mesmo diante de uma pluralidade de significações, demandando certo preenchimento de conteúdo para que se alcance o entendimento necessário.

No processo interpretativo, o intérprete se vê diante de uma série de problemas de indeterminação, tais como: dificuldade de atribuição de sentido para termos ambíguos e vagos presentes nos enunciados normativos, presença de lacunas para a solução de determinados casos, existência de inconsistências ou conflitos normativos, como também quais dos possíveis resultados escolher para dar às partes uma decisão com justiça.

No entanto, o direito não pode ser encarado como um receptáculo vazio que deve ser preenchido por qualquer conteúdo por parte dos órgãos incumbidos de exarar uma decisão judicial, pois, se assim o for, aqueles responsáveis por “dizer o direito” podem invocar argumentações várias ou mesmo manipular enunciados normativos no intuito de fazer prevalecer decisões de cunho claramente subjetivo.

Como foi visto anteriormente com a Escola da Exegese e também com o que se convencionou denominar de Jurisprudência dos conceitos, os magistrados eram vistos como meros reprodutores das palavras contidas no texto normativo. A atividade dos juízes era uma mera atividade de conhecimento, não havendo espaço para interpretações amplas.

Georges Abboud (2014) afirmou que a Jurisprudência dos conceitos primava pelo rigor conceitual e pela especificidade do texto legal, pois uma lei somente seria considerada boa se, além de especificar sua hipótese fático-normativa, ela também informasse os conceitos dos institutos e os princípios gerais do direito a eles inerentes. Dessa forma, as decisões judiciais seriam proferidas com uma simples atuação mecânica dos magistrados, pois a estrutura normativa já apresentava as ferramentas para tanto.

Nesta estrutura normativa não havia qualquer margem para o exercício da criação por parte dos juízes, pois lhes era negado a atividade de cunho hermenêutico e criadora, sendo o ato de julgar uma mera aplicação de formas e de estruturas lógicas que compunham os diplomas legislativos.

Com a Jurisprudência dos valores, a qual significou uma continuidade da Jurisprudência dos interesses, houve uma profunda alteração na forma de se pensar o direito.

A Jurisprudência dos interesses possui um acentuado corte sociológico (da identificação dos interesses em conflito que levaram o legislador a editar a norma), ao passo que a Jurisprudência dos valores é revestida de um colorido filosófico, cujo intuito é auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado à sua apreciação. Como afirma Lamego: “se a Jurisprudência dos interesses tinha empreendido a crítica aos procedimentos abstratos-classificatórios e lógico-subsuntivos da Jurisprudência dos conceitos mediante o recurso a modos de pensamento ‘teleológicos’ a Jurisprudência da valoração, em vez de pensamento ‘teleológico’, prefere falar de pensamento ‘orientado a valores’”. (ABBOUD, 2014, p. 352)

Desse modo, a principal distinção existente entre a Jurisprudência dos interesses e a Jurisprudência dos valores está na forma de interpretação do direito, pois na primeira o julgador verificará a vontade originária dos legisladores, subsidiado por sua avaliação pessoal, enquanto que no segundo modelo a atividade do magistrado está pautada pela obrigação de decidir ou proibição de *non liquet*, sendo que os valores determinam a atividade quando houver omissão legislativa. Assim, a Jurisprudência dos valores passou a complementar os aspectos trazidos pela Jurisprudência dos interesses.

Com a Jurisprudência dos valores o intérprete passou a reconstruir e ponderar argumentos e interesses, elevando a importância do papel da decisão final do magistrado, uma vez que ali estarão as razões que o levaram à tomada daquela posição.

A partir do século XX, especialmente com o fim da Segunda Guerra Mundial, as Constituições dos Estados passaram a desempenhar uma nova função no arcabouço estatal, trazendo em seu bojo não mais apenas normas garantidoras de direitos fundamentais, mas sim destacando a força normativa de tais preceitos.

É nesse sentido que houve um desenvolvimento da Dogmática Jurídica, em especial do Poder Judiciário, uma vez que, com a

[...] judicialização de novos direitos e conflitos, bem como uma nova cadeia normativo-constitucional a reger a atuação do Poder Público em todas suas esferas, juntamente com a consolidação do controle de constitucionalidade, atribui uma nova dimensão ao Poder Judiciário, tornando-o o *locus* privilegiado para a resolução das questões político-constitucionais mais importantes da nação. Tanto assim é que, na última década, começaram a surgir estudos – muitos deles oriundos da ciência política – que dão conta da expansão do *judge made law* no continente Europeu e, mais recentemente, pelos países periféricos (hoje chamados de emergentes, como é o caso do Brasil). Ou seja, as transformações operadas pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra e o papel efetivo desempenhado pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemão para efetividade da Lei Fundamental de Bonn de 1949, passam por essa tendência, hoje global, de “expansão do poder judicial”. (ABBOUD, 2014, p. 353-354)

A expansão e o protagonismo do Poder Judiciário podem muito bem ser visualizadas em decisões paradigmáticas, como aquelas ocorridas no seio do Supremo Tribunal Federal com os Mandados de Injunção números 670, 708, 712, os quais trataram do direito de greve dos servidores públicos, com a Ação Direita de Inconstitucionalidade número 3345-DF, aonde ficou nítida a soberania judicial na fixação do número de vereadores dos municípios, assim como quando questões éticas e morais são postas a decisão jurisdicional, como, por exemplo, união homoafetiva (ADI 4297-DF), aborto de feto anencefálico (ADPF 54), nepotismo, dentre outros inúmeros casos.

Contudo, deve ser destacado que na sociedade atual há uma grande indeterminação de situações, uma vez que tudo está aberto para discussão, gerando

sérios problemas de legitimidade e de reconhecimento social pelas decisões tomadas. Assim, “a razão, a racionalidade, aparece como a postura metodológica a ser empregada para a conjuração dos riscos da indeterminação” (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 13).

Foi visto que a expansão de poder dos magistrados sobre os demais atores estatais, especialmente nas questões morais e políticas de grandes expressões no âmbito nacional, fez com que o Poder Judiciário se tornasse um dos personagens centrais na conformação política do Estado, já que suas decisões ocasionam reflexos vários sobre todo o sistema político, como, por exemplo, a normatização de políticas públicas e influências nas leis orçamentárias.

Contudo, deve ser frisado que o Poder Judiciário não pode influenciar e conformar toda a política estatal a seu bel prazer, sob pena de causar um verdadeiro desequilíbrio político e um desserviço ao Estado como um todo, prejudicando não só os jurisdicionados, mas a sociedade por inteiro, uma vez que estaria, se assim procedesse, negando os valores insculpidos pelo Estado de Direito. Assim, diante do alargamento de suas funções, deve o Poder Judiciário buscar o equilíbrio entre sua função jurisdicional e sua atuação política, a qual será alcançada mediante a observância dos aspectos da razoabilidade, da proporcionalidade e, por fim, da ponderação entre interesses e valores em conflito.

Pode ser afirmado que tais aspectos circunscrevem-se ao âmbito da discricionariedade judicial, a qual deve ser compreendida como a possibilidade de os magistrados atuarem dentro de um certo espectro de opções, muitas delas conferidas pelo legislador ou pela abertura do próprio sistema, devendo ser observadas as garantias do processo judicial, principalmente o contraditório e o dever de bem motivar as decisões, assim como a prudência que se espera daqueles agentes.

Contudo a ideia de discricionariedade judicial suscita uma série de controvérsias. José Roberto dos Santos Bedaque (2009) rejeita esta ideia, uma vez que os magistrados, ao decidir os casos concretos, não o fazem por conveniência e oportunidade, que são os elementos da discricionariedade, mas sim em verificando a existência das hipóteses descritas pela norma não resta alternativa ao magistrado senão aplicá-la através da subsunção.

Porém, diante das normas de textura aberta, dos conceitos vagos e indeterminados, além da existência de inúmeras cláusulas gerais, a liberdade de interpretação dos enunciados, objetivando a escolha das soluções corretas, acaba, de certo modo, fortalecendo a discricionariedade judicial quando se demanda o exercício da criatividade para o bem decidir as questões postas aos magistrados, a qual deve ser tida como uma exceção ao sistema posto, surgindo apenas quando não há quaisquer soluções previstas e possíveis de aplicação.

Num primeiro momento, quanto ao aspecto referente a razoabilidade enquanto forma de equilíbrio da função jurisdicional, Neil MacCormick questiona o que vem a ser razoável, afirmando que:

[...] A resposta, acredito, se dá em termos do esforço permanente do direito de alcançar a justiça entre as pessoas. Isso só pode ser feito através de um processo de decisão judicial razoável – então, o que é razoável?

A resposta jaz na ligação entre “razoável”, “argumentação” (*reasoning*) e “razões”. Claramente, uma pessoa é razoável, na prática, apenas se ela age por alguma razão, na verdade, apenas se ela age por uma boa razão. Quando as razões conflitam de alguma maneira, essa pessoa procura assegurar que esteja agindo com base nas razões que sobreviveram à deliberação como as mais fortes dentre aquelas plenamente elegíveis para serem analisadas. [...] O oposto da razoabilidade é a parcialidade na argumentação. É ignorar algumas razões, sobrevalorando, assim, outras. O fabricante que, em sua busca pelo lucro, em si mesma razoável, se concentra nela, em detrimento de considerar devidamente o bem-estar dos empregados e consumidores, age de forma desarrazoada. (MACCORMICK, 2011, p. 38)

Tércio Sampaio Ferraz Júnior salienta que a ideia de razão traz em seu bojo uma série de princípios ou critérios, tais como o pensamento correto, ou lógica, da pesquisa correta, ou metodologia, a correta justificação de juízos valorativos, assim como do correto comportamento em face de diferentes situações da vida, isto é, a prudência. Desse modo, afirma o autor que:

[...] a razão, tomada como núcleo essencial da natureza humana (o ser humano como ser racional), acaba por tornar-se para o homem uma espécie de valor em si, um valor que incorpora a própria dignidade humana, não constituindo um meio para obtenção de outros valores, mas o valor que dá sentido aos demais (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 107)

A ideia de razoabilidade tem a ver com relações de equidade, congruência e equivalência, isto é, ela, enquanto estrutura de aplicação de outras normas, apresenta-se com uma série de sentidos e acepções diversos, em virtude da amplitude de seu conceito sendo utilizada em vários contextos e finalidades.

Como muito bem ressaltou Humberto Ávila,

[...] dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (AVILA, 2006, p. 139)

Em uma primeira acepção, a razoabilidade como equidade, vem a configurar a exigência de harmonização das normas gerais para o caso individual tratado, isto é, que as normas jurídicas sejam aplicadas levando em consideração o que normalmente acontece na realidade. Nestes termos, a razoabilidade passa a atuar como um mecanismo de determinação das circunstâncias de fato que devem ser levados em consideração na interpretação daqueles descritos nos enunciados normativos, como forma de preservação da eficácia destes. Assim, a razoabilidade atuará na interpretação das normas gerais com vistas à aplicação ao caso concreto em conformidade com os princípios de justiça.

Em uma segunda acepção, a ideia de razoabilidade como congruência determina que haja harmonia entre as normas e as condições externas que demandam sua aplicação. Trata-se de um fortalecimento do princípio da igualdade e não discriminação, pois com a razoabilidade impede-se o uso de critérios de distinção inadequados de diferenciação. Desse modo, uma série de princípios, como os do Estado de Direito e o do devido processo legal, evitam que sejam utilizadas razões arbitrárias desvinculadas da realidade.

Por seu turno, a razoabilidade enquanto equivalência pretende promover uma relação de compatibilidade entre as medidas que são adotadas e o critério de fixação que as dimensiona, como, por exemplo, na fixação do preço de um serviço, o qual deve ser equivalente a ele, e nunca abusivo.

Um outro critério de promoção do equilíbrio da função jurisdicional reside no princípio da proporcionalidade, o qual se converteu em um poderoso mecanismo de interpretação judicial naqueles casos de colisão entre interesses e valores dispostos no sistema, mantendo estreita proximidade com a ideia de razoabilidade, assim como um importante instrumento de controle dos atos do Poder Público.

Para Humberto Ávila,

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. (ÁVILA, 2006, p. 146)

O desenvolvimento da proporcionalidade ocorreu na Alemanha, nos idos do século XVIII, enquanto um importante instrumento de proteção de direitos fundamentais sem que para estes houvesse catálogo legal conferido textualmente. Adotou-se o entendimento de que o Estado apenas poderia adentrar na esfera de autonomia dos indivíduos caso fossem adotados os meios menos gravosos para tanto, sendo então estabelecido uma limitação ao exercício do seu poder de polícia. Com a adoção de uma base legal de direito, a proporcionalidade, especial em seu sentido estrito, passou a funcionar como um método formal de sopesamento de interesses contrapostos, sendo utilizada para a solução de inúmeros conflitos.

Destaque-se que o princípio da proporcionalidade, conquanto não esteja inserido de maneira expressa no texto da Constituição da República, ele pode ser extraído do Estado de Direito, ocasionando uma limitação a uma suposta tentativa de exercício ilegítimo e desenfreado do poder do Estado. Ademais, o princípio da proporcionalidade se mostra como uma garantia fundamental de dimensão claramente processual,

enquanto forma de tutela de outros direitos e garantias fundamentais, passível também de ser extraída da cláusula do devido processo legal.

A noção de proporcionalidade traz ínsita uma estrutura de aplicação de normas jurídicas, mais especificamente de princípios, que se cumulam diante de um caso em face de uma relação de causalidade demandando uma compatibilização entre meios e fins. É no seio dessa relação de causalidade que se procederá aos exames da adequação (o meio selecionado promove o fim pretendido?), da necessidade (diante dos meios disponíveis e adequados, não há outro menos restritivo de direitos?) e da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas com a realização do fim almejado superam as desvantagens provocadas com a adoção do meio selecionado?), com vistas ao fim pretendido.

No entanto, ressalve-se, que a aplicação da proporcionalidade deve se dar dentro de parâmetros racionais e justificáveis, sob pena de subversão de sua finalidade de combate à práticas arbitrárias, passando a funcionar ao contrário, promovendo ainda mais arbitrariedades e subjetivismo.

Dessa maneira, com a utilização da proporcionalidade na solução de eventuais casos que demandem sua aplicação, o objeto da investigação estará na seleção da medida adotada para o alcance da finalidade pretendida, em face de certas restrições aos direitos fundamentais atingidos, os quais deverão passar por um processo de seleção e balanceamento.

Assim, o uso da proporcionalidade da forma apropriada possibilita que ela se converta não apenas em um instrumento de interpretação e controle dos atos do Poder Público, orientando a revisão judicial destes, mas também como forma de averiguação dos parâmetros argumentativos das decisões judiciais, evitando a realização de interesses ilegítimos, restrições desmesuradas a direitos e interesses, interferências ilegítimas e limitações impostas a valores de maiores importância que outros no sistema normativo sem que estas justifiquem as restrições realizadas.

É pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito que ocorrerá um sopesamento entre a intensidade da restrição provocada pela medida adotada e a importância da realização do interesse pretendido com sua adoção, impedindo restrições indevidas além daquelas necessárias.

Nesse sentido, com a aplicação da proporcionalidade em todas as suas etapas é possível a otimização dos princípios constitucionais, conferindo estabilidade ao ordenamento jurídico, além de promover um equilíbrio entre as funções de Estado, evitando que haja ingerências indevidas.

Contudo, o exame da proporcionalidade encontra-se limitado a uma análise apenas de conteúdo material das normas envolvidas em conflito, podendo, em alguns casos, ser insuficiente para a busca da solução mais consentânea ao caso.

Com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, e em razão do caráter principiológico das Constituições, passou-se a ser dado um maior destaque às técnicas da ponderação como método de resolução de conflitos hermenêuticos e de tomada de decisões em casos emblemáticos. Já foi afirmado, inclusive, que os princípios no neoconstitucionalismo possuem “(...) fundamentação orientada pela pretensão de correção e a sua aplicação (...) dá-se mediante ponderação” (MOREIRA, 2009, p. 95).

Sob o argumento de que os métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos não são mais suficientes e adequados para tratar das questões judiciais que demandam argumentos complexos, cujas decisões envolvem princípios e valores, indo além daquele esquema lógico-dedutivo estabelecido pelo positivismo, uma vez que os conflitos atuais, muitas vezes, necessitam ser solucionados através de uma racionalidade voltada para certos fins, em especial para a unidade do ordenamento jurídico.

Acrescente-se ainda que, em razão da força normativa da Constituição, das normas programáticas nela existentes, assim como dos bens e valores ali expressos, o conjunto Constitucional deve ser levado em consideração quando da utilização da ponderação na solução de um litígio, sob pena de ser prolatada uma decisão desconexa com o sistema jurídico.

A técnica da ponderação mostra-se como um instrumento que permite uma maior liberdade ao intérprete, pois, tendo como pano de fundo a força normativa da Constituição, ele pode averiguar e sopesar os parâmetros das normas postas em discussão.

No entanto, cumpre informar que a ponderação, assim como os demais métodos interpretativos, é uma opção do intérprete, o qual deve averiguar qual a melhor maneira

de solução do conflito e qual dos métodos existentes produzirá os resultados mais satisfatórios, tanto para as partes envolvidas como para a unidade do sistema jurídico.

A subsunção, enquanto modelo de resolução de conflitos, não se mostrou mais suficiente para lidar com situações em que ocorram colisão entre princípios ou embate entre direitos fundamentais, uma vez que ela, pautada em premissas maior e menor e sua consequente conclusão, lida com uma lógica unidirecional, elegendo tão somente uma única alternativa possível para a solução de um conflito, descartando todas as demais hipóteses, o que se mostra inadequado ante a ideia de unidade da Constituição, já que não poderia haver hierarquia, por exemplo, entre direitos fundamentais.

O desenvolvimento da técnica de ponderação de conflitos buscou operar de forma multidirecional diante de uma série de premissas passíveis de serem trabalhadas em busca da regra para a solução do caso posto em discussão ao Poder Judiciário. Todos os elementos postos em discussão deverão ser considerados de acordo com seu grau de relevância e pertinência para o deslinde do caso, porém apenas um irá prevalecer, sem que os outros sejam excluídos do sistema.

Dito isso, a técnica da ponderação consiste em uma técnica de decisão de casos difíceis, nos quais a subsunção se mostra insuficiente para dar a devida solução, seja pela existência de normas de mesma hierarquia que possam dar soluções distintas, seja pelo elevado aspecto de normas abertas passíveis de interpretações amplas.

O operador ao fazer uso da técnica decisória da ponderação deve perpassar por três fases distintas e complementares entre si:

a) uma primeira fase, consistente em uma atuação do intérprete de selecionar quais das diversas normas existentes no ordenamento jurídico são relevantes para a solução do caso, verificando a existência de eventuais conflitos normativos, e agrupando aquelas normas que possam dar soluções equivalentes para comparação entre os elementos postos a sua disposição.

b) na segunda fase o intérprete procederá ao exame dos fatos, das circunstâncias concretas e a interação destes com o conjunto normativo selecionado, o que irá clarificar a função e a relevância de cada norma na busca pela decisão mais acertada ao caso.

c) na terceira fase, os distintos grupos de normas e os fatos serão analisados de forma conjunta, verificando os pesos que serão atribuídos aos elementos em disputa e dando destaque para qual conjunto normativo deverá prevalecer no caso. Desse modo, nesta última etapa, efetuar-se-á uma atribuição geral de pesos para o deslinde da questão.

Deve ser destacado que o princípio da proporcionalidade, acima tratado, irá incidir em todas as etapas do processo de ponderação, uma vez que será por meio dele que virá a lume a decisão mais racional e adequada para o caso.

Verifica-se, então, que a técnica da ponderação foi uma necessidade ante o desenvolvimento da Ciência Jurídica como um todo, em especial diante da alteração das estruturas normativas, as quais passaram a contemplar inúmeras possibilidades de significações.

No entanto, deve ser salientado que em todas as fases do procedimento de ponderação haverá avaliações de cunho subjetivo por parte do intérprete, as quais trarão reflexos no ato final quando for prolatada a decisão para o caso concreto.

Contudo, apesar de muito utilizado, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, muitos autores criticam a opção pela técnica da ponderação. Galvão pontua que a ponderação valorizada pelo neoconstitucionalistas,

(...) ao reduzir direitos a valores e interesses, afrouxa o dever dos juízes de decidirem de acordo com as normas jurídicas vigentes, abrindo espaço para a discricionariedade e o arbítrio. A ponderação, portanto, distorce o argumento jurídico, possibilitando a manipulação dos compromissos institucionais por meio da relativização dos direitos das partes. (GALVÃO, 2012, p. 125)

Adiante Galvão ainda destaca que:

(...) os valores mais importantes passam a prevalecer sobre os de menor intensidade, não se falando mais em ponderação. Já os princípios informam como as pessoas devem agir com vistas a manter de forma hígida essa ordem de valores, independentemente das preferências e dos interesses de cada um. Ou seja, princípio não se confundem com valores: indicam o que deve ser feito para que os valores considerados prioritários não sucumbam diante de valores de menor importância, consubstanciando-se em uma diretriz normativa. Essa atitude interpretativa exige que, em uma circunstância concreta, se procure identificar qual o valor tem prioridade e, portanto, qual

princípio válido tem aplicação. Caso a liberdade de expressão seja mais relevante do que a intimidade de pessoas públicas, então o princípio que informa esse direito constitucional tem aplicação. Não há que se falar em conflito de princípios: deve-se aplicar aquele que indica corretamente a ordem de prioridades dos valores existentes. (GALVÃO, 2012, p. 126)

Assim, para Galvão (2012), o neoconstitucionalismo, ao reduzir os direitos fundamentais e os princípios a valores que necessitam ser sopesados com outros interesses, promove uma situação em que não existirá qualquer ordem de prioridade, retirando a preponderância dos direitos e desconfigurando a essência do Estado de Direito.

Ademais, os esquemas de balanceamento das decisões judiciais passam a não se ocupar mais em decidir sobre o que é certo ou errado, mas sim sobre o que seja adequado ou razoável, uma vez que os magistrados se veem autorizados a promover ponderações sobre todos os tipos de argumentos nas análises de direitos, menosprezando inclusive direitos fundamentais que passam a ser passíveis de comparativos com outros (GALVÃO, 2012).

Desse modo, o mau uso das técnicas de ponderação podem promover uma diluição nas distinções entre as funções estabelecidas para as atividades judicial e a legislativa, ocasionando uma ingerência cada vez maior dos Tribunais nas opções políticas da sociedade. Luís Roberto Barroso chegou a afirmar que “(...) a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna” (BARROSO, 2013, p. 361).

Nesse sentido:

(...) a ponderação é um instrumento que facilita a reforma dos compromissos assumidos pela sociedade por meio da interpretação constitucional, pois dá a entender que não há uma ordem prioritária de valores, permitindo que o intérprete os manuseie como bem entender. Na visão do neoconstitucionalista, a Constituição oferece uma gama de razões não decisivas. Tudo é reduzido a valores que, por possuírem a mesma unidade de peso, podem ser balanceados no caso concreto. Essa liberdade de reinterpretar o sentido das cláusulas constitucionais à luz dos valores em conflito permite o trânsito entre as dimensões da adequação e da justificação, reduzindo drasticamente a importância das decisões institucionais passadas na solução do caso presente. Tudo é passível de revisão a depender dos valores que sejam contrastados.

Em razão do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e do fenômeno da constitucionalização do Direito – ambas as teses defendidas pelos neoconstitucionalistas – além de toda questão jurídica se transformar em questão constitucional, torna-se possível em todo caso ponderar as diversas razões existentes no Texto Fundamental. Dilui-se, assim, a ideia de autoridade do Direito, pois todas as razões legais tornam-se razões não excludentes que devem ser ponderadas com outras razões relevantes para o intérprete. Isso faz com que todas as normas e precedentes estejam em constante questionamento, já que uma alteração no balanço dos interesses em jogo, inclusive o interesse do intérprete, pode ensejar a decretação da inconstitucionalidade do material jurídico anteriormente consolidado. (GALVÃO, 2012, p. 128-129)

Contudo, tais ideias não merecem prosperar, uma vez que a adoção da técnica da ponderação se circunscreve ao âmbito de liberdade do intérprete, o qual procederá a uma investigação crítica dos valores e interesses jurídicos em conflito, sendo posteriormente controlado mediante as fundamentações exaradas, aonde exporá os motivos pelos quais o levaram à tomada daquela decisão, assim como incidirá os controles advindos da racionalidade e da proporcionalidade sobre as escolhas processadas.

Nesse sentido é que Eduardo Ribeiro Monteiro salienta que os parâmetros para a aplicação da ponderação

(...) servem para não voltar o pêndulo, isto é, não deixar de se aplicar a ponderação e descartá-la, pela falta de “regramento” e de segurança jurídica ou, ainda, pela dificuldade de implementação de seu uso perfeito. Neste último caso, os argumentos a favor do uso analítico e matemático da ponderação sucumbem a crítica que a ponderação encerra nela mesma tantas regras que o pós-positivismo quis afastar. Mais do que nunca, é hora de apostar na ponderação, pois a realidade da prática forense necessita dela, porém, mais do que antes, é uma via de mão dupla, pois enquanto se afirma e se sistematiza de um lado, limita-se pela composição de parâmetros para a ponderação, de outro. (MOREIRA, 2014, p. 106-107)

2.3. A técnica da ponderação enquanto critério de justiça

Viu-se que a ponderação apresenta especial relevância para a busca da solução em virtude de eventuais conflitos ocorridos no seio do sistema jurídico entre normas de mesma hierarquia constitucional, assim como entre valores preferenciais no sistema jurídico.

Enquanto procedimento racional de justificação de preferências tanto jurídicas quanto morais, a ponderação acarreta influxos sociais, os quais estarão expostos na fundamentação para o ato de decidir, transformando a referida técnica em um procedimento racional e dinâmico para a estrutura do ordenamento jurídico.

A ponderação buscou ser um procedimento universal, podendo ser utilizada para resolver todos os conflitos entre normas de natureza constitucional, a qual será guiada por um critério de correção, buscando, assim, aperfeiçoar o sistema jurídico.

Convém destacar ainda que:

A ponderação tem como meta terminar com a arbitrariedade (consequentemente o ativismo dos princípios) e atacar o subjetivismo judicial nos casos difíceis. Os casos difíceis são considerados aqui como aqueles que envolvem confronto de princípios constitucionais. O criticado subjetivismo judicial passa primeiro por uma alegação de uso de princípio falaciosa, isto é, o princípio é trazido no caso sem correspondência fática ou jurídica. (MOREIRA, 2014, p. 98-99)

Para que a técnica da ponderação atue como um critério de justiça o intérprete deve, ao lado da razoabilidade e da proporcionalidade, adotar alguns parâmetros com o intuito de evitar eventuais decisionismos.

Um primeiro aspecto é o fato de a ponderação ser feita a partir de princípios sem que se leve em consideração a carga que deles emana (de direito individual, social, político, transindividual, etc), uma vez que o que é levado em consideração é sua relação de peso para o caso concreto. Desse modo, quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, a consequência será uma maior relação de peso na ponderação.

Outro parâmetro de averiguação reside na análise dos critérios argumentativos, tanto materiais quanto procedimentais, afim de se analisar os usos da ponderação, uma vez que esta tem como um ponto de partida um conflito normativo que, muitas vezes, reverte-se em um problema ético e moral de difícil solução.

Cite-se, como exemplo, a invocação da dignidade da pessoa humana a todo instante, sem que haja uma real verificação de sua violação no conjunto fático de inúmeros casos.

Ademais, a técnica da ponderação não pode ser utilizada ao bel prazer do operador, uma vez que se trata de um procedimento excepcional, surgindo apenas quando houver casos de difícil solução no sistema jurídico, principalmente diante de conflitos entre normas de mesma hierarquia constitucional, ou normas de múltiplos significados.

O uso desmesurado de referida técnica, como muitas vezes ocorre, pode vir a causar uma série de problemas, especialmente um enfraquecimento no sistema jurídico e uma perda da unidade por parte deste. Nesse sentido:

O emprego desmedido da ponderação é temido e realmente pode ser grave, por isso, hoje, é mais importante criar parâmetros, como limites à ponderação, do que tentar invalidá-la ou superestimá-la. A discussão sobre a incidência da ponderação agora é de mão dupla: ao mesmo tempo em que se incentiva a ponderação por um lado, se a limita por outro, criando parâmetros racionais de controle, no último caso. (MOREIRA, 2014, p. 111)

Nesse sentido, o uso sem parâmetros da ponderação não pode chegar ao ponto de subverter e desconstituir regras e garantias constitucionais, as quais já passaram por um procedimento de ponderação pelo constituinte originário, servindo agora de parâmetros para referida técnica decisória, em prol da unidade da Constituição, por isso não podem ser objetos de ponderação judicial a qual poderia desqualificar a estrutura daquelas.

Por seu turno, as normas infraconstitucionais poderão ser afastadas pelos princípios constitucionais e pela ideia de supremacia constitucional.

Mencione-se, por seu turno, que a ponderação insere-se dentro de um juízo procedimental de correção, uma vez que ela incide sobre princípios que, em teoria, encontram-se em situações antagônicas, buscando uma correção do conflito, mesmo que casual, no sistema. Desse modo, o exercício da ponderação conduz à resolução de tais celeumas, uma vez que aponta, com racionalidade, qual das normas em conflito deve preponderar no embate para a resolução da questão posta em discussão.

Assim, seria a ponderação uma “evolução da teoria do conflito” (MOREIRA, 2014, p. 118), uma vez que, conforme a sociedade entra em conflito, os princípios

representam os valores preponderantes que ela busca ser defendidos, necessitando então uma teoria própria para resolver tais divergências.

A análise da ponderação, enquanto critério de justiça, assume relevante importância quando diante de ofensas ao postulado da igualdade, a qual sofre influxos pela aplicação da proporcionalidade e o contrapeso entre os valores que se encontram em conflito.

A igualdade tem por premissa o reconhecimento de que todas as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica devem ser tratadas da mesma forma, não podendo existir privilégios entre sujeitos distintos que se encontrem sob o mesmo suporte normativo. Tal é o que foi convencionado denominar de igualdade perante a lei, a qual condiz com a generalidade e o elevado grau de abstração dos atos normativos.

Já a ideia de igualdade em seu aspecto formal vem a significar a abolição de privilégios injustificados, uma vez que todas as pessoas possuem o mesmo valor, rechaçando atos arbitrários e discriminatórios.

O postulado da igualdade exige que a lei trate os indivíduos como iguais, além do que a aplicação dela também se dê de modo equânime para todos, sendo dirigido, portanto, tanto ao legislador como ao aplicador da lei.

Dito isso, tem-se que a igualdade recebe influxos da proporcionalidade, dependendo de um critério de justiça que está pautado em um juízo de ponderação, no momento em que se define o que é mais adequado a cada situação da vida que se encontrado em estado de conflito.

Assim,

O caráter multifário do princípio da igualdade torna problemática a sua aplicação e demanda redobrada acuidade para se fundamentarem as ponderações empregadas no desate de tais questões no âmbito judicial.

Isso se faz sentir de modo palpável nos casos de ações afirmativas, em que os Poderes Públicos não se bastam com uma singela abstenção de medidas contrárias aos interesses do grupo que se pretende amparar, mas se dedicam a conceder utilidades concretas de variadas ordens. (BRANCO, 2009, p. 294)

Nesse sentido, o papel dos magistrados na condução dos processos aonde ocorra situações que se enquadrem como casos difíceis, envolvendo direitos fundamentais, princípios constitucionais, normas plurissignificativas, ou mesmo valores de grande sensibilidade para a sociedade, o sopesamento e balanceamento dos elementos presentes no sistema jurídico deve passar pela técnica da ponderação, a qual deverá observar certos critérios e parâmetros a fim de não incidir em arbitrariedades, culminando por lesar a segurança jurídica e os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Por fim, para que a ponderação seja representativa de um critério instrumental que promova a justiça, ela deve estar estruturada em, pelo menos, três etapas, quais sejam: a) a preparação para o exercício da ponderação; b) a realização da ponderação; e c) a reconstrução por meio da ponderação.

Durante a preparação da ponderação devem ser analisados todos os elementos e argumentos possíveis que tenham alguma relevância para a discussão empreendida. No entanto, verifica-se muitas vezes que os Tribunais procedem a um exercício da ponderação sem que antes de tudo clarifiquem sobre quais objetos e direitos serão ponderados, o que viola a segurança jurídica, bem como o princípio de que todas as decisões devem ser motivadas, os quais são muito caros para o Estado de Direito.

Na realização da ponderação, esta deverá fundamentar qual a relação estabelecida entre os elementos selecionados que sofrerão a incidência da referida técnica, assim como deve ser indicada a relação de primazia estabelecida entre eles.

A etapa final, qual seja a reconstrução por meio da ponderação, objetiva promover uma sistematização no ordenamento jurídico, mediante a extensão do que foi objeto de ponderação pelo elástico daquilo que foi considerado como primaz para além do decidido no caso objeto de apreciação, fundamentando uma ordem de valores que espelham a sociedade em dado momento histórico, a qual poderá ser aplicada para todos os demais casos semelhantes, fortalecendo o princípio da igualdade e da não discriminação, promovendo decisões mais justas.

2.4. A ponderação nos Tribunais brasileiros: decisões ilustrativas

A título de ilustração, realizou-se pesquisa jurisprudencial em alguns tribunais brasileiros no intuito de verificar como vem sendo aplicada a teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy. Foram selecionados como fontes dos acórdãos consultados os Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (TJSP), Rio Grande do Sul (TJRS), Minas Gerais (TJMG), dentre outros.

Como parâmetros de pesquisa foram utilizadas as expressões “Robert Alexy e ponderação”; “Alexy e sopesamento”; “Alexy e balanceamento”, “Alexy e proporcionalidade”, dentre outros termos congêneres.

Verificou-se que muitos dos acórdãos encontrados, com os parâmetros acima mencionados, não tratavam com profundidade ou da forma como foi criada a teoria desenvolvida por Robert Alexy, o qual aparecia muitas vezes nas referências bibliográficas, porém sem que fosse dado o devido tratamento a matéria.

Outros apenas mencionam se tratar de exercício da ponderação, porém olvidam-se de analisar ou discriminar todo o raciocínio envolvido nas questões postas em análise.

Por fim, alguns julgados, além de mencionar o uso da técnica da ponderação, deixam de dar a devida atenção ao que se considera como uma motivação adequada, a qual, tida como um dos requisitos para a manutenção do Estado de direito é muitas vezes desrespeitada, sendo que o “mau vezo em que incorrem alguns juízes e tribunais de não fundamentarem suas decisões acarreta hoje nulidade por infringência à Constituição Federal” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 219).

No entanto, há muitas decisões significativas e representativas da aplicação da técnica da ponderação esposada por Robert Alexy, sendo uma delas a tratada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 4815 do Distrito Federal.

Foi discutido na ADI 4815-DF, julgada em 10.06.2015, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, um aparente conflito entre princípios constitucionais, quais sejam, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, uma vez que ali estava em questão a publicação e a veiculação de obras

biográficas, literárias ou audiovisuais de pessoas notórias, independente de necessidade autorização, ficando assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

Um dos argumentos da ação proposta era o de que, por força da interpretação que era dada pelo Poder Judiciário aos dispositivos legais contidos nos artigos 20 e 21 do Código Civil³, a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais era proibida em virtude de ausência de prévia autorização dos biografados.

No entanto, a Constituição da República proíbe qualquer tipo de censura, não podendo o exercício da liberdade de expressão e de informação ser cerceado pelo Estado ou por particulares de nenhuma forma.

Assim, ficou consignado que:

O direito admite técnicas de ponderação dos valores que demonstram que os arts. 20 e 21 do Código Civil, para os quais se pede

³ Código Civil, artigo. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Código Civil, artigo 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

interpretação conforme à Constituição da República, para a produção de obras biográficas literárias ou audiovisuais independentemente da autorização prévia, somente podem ser tidos como legitimamente válidos e subsistentes no sistema jurídico se afastada aquela exigência para o tema específico.

Já o texto constitucional, em seu artigo 5º, garante: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (inciso IV); é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V); é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (inciso VI); é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X); é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV).

Dispõe ainda o artigo 220 da Constituição da República que:

Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

(...)

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Desse modo, tratou-se que uma norma infraconstitucional não poderia cercear, nem mesmo restringir, direitos fundamentais trazidos pela Constituição da República, ainda que sob o pretexto de estabelecer uma certa forma de proteção a um direito da personalidade, impondo determinadas condições para o exercício de liberdades de

maneira diversa daquela prevista no texto constitucional, impondo, então, a busca por uma solução que compatibilize a regra disposta na lei civil com as normas do Diploma Maior, sob pena daquela ser retirada do sistema jurídico.

O ponto nevrálgico da ADI 4815-DF foi como se daria a interpretação mais adequada aos dispositivos da codificação civil sem a necessidade de excluí-los do sistema por declaração de vício de inconstitucionalidade, tornando-os compatíveis com os princípios constitucionais, em especial aquelas garantidores dos direitos fundamentais que incidem no caso em tela.

Citando o caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958, a ministra relatora destaca que este alterou a jurisprudência sobre direito fundamentais, representando um ponto de inversão na análise e no julgamento das lides nas quais há debates sobre aparentes conflitos entre direitos humanos, passando a ser adotado critérios de ponderação e balanceamento dos direitos em litígio.

O caso Lüth abordou o direito à liberdade de expressão em emitir opinião contrária à distribuição do filme que foi dirigido pelo cineasta Veit Harlan, o qual era responsável pelas propagandas antissemitas encomendadas por Joseph Goebbels durante o regime nazista.

Erich Lüth promoveu uma série de palestras e manifestações no intuito de promover o boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte* (“Amada imortal”), de Veit Harlan. Apesar deste filme não tratar do antissemitismo, o que foi levado em consideração nas manifestações de Lüth foi tão somente o histórico do cineasta, o qual, como responsável pela divulgação das ideias nazistas, dirigiu e produziu o filme *Jud Süß*, o qual promoveu uma representação negativa dos judeus.

O cineasta Veit Harlan e duas companhias de cinema moveram uma ação em face de Lüth, fundamentada na lei alemã de difamação. O Tribunal de Hamburgo ordenou que Lüth cessasse sua campanha de boicote à distribuição do filme, sob pena de pagamento de uma multa ou ainda de ser preso.

No entanto, Lüth recorreu a Corte Constitucional Federal alemã, a qual decidiu a seu favor, determinando que seu direito havia sido desrespeitado, promovendo uma vinculação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento legal, marcando o movimento da teoria da eficácia horizontal das normas constitucionais, assim como da

ponderação e balanceamento judicial como forma de justificar decisões envolvendo direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional alemão, com o caso L $\ddot{u}$ th, promoveu uma guinada hermenêutica, isto é, referido caso passou a constituir um dos parâmetros para que os fundamentos da interpretação dos direitos fundamentais possam ser explicitados, ocasionando uma série de efeitos, tais como: a) a afirmação dos direitos fundamentais como direitos de defesa do cidadão contra o Estado; b) irradiação da eficácia dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, incluindo também as relações entre particulares; c) a adoção do critério da ponderação de bens e valores como método de resolução de casos difíceis aonde normas constitucionais encontram-se em conflito aparente; dentre outros.

Assim, viu-se que no desenrolar da ADI 4815-DF a colisão entre os direitos fundamentais da livre manifestação de opinião e outros de idêntica natureza hierárquica, os quais gozam de igual proteção constitucional, demandavam o uso do critério da ponderação para a resolução do conflito.

Há, no discorrer do acórdão, citação de Robert Alexy (2014), destacando a ministra relatora que “a adoção do critério de ponderação para interpretação de normas e solução de casos nos quais são elas aplicadas não é inédita no Supremo Tribunal Federal”, arrolando uma série de exemplos, tais como: ADI 5136-MC-DF; HC 83.996-RJ.

Nesse sentido:

A interpretação pedida na presente ação e com a qual estou anuindo, para julgá-la procedente, significa que se faz necessário não mudar a norma civil, mas atribuir-lhe interpretação coerente com o que se põe constitucionalmente, sendo tanto suficiente para a garantia do exercício do direito à liberdade de expressão, do direito-dever de informar e ser informado sobre a vida de pessoa biografada pela sua importância sociocultural, resguardando-se a garantia da inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade, contra cujo abuso há normas pelas quais assegurada a responsabilidade dos autores da ação indevida. (STF, ADI 4815-DF; Ministra Relatora Cármen Lúcia; julgamento em 10/06/2015, p. 123-124)

Por seu turno, o ministro Luís Roberto Barroso, em concordância com a ministra relatora, asseverou que:

[...] as sociedades contemporâneas são abertas, são complexas, são plurais. Consequentemente, convivem na sociedade contemporânea valores contrapostos, que, muitas vezes, entram em rota de colisão ou pelo menos convivem com algum grau de tensão: o desenvolvimento nacional entra em tensão com a proteção ambiental com frequência; a liberdade de iniciativa entra em tensão com a proteção do consumidor com frequência; a liberdade individual do acusado, muitas vezes, entra em rota de tensão com a segurança pública. (STF, ADI 4815-DF; Ministra Relatora Cármen Lúcia; julgamento em 10/06/2015, p. 125)

Destacou o ministro Luís Roberto Barroso que as Constituições contemporâneas, de caráter compromissório e dialético, trazem em seu seio uma diversidade de valores, ocorrendo situações aonde normas constitucionais acabam por envolver entre si uma tensão em potencial, erigindo então a técnica da ponderação como meio de solução do conflito aparente.

Assim, o ministro Barroso disserta os passos para a realização da ponderação no caso em tela, afirmando que:

[...] um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, e consequentemente a própria ponderação, é o princípio da unidade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma, portanto, elas têm de conviver harmoniosamente e uma não pode ser reconhecida como sendo superior à outra.

Dito isso, a ponderação, embora existam diversos autores que tratem do assunto, tal como eu a pratico, é uma forma de estrutura do raciocínio que se desenrola em três etapas. Na primeira delas, verificam-se quais são as normas que postulam incidência sobre aquela hipótese. No nosso caso concreto, são as normas que protegem a liberdade de expressão e o direito de informação, e as normas que protegem a privacidade, a imagem e a honra. A segunda etapa da ponderação exige que se verifiquem quais são os fatos relevantes. E, na terceira e última etapa, testam-se as soluções possíveis. E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas. No limite, porém, muitas vezes, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas. Essa ponderação pode ser feita pelo legislador, em tese, ou pode ser feita pelo aplicador da lei, pelo juiz ou tribunal, em cada caso concreto. (STF, ADI 4815-DF; Ministra Relatora Cármen Lúcia; julgamento em 10/06/2015, p. 126)

Ressaltou o ministro Barroso em seu voto que os artigos 20 e 21 do Código Civil produziam uma ilegítima hierarquização entre os direitos à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, em favor deste e em desfavor daquele, destacando ainda que o Supremo Tribunal Federal é um importante guardião da liberdade de expressão.

Na mesma senda, o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, pontua que a ideia de proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que sob o lastro da proteção da honra ou da imagem das pessoas. Tais restrições às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento não são necessárias e nem adequadas em uma democracia plural, não ultrapassando, portanto, ao teste da proporcionalidade.

Em igual sentido foi a discussão travada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54, aonde estava em discussão a possível incorporação de uma nova excludente de criminalidade nos casos de interrupção da gravidez em virtude de feto anencefálico, mediante o afastamento da interpretação literal da conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

Ementa: FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio; Data de julgamento: 12/04/2012)

O caso tratado na ADPF 54 cuidava, a um só tempo, de aspectos da dignidade da pessoa humana, analogia à tortura, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, o direito à saúde, assim como as normas prescritas no Código Penal que tratam da questão, quais sejam, artigos 124, 126 e 128, incisos I e II⁴, já que, diante de uma mal formação irreversível do feto, a mulher estaria condenada a carregar em seu seio

⁴ Decreto-Lei n. 2848/40 - Código Penal. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

um ser cuja vida era inviável, ocasionando-lhe forte tristeza e abalos psicológicos e morais. Tratava-se, portanto, de uma situação aonde estavam em conflitos a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade estando estampado a vulnerabilidade e o sofrimento da gestante.

O objeto em discussão era se a interpretação dada aos dispositivos do Código Penal eram compatíveis, ou não, com a interpretação que vinha sendo dada no sentido de se considerar também como crime a interrupção de gravidez de feto considerado anencefálico.

A utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi o meio hábil encontrado, pois estavam presentes a ameaça ou violação a preceito fundamental, encontrava-se presente ato do Poder Público capaz de provocar lesão, assim como havia a ausência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade.

Em juízo de ponderação, o ministro Marco Aurélio, diante de uma série de argumentos levantados nas audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, assentou que os valores em jogo poderiam conduzir à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo.

Desse modo, o enfrentamento da ponderação deu-se entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto, mesmo que anencefálico.

Os defensores da tese de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico configurava crime de aborto destacavam que o direito à vida é o primeiro e mais importante direito, sendo condição para o exercício dos demais, devendo ser protegida independentemente do tempo de duração.

Por outro lado, os defensores da interrupção da gravidez de feto acometido de anencefalia, argumentavam que este, se chegar a nascer, teria mínimas chances de sobrevivência, e a gestação em tais condições era um risco à saúde, integridade física e psicológica da mulher.

Em suma, foi dito, por um lado, que a vida possuía mais peso que os demais direitos, e, por outro, que os direitos das gestantes de fetos anencefálicos não podem ser subvalorizados diante de uma vida precária e impossível de subsistir.

Assim, afirma o ministro relator que:

Os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos. Não há como estabelecer, *a priori*, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural. Se os valores são relativos, não há como fundamentar um como superior ao outro. Isso implica que todos devem respeitar as percepções valorativas de mundo dos demais, inadmissíveis visões de mundo que, sob o argumento de superioridade, pretendam eliminar outras possíveis. É necessária a proibição de posturas que preguem a eliminação de outras formas de ver a realidade (inclusive ética), restringindo-se a liberdade que se põe contra a liberdade, acabando-se com o que ficou conhecido como paradoxo da liberdade.

Nesse sentido, o Direito se posiciona de modo a garantir liberdade e igualdade, à premissa de que todos são livres para escolher os seus modos de vida e são iguais em direitos e deveres para que possam desenvolver suas liberdades e respeitem os demais membros da sociedade. Ou seja, liberdade e igualdade são condições para a convivência dos demais valores. Não há, portanto, hierarquia entre eles. Os valores deixam de ser vistos como conteúdos concretos compartilhados por uma comunidade homogênea para se transformarem em vetores de uma vida boa e justa para todos os indivíduos e não apenas para aqueles que compartilham dos mesmos pressupostos.

Vistos dessa forma, os valores, que pertencem à ética, adentram no mundo do Direito como princípios, ou seja, normas de caráter generalíssimo que orientam a realização do bem comum, não o bem como valor transcendente que todos devem respeitar porque vale em si mesmo (o Bem metafísico dos modelos clássicos do direito natural), mas o bem que permite uma razoável estabilidade da vida em sociedade. Esses valores, então, passam a fazer parte do ordenamento jurídico como condição da justiça (que se refere ao igual tratamento de todos) e direcionam as ações individuais e coletivas para a realização da vida boa, a vida que se deseja ter em sociedade. Assim, os valores entram no Direito como garantia do bom e do justo como formas de convivência harmônica de todos os modos de vida, não mais como o Bom e o Justo transcendentes que pretendem determinar como tudo deve ser e como todos devem agir. (STF, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio; Data de julgamento: 12/04/2012, p. 124-125)

Os princípios jurídicos incorporam valores semeados pela sociedade, otimizando condutas para a realização destes, em especial da justiça e da boa vida em sociedade, ganhando concretude quando aplicados em um caso concreto.

Contudo, em certos momentos, ocorre de dois ou mais princípios regular a mesma situação de formas diversas, decorrendo daí a necessidade do afastamento de um deles para o caso concreto, sob pena de incoerência na solução dada. Por tal motivo é

que se afirma que os princípios são aplicáveis de maneira *prima facie*, isto é, em certas situações podem não ser aplicados, sem que ocorra a sua eliminação do sistema jurídico, de forma diversa do que ocorre com as regras.

Assim, diante de situações conflituosas, como aquela que se deixou transparecer na ADPF 54, qual dos princípios selecionar para aplicação? O ministro relator Marco Aurélio destacou que o critério de solução precisa:

[...] colocar os valores em disputa não em uma balança, para ver para qual lado a haste pende, mas em uma equação, para que, do ponto de igualdade entre eles, se possa transitar para uma sentença do tipo “se... então deve ser...”, em que apenas uma regra aparece. Como os princípios são normas que pretendem ter aplicabilidade em um caso concreto, a eventual aplicação precisa ser viável fática e normativamente. As condições fáticas devem ser cumpridas pelos critérios da necessidade e da adequação. Assim, um princípio será aplicado se for adequado para atingir o fim perseguido (o meio utilizado deve necessariamente levar ao fim que se busca) e necessário às exigências e expectativas do resultado diante de outros possíveis (os meios empregados para a realização do princípio devem ser os menos gravosos – se houver outros meios menos gravosos, a regra escolhida para realizar o princípio em tela é tida por desproporcional).

Não obstante os dois critérios de realização fática, pode ocorrer que os dois princípios se mantenham aplicáveis ao caso, o que leva à situação de um deles vir a limitar o âmbito de atuação do outro. Esse é o limite jurídico, que, de acordo com o modelo teórico da ponderação, deve ser resolvido pelo chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. É a técnica de aplicação deste terceiro subprincípio que demanda a ponderação de valores. Apesar da denominação, diante de tudo o que foi dito acima sobre regras e princípios, estes devem ser concebido com regras de otimização de condutas para a máxima realização dos valores que os sustentam. Assim, diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto. (STF, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio; Data de julgamento: 12/04/2012, p. 127-128)

Assim, tratou-se de uma ponderação de razões para decidir, e não de valores, diga-se, sob pena de se levar a um autoritarismo, já que não se pode dizer que um valor “vale” mais que o outro, visto que não há hierarquia entre eles. Nesse sentido, a ponderação só poderá se dar com relação às razões que envolvem a racionalidade na

tomada da decisão em dado sentido, a qual deve superar as fases para sua aplicação, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação mostrava-se presente para os dois pontos de vista discutidos no caso, quais sejam: a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configurando aborto é um meio adequado para a proteção da vida do feto; de outro lado, a garantia da saúde, da integridade física e psíquica, além da liberdade da mulher estava assegurada pela interrupção da gestação.

A necessidade restaria caracterizada no fato de que só é plenamente possível a proteção da vida do feto anencefálico se ele também estiver protegido contra a gestante. Noutronte, não haveria meio menos gravoso para a proteção da saúde, integridade e a liberdade da gestante que a interrupção da gestação de um feto cuja vida mostrava-se inviável.

Por seu turno, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito invoca que um dos princípios será afastado para que outro possa ser aplicado, no sentido de que quanto maior o grau de não realização de um princípio, maior deverá ser o grau de satisfação do outro. No caso em tela, há que serem sopesados os direitos de proteção da gestante em face do Estado e o de defesa do feto anencefálico, o qual demandaria uma ação positiva do Estado.

Com isso em mente, foi dito no voto do ministro relator da ADPF 54 que o direito de cunho protetivo da mulher demandava uma omissão do Estado, impedindo a preservação do direito defensivo do feto, o qual dependeria do grau de desenvolvimento da vida biológica e da situação da gestante, pois poderia ser diminuto o interesse na proteção do desenvolvimento do primeiro, aumentando-se o interesse na proteção da liberdade daquela.

Acrescente-se, ademais, que para que haja a proteção da vida do feto mediante uma ação interventiva do Estado, haveria a necessidade de se ferir os direitos da gestante, quais sejam, a liberdade, a integridade física e psicológica e, até mesmo, sua própria dignidade, ante a dúvida razoável quanto à viabilidade da concepção do feto anencefálico. Desse modo, a gestação em si seria o mesmo que impor uma tortura física e psicológica às mulheres.

Em reforço a tais argumentos, sobrelevou ainda a dificuldade de justificação da proteção do feto anencefálico mediante a criminalização da conduta da gestante, uma vez que o direito penal atual é tido como a *ultima ratio*, devendo, nessa medida, ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, ao lado de uma série dos demais princípios informadores do direito penal mínimo, quais sejam, a idoneidade, mediante a qual a criminalização deve ser um meio útil para resolver o problema social; a subsidiariedade, não deve existir quaisquer alternativas para a regulação da conduta indesejada, e racionalidade, mediante a comprovação de quais seriam os benefícios da criminalização.

Mais uma vez os argumentos pendem para a autorização da interrupção da gravidez em casos de anencefalia. Posição contrária, com a sua criminalização, implica medida extrema (que é o recurso ao Direito Penal para a privação de direitos relacionados à liberdade) ineficiente para controlar comportamento tido, pelos que advogam a tese, por indevido. Por outro lado, obrigar a mulher a prosseguir na gravidez fere, como bem pontuado da tribuna, seu direito à liberdade reprodutiva, à falta de interesse social concreto na tutela de vida sem condições biológicas mínimas de desenvolvimento. Proteger a mulher, em hipótese tal de inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental. Os ônus de ordem física, psicológica e social gerados pela obrigatoriedade de manutenção da gravidez de feto anencefalo e seus consectários não podem ser minimizados, e são mesmo insuscetíveis de compartilhamento pela mulher.

Enfatize-se que a compreensão que se está a esposar em absoluto implica prejuízo às gestantes que, em tais circunstâncias adversas, optarem por dar à luz, pois o que se está a preservar é a liberdade de escolha.

A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de liberdade, sob o manto da Constituição cidadã de 1988.

Para concluir, ao enfoque da teoria da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção,

ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, é maior que um. Há, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê diante de tão doloroso dilema, de optar sobre o futuro da sua gestação de feto anencéfalo. (STF, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio; Data de julgamento: 12/04/2012, p. 134-136)

Diante do exposto, a solução do caso da APDF 54, em virtude dos conflitos entre o direito fundamental à vida digna, o direito social à saúde, e a autonomia da vontade somente seria possível mediante a aplicação da ponderação dos bens e interesses jurídicos tutelados pelo sistema e a interpretação exigida pela Constituição da República, uma vez que todos estes que se encontram em conflito são necessários e relevantes para a vida em sociedade.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, também fez uso, em variegadas situações, da técnica da ponderação, como, por exemplo, o caso assim ementado:

Ementa. Apelação. Sentença que concedeu a reabilitação. Recurso acusatório. O ressarcimento do dano, enquanto requisito da reabilitação, deve ser aferido dentro de um quadro de razoabilidade, ponderando-se os interesses em jogo diante das circunstâncias do caso concreto. Circunstâncias do caso que autorizam a reabilitação, a despeito da não comprovação da reparação dos danos. Recurso desprovido. (TJSP, 2ª Câmara Criminal, Apelação n. 0069792-96.1997.8.26.0050, Juiz Relator: Laerte Marrone, Julgamento em 12.07.2016)

No caso acima referido, o Ministério Público do Estado de São Paulo apelou de decisão judicial que concedeu a reabilitação de sentenciado, alegando que o apelado não efetuou a reparação do dano, o qual era requisito essencial para a obtenção daquela benesse, buscando a reforma da decisão.

O Tribunal de Justiça entendeu que, malgrado não se possa relegar a segundo plano o ressarcimento da vítima para a recomposição de sua esfera jurídica indevidamente malferida, o excessivo rigor de tal requisito acabaria por obstar a reabilitação, a qual tem papel de destaque no processo de ressocialização do condenado.

Assim, destacou o Tribunal de Justiça de São Paulo que:

Nesta ordem de ideias, importa, em cada caso concreto, proceder-se a uma ponderação dos interesses em jogo, à luz do cânone da proporcionalidade, a fim de se determinar qual deles deve prevalecer. Afinal, no fundo, estão em cotejo dois princípios de escalão constitucional (propriedade e dignidade da pessoa humana), a postular uma solução nestes termos (cfr. Robert Alexy ...). Isto significa, em outras palavras, aferir se, diante das circunstâncias do caso, afigura-se razoável exigir que o condenado efetivamente efetue o ressarcimento da vítima, ou se, dado o quadro específico, pode-se dispensar a reparação dos danos – que, a bem da verdade, pode ser buscada pelo ofendido através de outros instrumentos processuais –, sob pena de se impingir ao sentenciado um sacrifício desmedido, de tal arte que a negativa da reabilitação, nesta situação, traduza uma injustiça. (TJSP, 2ª Câmara Criminal, Apelação n. 0069792-96.1997.8.26.0050, Juiz Relator: Laerte Marrone, Julgamento em 12.07.2016, p. 4)

Nessa sede de ideias, aliada aos demais fatores discutidos no caso, foi negado provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público de São Paulo.

Igualmente nos Embargos Infringentes n. 0001084-19.2008.8.26.0111/50000, julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve a discussão e aplicação das técnicas de ponderação.

Ementa. Embargos Infringentes – Servidor admitido pelo Prefeito, João dos Reis Almeida Silva, para exercer cargo em comissão, mas que desempenhava, na prática, função diversa – Mecânico cujos serviços foram contratados de maneira irregular – A atividade que exercia o comissionado demandava concurso para ingresso no serviço público, ao passo que regular licitação se exigia no caso específico de João de Santana, prestador de serviço – Irregularidade na contratação comprovada – Réus que, entretanto, bem ou mal, executaram suas atividades, de modo que a devolução representaria enriquecimento sem causa por parte da Municipalidade, ausente prova específica de dano patrimonial – Ato de improbidade administrativa configurado – Subsistência do dever de indenizar, por parte do ex-Prefeito, que resulta dos termos do julgamento da apelação, nisto não se vislumbrando contradição, haja vista que o réu, podendo, não interpôs Embargos Infringentes – Embargos infringentes rejeitados. (TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Embargos infringentes 00001084-19.2008.8.26.01111, Juiz Relator: Luiz Sergio Fernandes de Souza, data do julgamento: 30.05.2016)

Tratou nestes embargos infringentes opostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo o reconhecimento da procedência da ação que tratava de ato de improbidade administrativa praticado pelo Prefeito da municipalidade, tendo como base voto vencido no julgamento da apelação anteriormente aviada, o qual condenava todos

os réus ao ressarcimento do dano ao erário. A divergência residia tão somente na aplicação das penas aos réus condenados.

O ex-Prefeito da municipalidade havia admitido um indivíduo para o exercício do cargo de auxiliar de gabinete, contudo este sempre atuou em funções operacionais não exercendo cargo em comissão, e um outro fora contratado para a prestação de serviços sem que houvesse regular licitação. Incorreram, assim, em prática de atos de improbidade administrativa.

Na oportunidade, os réus haviam sido condenados a multa e devolução de valores ao erário público como forma de reparação de danos, além das sanções de proibição de contratar com o Poder Público e suspensão de direitos políticos.

No entanto, ficou comprovado que, apesar da contratação ilegal de serviços de um deles e do desvio de funções quanto ao outro, não houve comprovação de que o Município tenha sofrido de forma efetiva qualquer dano material, já que os serviços foram realizados, não se mostrando justa a devolução das quantias correspondentes aos trabalhos executados, o que passaria a configurar um enriquecimento sem causa por parte do município, uma vez que, ao lado dos princípios que regem a Administração Pública, especialmente da legalidade e moralidade, há também a presença no ordenamento jurídico do princípio da razoabilidade, o qual veda o enriquecimento sem causa.

Através da ideia de sopesamento na colisão entre princípios, esposada por Robert Alexy (2014), entre os princípios da estrita legalidade e moralidade em face do princípio da razoabilidade e sua consequente vedação ao enriquecimento sem causa, foram levados em consideração as três etapas para a utilização da ponderação, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim:

À vista das regras de sopesamento – que nada mais representam, na visão de Alexy, do que um procedimento para diminuir, o quanto possível, o subjetivismo decorrente da pluralidade de valorações possíveis na solução do conflito entre princípios –, é possível dizer que a ordem jurídica vê-se recomposta contanto que se apliquem as sanções e medidas impostas no v. acórdão. Houvesse prova de que o servidor e o contratado ganharam mais do que deveriam ter recebido, caberia a opção por uma terceira via, vale dizer, a devolução do excesso. Mas esta prova não se fez. (TJSP, 7ª Câmara de Direito

Público, Embargos infringentes 00001084-19.2008.8.26.01111, Juiz Relator: Luiz Sergio Fernandes de Souza, data do julgamento: 30.05.2016, p. 8)

Do mesmo modo, podem ser encontrados o uso do exercício da ponderação nos seguintes acórdãos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO IDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - NOTÍCIA VEICULADA PELA IMPRENSA. DANO MORAL. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO À HONRA E À VIDA PRIVADA. LEI DE COLISÃO E DE PONDERAÇÃO. HOMEM PÚBLICO. RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS-RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - NÃO CONFIGURADA. As normas constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais possuem o caráter de princípios. Ao contrário das regras, que se submetem à lógica do tudo ou nada, os princípios exigem sua aplicação da melhor maneira possível, por meio das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Enquanto se discute, em relação ao conflito de regras, a sua validade ou invalidade, quanto aos princípios se busca a melhor forma de otimizá-los por meio das chamadas leis de colisão e de ponderação desenvolvidas por Robert Alexy. Na lei de colisão, estabelece-se um juízo de relação de precedência condicionada, ponderando-se qual dos princípios haverá de sobrelevar o outro numa análise da relação entre o pressuposto fático e a consequência jurídica daí advinda. Na lei de ponderação dá-se argumento racional à fundamentação utilizada na interpretação da precedência de alguns princípios sobre outros, justificando a mitigação da aplicação de determinado princípio por meio da valorização da importância da prevalência do outro que lhe sobrepôs. O direito à liberdade de imprensa não é absoluto, havendo de ser exercido em harmonia com outros previstos na Constituição. O exercício da liberdade de expressão e informação está dentro do marco traçado para a sua forma lícita de ação. A colisão dos princípios deve ser solucionada pela ponderação balizada na análise do caráter público da informação, bem como do limite interno da veracidade que conforma a liberdade de expressão e informação. (TJMG, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0145.13.036405-5/001, Des. Cabral da Silva, data de julgamento 01.12.2015)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATORIA. REPORTAGEM JORNALÍSTICA, QUE RELATA EXONERAÇÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL COMMISSIONADO POR AUSÊNCIA NÃO AUTORIZADA EM HORÁRIO DE TRABALHO. ALEGAÇÃO DE VEICULAÇÃO OFENSIVA À HONRA E À IMAGEM. CASO CONCRETO NO QUAL NÃO CONFIGURADO O EXCESSO AO DIREITO DE INFORMAR. PREPONDERÂNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVAS NÃO EXTRAPOLADAS. DANO MORAL INOCORRENTE, POIS NÃO CONFIGURADO ILÍCITO. 1. Não existem direitos ou garantias fundamentais que se revistam de caráter absoluto no ordenamento

brasileiro. O princípio da unidade da Constituição impõe a coexistência harmônica das liberdades e dos direitos assegurados na Lei Fundamental, não se legitimando o exercício de direito ou garantia com ofensa a bens jurídicos outros de mesma dignidade constitucional. Necessário o sopesamento entre os direitos de expressão e de informar versus o direito à privacidade e à imagem. 2. Caso concreto em que a reportagem questionada não extrapolou as prerrogativas do "animus narrandi", especialmente em se tratando de ocupante de cargo público e do interesse coletivo no que diz respeito à transparência e fiscalização da Administração municipal. Direito de informar que não deturpou a existência dos acontecimentos em si - quanto à participação do assessor de obras em feira de calçados - tampouco, pela data, pode ser responsável pela exoneração do servidor comissionado. Notícia que não utilizou palavras agressivas, ofensivas ou que maculem atributos personalíssimos. Autor que não comprovou minimamente repercussão diversa. Valoração do princípio da imediatidade. 3. Quanto à presença de foto ilustrativa da reportagem, apesar de ser usada para identificar a pessoa objeto da notícia, não assumiu objetivo de exploração publicitária ou comercial, no intuito de obter lucro, e não se trata de foto de capa, nem de tamanho ou em cena que pudesse ter como objetivo atrair leitores do periódico ou, muito menos, em pose humilhante ou constrangedora a fim de depreciar o fotografado, de modo que não resta configurada a hipótese de incidência da Súmula 403/STJ. 4. Ausência de ato ilícito ou excesso do réu, afastando a hipótese de indenização por danos morais. Mantida a sentença de improcedência. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70068776822, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 08/06/2016)

Ementa: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PESSOA CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS E COM DIAGNÓSTICO DE DEPRESSÃO (CID F33.2). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. NULIDADE DA SENTENÇA INOCORRENTE. MANIFESTAÇÃO DO ESTADO NOS AUTOS QUE SUPRE A PERFECTIBILIZAÇÃO DA CITAÇÃO. PREJUÍZO AO ESTADO NÃO VERIFICADO. CERCEAMENTO DE DEFESA QUE NÃO SE OPEROU. SOPESAMENTO DAS NORMAS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À VIDA E SAÚDE. CUSTAS DEVIDAS PELOS ENTES PÚBLICOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO FUNDO DE APARELHAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA - FADEP, QUE SÃO DEVIDOS PELO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. ISENÇÃO QUE OCORRE SOMENTE COM O ESTADO DIANTE DA CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. VERBETE Nº 421 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Prefacial de nulidade da sentença rejeitada, porquanto além de não ter havido prejuízo ao Estado com a ausência de juntada da carta precatória de citação, não ocorreu cerceamento de defesa conforme alega o ente público, tendo a sentença observado os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa insculpidos no art. 5º, LIV e LV, da CF-88. O comparecimento espontâneo do réu

nos autos enseja a aplicação da regra disposta no art. 214, § 1º, do CPC. A alegação de cerceamento de defesa não se sustenta, diante do fato de se tratar de matéria de direito em que o bem tutelado é o direito à vida e saúde previstos constitucionalmente. Ademais, o juiz é o destinatário da prova, incumbindo a ele decidir acerca da necessidade e utilidade da prova para a formação do seu livre convencimento motivado. Inteligência do art. 130 do CPC. 2. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada diante da solidariedade existente entre os entes públicos no atendimento à saúde pública, tal como prevista no artigo 196 e seguintes da CF-88. Dever dos entes públicos de atendimento à saúde que não se limita ao disposto em listas administrativas. Regra disposta no artigo 196 da CF-88 que prevalece. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça. 3. A autora, carente de recursos financeiros, apresenta diagnóstico de Depressão (CID F33.2) e necessita fazer uso de medicação para o seu tratamento. Dever de custeio pelos entes públicos, uma vez que implementados os requisitos postos na legislação de regência. Superdireito à saúde que deve prevalecer sobre os princípios orçamentários e financeiros esgrimidos na defesa pelo ente público. Ausência de afronta aos princípios da independência e autonomia dos Poderes. Responsabilidade solidária de todos os entes gestores do SUS em nível nacional, regional e municipal. Pretensão que pode ser deduzida contra qualquer deles. Fontes de custeio e questões orçamentárias e fiscais que não devem embarçar o direito à vida e saúde. 4. Custas processuais: Não pode haver a isenção dos réus ao pagamento das custas, pois os vencimentos dos servidores, bem como o material que é empregado nas serventias são custeados pelo constitucional, com a consagração da autonomia financeira do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988, através da EC nº 45/2004, direcionadas as receitas de custas e emolumentos integral e exclusivamente para o custeio dos serviços judiciários (art. 98, § 2º, da Constituição Federal), não pode ser ignorada pelo intérprete qualificado pelo dever de prestar a jurisdição. Foi por isso, aliás, que o colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça proclamou a inconstitucionalidade da Lei-RS nº 13.471/2010, na medida em que ela contém insuperável vício ante a usurpação, pelo Poder Executivo, da reserva de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário. Isso foi feito no Incidente de Inconstitucionalidade nº 70041334053 e deve ser observado pelas Câmaras separadas. 5. Honorários advocatícios em favor do FADEP. O ente público municipal é devedor de honorários advocatícios em favor do FADEP porque inexistente confusão entre ele e a Defensoria Pública que é órgão do Estado, se aplicando a este a isenção. Apelação do Estado acolhida no ponto para isentá-lo da condenação. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DO ESTADO PARCIALMENTE PROVIDA E IMPROVIDA A DO MUNICÍPIO DE MONTENEGRO. SENTENÇA CONFIRMADA QUANTO AO MAIS EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70038112892, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 28/08/2014)

Ementa. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE

MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO AO SUS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. II. Conforme a jurisprudência do STJ, "o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (STJ, AgRg no REsp 1.225.222/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/12/2013). III. Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, afigura-se acertada a decisão ora agravada que, com fundamento na Súmula 83 do STJ, obistou o processamento do Recurso Especial. IV. Na hipótese, o Tribunal de origem, com fundamento no acervo fático-probatório dos autos, concluiu pela imprescindibilidade do fármaco pleiteado. Portanto, acolher a alegação da parte recorrente, no sentido da inexistência de provas, nos autos, que demonstrem a inefetividade do tratamento indicado pelo SUS, bem como a eficácia do medicamento pleiteado pela parte demandante, ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte. V. Ao decidir a controvérsia, o Tribunal de origem considerou ser devido o fornecimento de medicamentos, com base no art. 196 da Constituição Federal, sobretudo porque, diante da ponderação do direito à saúde com os demais princípios constitucionais que lhe são contrapostos, bem como da conclusão do laudo pericial, restou demonstrada a indispensabilidade do medicamento para a manutenção da vida e saúde do paciente. Assim, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia, acerca do fornecimento de medicamentos, sob o enfoque eminentemente constitucional, o que torna inviável a análise da questão, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes do STJ (STJ, AgRg no AREsp 584.240/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/12/2014; STJ, AgRg no REsp 1.473.025/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/12/2014). VI. Agravo Regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1531181-AL, Ministra Relatora: Assusete Magalhães, data do julgamento: 24.11.2015)

2.5. Conclusões parciais

Viu-se que com a evolução e o incremento das relações sociais e uma gama cada vez maior de conflitos que emanaram de tais vínculos, foi preciso uma nova postura do Poder Judiciário perante as celeumas surgidas e diante da própria estrutura do ordenamento jurídico, permeado por uma considerável variedade de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios que espelham os valores mais caros para a sociedade, ou seja, normas de textura aberta a fim de dar mobilidade e permanência ao sistema normativo vigente.

Desse modo, para a resolução dos novos conflitos surgidos das intrínsecas relações desenvolvidas no seio da sociedade civil, muitos deles envolvendo normas que permitem uma multiplicidade de significações, foram necessárias buscas por novas formas de saná-los, tais como os recursos à racionalidade e à proporcionalidade, culminando no desenvolvimento da técnica de ponderação, uma vez que para os conflitos modernos a técnica da subsunção dos fatos às normas não era mais apta para solucioná-los.

Assim, a ponderação, enquanto método destinado à atribuição de pesos a elementos que se relacionam para o deslinde do caso, porém sem que haja referência a aspectos de ordem material, orienta os magistrados para que alcancem a norma mais adequada e apta para a solução do conflito, sem que haja uma quebra no sistema, preservando assim sua unidade e permanência.

Contudo, o recurso à ponderação deve ser visualizado como um instrumento de ordem excepcional, o qual deve ser utilizado apenas quando outros métodos não forem satisfatórios para o retorno das partes à normalidade. Ademais, o uso da ponderação deve observar certos critérios, sob pena de seu mau uso se converter em arbitrariedades e decisionismos desmesurados.

Dito isso, o Poder Judiciário, enquanto intérprete dos valores da sociedade, deve utilizar da técnica da ponderação com parcimônia, sob pena de ocorrer uma banalização de seu uso, necessitando sempre promover decisões bem fundamentadas, pautadas em racionalidade, a fim de que possa ocorrer um controle pelos destinatários, como também por toda a sociedade, pois somente assim a técnica será bem utilizada, proporcionando segurança jurídica e justiça, preservando o Estado Democrático de Direito.

3. O uso da técnica da ponderação como meio legítimo de pacificação social e seus meios de controle

Como visto às linhas volvidas, restou constatado que o Poder Judiciário exerce nos dias atuais um posicionamento de intérprete dos valores da sociedade, buscando refletir e sedimentar os interesses maiores e mais caros para o corpo social.

Tal postura, ademais, ainda prima por dar uma maior guarida às ideias de força normativa das normas constitucionais e da unidade da Constituição, visto que os valores dispersos na sociedade encontram-se refletidos no Diploma Constitucional através da atuação do poder constituinte.

Acrescente-se que os valores, enquanto vetores de orientação da conduta humana, implicam em certas escolhas e o rechaçamento de outras, às quais traduzem a realidade fática. Tais opções são feitas, em um primeiro momento pelos poderes constituintes, ocasionando reflexos no legislador infraconstitucional na edição de outras normas para regular a vida em sociedade.

Desse modo, em dissertação sobre a nova postura do Poder Judiciário na atualidade, ponderou Eber de Meira Ferreira que:

O exercício da atividade de interpretação e aplicação do Direito em um ambiente permeado por uma textualidade normativa aberta e uma linguagem de princípios, não raramente referenciados a valores, traz ao Judiciário a função ampla de intérprete destes mesmos valores, de uma moral subjacente a estes, influenciando diretamente na própria interpretação e tradução que a sociedade possui destes axiomas, quando este processo de adensamento do texto normativo desloca-se de um prévio processo de formação do texto para um processo *a posteriori*, realizado no âmbito de nossas Cortes Superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, passam as Cortes a exercer de forma mais ampla em seu processo interpretativo e de aplicação do Direito uma função que precipuamente compete aos entes legislativos, representantes democráticos do povo na eleição e tradução de valores e sua implicação com os fatos, ainda que o processo de formação do Direito se dê em todas suas esferas de aplicação e interpretação. (FERREIRA, 2014, p. 89)

Claro está, então, que houve um deslocamento no debate das questões de grande importância para a sociedade nos âmbitos jurídico, político e social, as quais passaram a ser tratadas pelos Tribunais, principalmente após a doutrina neoconstitucionalista elevar o papel dos princípios jurídicos ao patamar de alicerces de todo o sistema normativo.

A exacerbação do uso de normas abertas, as quais possibilitam uma inclusão cada vez maior de valores morais no sistema, promoveram o ativismo judicial e a função criativa dos magistrados, cujas quais são largamente utilizadas no dia a dia dos Tribunais.

O Poder Judiciário, ao manejar as cláusulas abertas, envolvendo princípios e valores, passa a conformar todo o sistema jurídico e a preencher o próprio conteúdo do Direito, senão chegando até mesmo a criá-lo.

O desenvolvimento de técnicas decisórias, tais como o uso da ponderação, passíveis de dar tratamento adequado às demandas envolvendo interesses caros para a sociedade, aliado à estrutura aberta e plurissignificativa do ordenamento jurídico, apesar de serem instrumentos de grande valia e de usos inexoráveis nos dias atuais, mostram-se não muito bem vistos por parcela da doutrina, pois, muitas vezes, são utilizados sem quaisquer critérios racionais.

O uso desmesurado do ativismo judicial, de uma suposta criatividade por parte dos magistrados e da técnica da ponderação sem estar fundamentada em parâmetros objetivos acabam por contribuir para o desenvolvimento de subjetivismos e decisionismos vários, promovendo uma série de quebras no sistema, dando azo à insegurança jurídica e à perda de credibilidade do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que desconfigura a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, algumas foram preocupações aventadas, muitas delas destacando o surgimento de espaço para voluntarismo e decisões sem quaisquer lastro hermenêutico e normativo, demandando uma necessidade de um controle efetiva sobre os atos do Poder Judiciário, especialmente aqueles que usam a ponderação como fundamento para as decisões judiciais.

O elevado papel do protagonismo do Poder Judiciário, de utilização ampla dos princípios e de métodos de ponderação de forma excessiva sem quaisquer parâmetros, acaba por desvalorizar o princípio democrático, uma vez que passa a ser transferido

àquele a função de tradutor das questões sociais, a qual deveria ser exercida pelos membros dos poderes democraticamente eleitos para tanto, quais sejam, o Executivo e o Legislativo.

Desse modo, algumas formas de controle, objetivando melhores aplicações das teorias das decisões judiciais, em especial da ponderação, tiveram que ser pensadas e desenvolvidas, objetivando uma prestação jurisdicional mais adequada e efetiva, com o respeito aos jurisdicionados e aos princípios e valores do Estado Democrático de Direito brasileiro.

3.1. Racionalidade e argumentação judicial

Afirma Luís Roberto Barroso que:

A argumentação faz parte do mundo jurídico, que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento. Todos os participantes do processo apresentam argumentos e a fundamentação é requisito essencial da decisão judicial. No entanto, (...) a interpretação jurídica lida com casos fáceis e com casos difíceis. Os casos fáceis podem ser decididos com base na lógica formal, dedutiva, aplicando-se a norma pertinente aos fatos, mediante subsunção. Nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída tendo em conta elementos que não estão integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o meio ambiente típico da argumentação jurídica. (BARROSO, 2013, p. 365-366)

A argumentação vem a significar o procedimento ou a atividade pela qual se busca fornecer razões no intuito de defender um ponto de vista, ou mesmo a justificação de uma tese ou expor uma conclusão sobre algo.

Assim, conforme acentua Barroso (2013, p. 366), o ato de argumentar é um processo racional e discursivo, o qual objetiva demonstrar a correção e a justiça da solução proposta, tendo como elementos fundamentais a linguagem, as premissas como ponto de partida, e as regras que norteiam a passagem destas para a conclusão do pensamento.

A análise das argumentações jurídicas se mostram cada vez mais necessárias uma vez que a lógica formal ou dedutiva foi substituída pela razão prática, a qual é

voltada para o estabelecimento de comportamentos caracterizados como justos, tendo por finalidade fornecer um maior controle sobre a racionalidade envolvida na formulação das decisões judiciais.

A busca pelas soluções nos casos concretos nem sempre ocorrerá mediante a mera aplicação da norma, necessitando, muitas vezes, de ser construída sob a observância dos fatos, valores e demais elementos existentes no sistema jurídico.

As diversas teorias que envolvem a argumentação jurídica almejam a criação de um raciocínio jurídico lógico e transparente, o qual possibilite uma melhor aplicação do Direito e um controle mais efetivo sobre as justificações dadas na prolação das decisões judiciais pelo Poder Judiciário.

Assim é que:

O crescimento da importância da argumentação jurídica na hermenêutica e na filosofia do Direito tem motivações associadas à filosofia política e à filosofia moral. No plano político, o debate se reconduz à onipresente questão da legitimidade democrática da atividade judicial: na medida em que se reconhece que o juiz participa criativamente da construção da norma, o fundamento de sua atuação já não pode repousar exclusivamente no princípio da separação de Poderes. A argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do auditório passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão. No plano moral, já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca. (BARROSO, 2013, p. 367-368)

A argumentação jurídica encontra-se plasmada em três parâmetros inseparáveis, quais sejam: a) necessidade de fundamentação das decisões; b) respeito à unidade do sistema jurídico; e c) o peso e a amplitude das consequências concretas das decisões jurídicas.

No ato da prolação das decisões, os magistrados devem ser aptos a justificar e apresentar os fundamentos, extraídos do ordenamento jurídico, que dêem respaldo e sustentação ao ato decisório, sob pena de sua nulidade. Com isso, devem ser rechaçados e relevados eventuais argumentos voluntaristas e de conceitos pessoais a respeito de justiça e moral, uma vez que quaisquer valores, normas e princípios têm que ser extraídos diretamente do sistema.

Propiciando argumentos com lastro no ordenamento jurídico, o resultado será, além de um maior respaldo para a decisão, a preservação da integridade e da unidade do sistema, possibilitando que casos idênticos, nas mesmas circunstâncias fáticas, possam ser alvo das mesmas consequências jurídicas dando uma maior segurança e respeito à igualdade.

O operador do direito deve sempre estar atento para a realidade à sua volta e para as consequências que são advindas de sua atuação jurisdicional, uma vez que ela envolve uma série de fatores além da aplicação normativa, tais como o equilíbrio entre os valores em jogo, a perpetuação do sistema e sua unidade, assim como os efeitos dela sobre a realidade social e para o Estado Democrático de Direito.

Mencione-se que o exercício da criatividade judicial não é rechaçado, contudo, deve ser exercido com parcimônia e prudência pelo magistrado, evitando ao máximo romper com a unidade e integridade do sistema jurídico, sendo recomendado para os casos difíceis e diante de novas realidades sociais, porém seu uso demanda uma fundamentação jurídica racional e bem esclarecida no intuito de demonstrar que a decisão prolatada não se encontra pautada em eventuais casuísmos.

Tais parâmetros buscam efetuar a verificação da correção e a validade da argumentação utilizada, considerando o conjunto fático e normativo que envolvem o caso concreto tratado pelo magistrado.

Cuida-se, nesse caso, de proceder ao controle do exercício da ponderação através da averiguação do procedimento correto das etapas desta técnica decisória, as quais já foram referidas anteriormente, quais sejam, a preparação da ponderação, a realização desta e a reconstrução do sistema por meio dela.

Assim, o controle da racionalidade na argumentação jurídica envolve uma série de questões, muitas delas de elevada complexidade, como a seleção das normas aplicáveis e quais premissas devem prevalecer, além do exame dos fatos e da averiguação das consequências do ato decisório.

No ambiente da colisão, da ponderação e da argumentação, frequentemente não será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimação da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração lógica de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*.

Não é incomum a ocorrência de idas e vindas durante a tramitação processual, com reconsiderações e reformas dos pronunciamentos judiciais. (...) (BARROSO, 2013, p. 373)

No entanto, é visto na atualidade que muitas decisões carecem de objetividade e de fundamentação clara e suficiente, causando sérios problemas à segurança jurídica e levando por terra a confiabilidade no Poder Judiciário. Tal fato se dá com uma série de decisões judiciais que levantam a tese da ponderação sem que sejam demonstradas a necessidade de sua utilização, assim como os elementos em sopesamento, fazendo uso de tal argumento como um álibi retórico para as distorções mais variadas no sistema e perpetração de arbitrariedades.

Mencione-se ainda a crítica existente em parte da doutrina de que a racionalidade jurisdicional no Brasil pauta-se pela utilização de argumentos de autoridade nos casos considerados difíceis e pela pobreza argumentativa nos casos de fácil solução. Assim, afirma José Rodrigo Rodriguez que:

(...) Nos casos difíceis, ou seja, aqueles em que os tribunais ainda não têm uma opinião homogênea e que, portanto, geram debates entre os juízes, a estratégia é invocar tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz, considerado sempre como indivíduo e não como voz de uma instituição dotada de uma racionalidade própria.

A partir desta descrição geral, afirmo que a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais. A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento. As decisões colegiadas são decididas por votação sem que haja a redação de uma decisão oficial da corte. (...) (RODRIGUEZ, 2014, p. 62-63)

Denomina José Rodrigo Rodriguez (2014) que a jurisdição brasileira está moldada em uma “justiça opinativa”, cuja legitimidade está ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário ao invés de se pautar na racionalidade na forma de argumentação nos casos que são postos à atuação jurisdicional.

A invocação de argumentos de autoridade, que moldam a denominada justiça opinativa, não necessita de coerência e nem de um raciocínio lógico, uma vez que sua única função é a busca pelo convencimento dos destinatários. Na argumentação por

autoridade, quanto maior for o número destas, maior será a força do argumento, sendo considerada a posição correta aquela cujo maior número de pessoas concordarem.

Nesse sentido, argumentos de autoridade e a “justiça opinativa” devem ser evitados, procurando fortalecer um raciocínio lógico em busca de uma decisão mais transparente para a solução dos casos, especialmente daqueles que demandam um maior recurso hermenêutico dos operadores do direito, dando assim maior legitimidade ao Poder Judiciário e segurança nas decisões judiciais.

Dessa forma, destaca Eduardo Ribeiro Moreira que a argumentação jurídica passa a ser um critério de justiça imprescindível ao direito, pois

(...) revela-se o poder da argumentação em uma concepção do direito, voltada para a transformação e com preocupações de correção. O direito, para ser bem aferido, depende de certa efetividade, e o funcionamento dele com a argumentação traduzem a natureza da razão prática. A razão prática é empiricamente considerável por critérios de correção que, por sua vez, unem as normas aos juízos de valor obtidos pela intersubjetividade, após a análise dos indivíduos socialmente considerados. Sem tal consciência na formação do jurista, o direito pode escapar à realidade e a seus elementos de comunicação, e a argumentação pode ficar relegada a um segundo papel. (MOREIRA, 2014, p. 81)

Mencione-se, ainda, o posicionamento de Paulo Roberto Soares Mendonça, o qual afirma que:

Nos dias atuais, a mera aplicação mecânica de silogismos jurídicos demonstra uma incapacidade flagrante de proporcionar decisões legítimas. Um novo desafio surge para o juiz, a partir do momento em que ele deve tornar sua tese aceitável. Apesar de compatível com as normas jurídicas, a tese adotada pode eventualmente apresentar divergências com os valores predominantes naquele auditório. Em termos processuais, a motivação representa o mecanismo retórico, de que lança mão o juiz, com a finalidade de obter respaldo institucional para sua decisão. Não basta, porém, apenas uma motivação coerente para a decisão. Torna-se necessário que a mesma seja ao menos passível de compatibilização com os valores dominantes socialmente, sem o quê, é quase certa uma reação defensiva por parte da comunidade jurídica. (MENDONÇA, 2007, p. 140)

3.2. Participação popular e controle das decisões judiciais

Como constatado anteriormente, os julgamentos ocorridos no âmbito do Poder Judiciário assumiram importância central ante a gama de valores que este maneja e seus reflexos nas mais diversas áreas, especialmente em questões orçamentárias quando trata de controle de políticas públicas.

O alargamento da função jurisdicional também foi marcado em virtude da estrutura aberta das normas jurídicas e, aliada às novas realidades dos conflitos sociais, o que levou ao desenvolvimento de novas técnicas de decisão judicial, como é o caso do uso muito em voga da ponderação pelos Tribunais.

A técnica da ponderação, como visto, é um instrumental destinado a atribuir pesos distintos a elementos que se relacionam diante de um contexto fático e jurídico, aonde há colisões de normas de mesmo *status* hierárquico, ou a aplicação de normas jurídicas com múltiplas significações, caracterizando casos difíceis, nos quais não se mostra possível e nem adequada a utilização da técnica da subsunção.

Atualmente, uma das maiores preocupações quanto à aplicação da referida técnica decisória, se circunscreve ao modo de bem fundamentar as decisões, já que decisões mau fundamentadas são palcos para voluntarismos vários e arbitrariedades desmedidas.

Cite-se que no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 82.424-RS aonde se discutia os limites para o princípio da liberdade de expressão diante de publicação de livro que pregava o anti-semitismo, o Ministro Celso de Mello pontuou que:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic e nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina. (STF, HC n. 82.424-RS, Ministro Relator Moreira Alves, julgamento em 17.09.2003)

Há, por parte da doutrina, uma busca incessante de critérios que possam auxiliar a utilização da ponderação, mediante um sopesamento de forma racional, sendo um deles o esclarecimento dos pressupostos através da argumentação, visto no tópico anterior, assim como a busca por um tratamento de acordo com as especificidades de cada direito fundamental, considerado em seu aspecto material, levado este em conta no balanceamento, e o desenvolvimento de controles efetivos exercidos pela sociedade.

O sopesamento de direitos fundamentais, considerando as particularidades e a especificidade de cada um deles, possibilita a busca de uma solução de acordo com os bens jurídicos e valores em conflito, o que proporciona uma maior gama de critérios para a resolução das colisões entre os direitos fundamentais através da análise de suas características próprias.

Outro ponto de destaque é a criação de mecanismos que possibilitariam a participação da sociedade no controle de certos atos judiciais, uma vez que estes viabilizariam parâmetros e critérios para a aferição de como foi procedida a argumentação jurídica em dado caso e a justificação do que levou de fato àquele tipo de decisão judicial, dando uma maior clareza aos argumentos considerados no julgado e valorizando os escopos sociais do processo.

Assim, a sociedade poderia dispor de instrumentos que lhe possibilitariam efetuar análises, debates e eventuais críticas às decisões judiciais, controlando aquelas que são arbitrárias e subjetivistas.

Desta feita, afirma Paulo Gustavo Gonet Branco que:

Participação e controle popular são aspectos ínsitos a uma convivência política numa comunidade que proclama que o poder é exercido pelo povo ou em seu nome. Tornando a Kavanagh, “a intrínseca importância da participação está contida (ao menos em parte) na dignidade de ser incluído nas decisões políticas e no concomitante insulto de ser excluído”. A abertura das cortes constitucionais ao compartilhamento de razões por interessados nas deliberações públicas confirma em cada sujeito a igual dignidade de membro da comunidade. (...)

Decerto que enfatizar a importância da participação de interessados não-oficiais no processo de deliberação não significa transformar o processo de deliberação da jurisdição constitucional num sufrágio popular, disputado por teses conflitantes. A decisão deve continuar a ser confiada a uma magistratura imparcial, pré-constituída, merecedora, pelas qualidades morais e profissionais dos seus

integrantes, da confiança da comunidade para resolver os conflitos que revestem a forma jurídico-constitucional. (BRANCO, 2009, p 212)

Um maior grau de participação, dentro de um ambiente democrático, dá um realce maior à legitimidade na tomada de decisões, além de conferir maior vitalidade ao sistema jurídico.

Nesse contexto, chegou a propor Peter Häberle um alargamento da comunidade de intérpretes da Constituição para além dos juízes e das partes num processo judicial, porém não menosprezando a atividade dos intérpretes oficiais da Constituição, destacando que a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos os cidadãos. Assim, pelo conceito amplo de hermenêutica, Peter Häberle afirma que:

Cidadão e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (...). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 14-15)

Desse modo, deve ser assegurado que o direito, especialmente o recurso da a interpretação dos preceitos constitucionais, seja parte de um direito de participação democrática, mesmo em ainda detento os magistrados e os Tribunais o poder da “última palavra”, uma vez que a perpetuação de interpretações referentes a valores constitucionais e direitos fundamentais acarretarão influências várias nas vidas de inúmeros cidadãos.

Desse modo, devem ser ampliadas e aperfeiçoadas as formas de participação popular, as quais suprirão um déficit de legitimidade democrática, podendo a sociedade acompanhar e influenciar na condução dos atos judiciais.

Assim, instrumentos como audiências públicas e a participação de *amicus curiae* devem ser reforçados, pois promovem que os Tribunais exarquem decisões racionalmente fundadas e passíveis de controle por terceiros, cujos argumentos e informações que possam ser trazidos para discussão, devem ser efetivamente ponderados pelo julgador, o qual deverá expor o sopesamento através de uma fundamentação adequada.

3.3. Fundamentação dos atos decisórios, ponderação e novo Código de Processo Civil

Como destacado, quando do uso da ponderação, o ato de bem fundamentar as decisões judiciais mostra-se de importância central, tanto para sua controlabilidade, como também para sua legitimidade.

A necessidade de bem fundamentar os juízos decisórios serve, ao mesmo tempo, como uma limitação ao julgador, que não pode justificar sua atividade com casuísmos, e sim com preceitos extraídos do ordenamento jurídico, assim como também funciona como um instrumento para que sejam asseguradas a racionalidade, segurança e, uma vez mais, a legitimidade no sistema democrático.

Assim, uma decisão justificada é aquela que provém de um raciocínio lógico, que respeite as regras da argumentação jurídica e, o mais importante, que além de respeitar, também esteja lastreada nas normas constantes do sistema jurídico.

Oscar Vilhena Viera afirma que:

(...) o ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-decisória é a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão. (...) Mais do que um controle interno, onde o juiz reflete sobre as suas razões para decidir, a motivação permite a crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão e à consequente possibilidade de reavaliação do decidido. (VIEIRA, 1999, p. 238)

No uso da ponderação, uma decisão judicial bem fundamentada deve, necessariamente, estabelecer os juízos de peso entre as normas e valores em conflito, limitando, ou mesmo eliminando, juízos subjetivos e eventuais arbitrariedades que prejudicam a racionalidade da argumentação e os pilares do Estado de Direito.

As decisões exaradas com fulcro na técnica da ponderação devem ser aptas à universalidade, vale dizer, que em casos análogos o mesmo raciocínio que delas emanou possa ser reproduzido, criando assim expectativas jurídicas e maior segurança aos jurisdicionados, além da perpetuação do princípio da igualdade e não discriminação na aplicação da lei.

Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que:

A fundamentação, de resto, não pode deixar de ser o resultado de uma comunicação do agente que delibera com a coletividade, isto é, com os demais intérpretes, oficiais ou não, da Constituição. Não pode ser uma atividade de solipsismo, em que o juiz, por meio de um *fiat*, diz o direito, ao invés de construí-lo, a partir de um diálogo sincero e aberto, em que o aplicador se reconhece guiado por pré-compreensões, mas se esforça por cotejá-las com as razões que lhe são trazidas, no empenho por alcançar uma deliberação pretendidamente justa e correta.

Para conceber a fundamentação adequada, o tribunal há de considerar se a decisão que toma é consistente com a jurisprudência consolidada. Ponderações cristalizadas trazem consigo a presunção de aquiescência dos Poderes Públicos e da sociedade, que não a desautorizaram pelos meios políticos disponíveis. (BRANCO, 2009, p. 241)

A motivação é, portanto, imprescindível, pois mediante ela será viabilizado o controle democrático dos atos judiciais. É, portanto, a motivação uma característica extraprocessual, uma vez que não diz respeito a uma eventual viabilização de argumentação contrária na instância superior, antes disso, a motivação também passa a desempenhar uma função política, ainda mais quando se trata das Cortes Constitucionais.

Assim, a motivação, além de deter o caráter da universalidade, deve também apresentar os elementos da publicidade e da inteligibilidade, sob pena de ser declarada sua nulidade.

Acrescente-se que, em se tratando de decisão envolvendo casos difíceis, não basta apenas traçar uma estrutura lógica do raciocínio jurídico desenvolvido, a qual cinge-se na justificação interna, isto é, aonde o magistrado apresenta a premissa normativa, a qual de acordo com a situação de fato, irá justificar a decisão tomada.

Com isso, deve o magistrado também demonstrar a justificação externa, vale dizer, as próprias premissas do raciocínio jurídico demandam ser ponderadas, devendo então ser justificadas suas escolhas.

Nesse sentido, em atenção à justificação dos atos decisórios, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que:

A necessidade de justificar as premissas do raciocínio de aplicação do Direito, aceitando-se que também aí se desenrola um processo de ponderação, rasga a imagem idealizada de um juiz burocrata, que assepticamente inculca certezas objetivas e absolutas, por meio de operações mecânicas de dedução, excludentes de toda sorte de visão alternativa. Firmado ser indispensável que os juízos constitucionais se forrem de argumentos de justificação externa, o magistrado não poderá ver-se a si mesmo como alguém selecionado para a tarefa estritamente por sua capacidade técnica para extrair consequências forçosas de conceitos jurídicos predeterminados. O juiz constitucional não pode compreender-se a si mesmo como um funcionário, que não escolhe nem cria, e que não representa a sociedade, sob pena de se encobrirem as opções valorativas inevitavelmente ocorridas, mascarando-se a sua real responsabilidade. Assumir que se decide por ponderação implica maior responsabilidade argumentativa e favorece a participação e legitimação democrática.

Ao justificar as suas premissas o juiz reconhece que, em certos momentos, realiza opções valorativas, que devem ser expostas, em atividade para a qual a fórmula do peso de Alexy se apresenta como prestimosa. (BRANCO, 2009, p. 249)

Desse modo, a motivação das decisões, além de servir como instrumento de controle, ainda demonstram, quais foram os critérios de conclusão sobre a prevalência de um valor sobre outro, possibilitando assim uma contraposição entre os valores ponderados em juízo e aqueles selecionados nas normas pelo legislador.

Em suma, o exercício da ponderação deve estar em sintonia com os valores jurídicos dispersos na sociedade.

Assim, a motivação das decisões judiciais ganhou, com a Emenda Constitucional n. 45/2004 *status* de garantia constitucional, uma vez que encontra-se disciplinada no artigo 93, inciso IX, prescrevendo que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e todas as suas decisões fundamentadas, sob pena de nulidade.

Afirma Georges Abboud que:

Nessa perspectiva, as sentenças devem conter uma completa fundamentação; um *déficit* de fundamentação é, na realidade, um *déficit* de legitimação da atividade do Judiciário. No caso de decisões dos Tribunais Superiores, a obrigatoriedade de motivação adquire maior relevância, porquanto as cortes superiores, mormente a de índole constitucional, são os órgãos de fechamento do sistema jurídico, o Tribunal Constitucional é o porta-voz do pacto constitucional. Nas democracias pluralistas, a interpretação do texto constitucional significa, essencialmente, a exata determinação e declaração dos valores fundados no pluralismo, assim, entre eles ponderados e balanceados no Juízo da Corte. Desse modo, a motivação é constitucionalmente obrigatória, porque é por meio dela que o balanceamento e a evolução histórica da interpretação constitucional podem ser compreendidos. (ABBOUD, 2014, p. 354-355)

Com a publicação da Lei n. 13.105/2015, a qual instituiu o novo Código de Processo Civil, o recurso à ponderação não passou despercebido, pois, o artigo 489, §2º passou a prescrever que no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

O enunciado aprovado na Lei que instituiu o novo Código de Processo Civil sucedeu uma redação antiga, estando prevista no artigo 479, parágrafo único, do projeto de lei n. 8.046/2010, a qual era mais abrangente e de fácil compreensão, pois exigia que fossem averiguadas as peculiaridades de cada caso concreto, ao invés de fazer referência à expressão “premissas fáticas”. Dizia o texto substituído que assim determinava:

Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas. (Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 8.046/2010)

Deveriam então os magistrados, pela redação do projeto de lei acima exposto, demonstrar as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou os princípios que se encontravam colidentes, assim como quais foram as compreensões extraídas das normas abertas por meio de sua atividade interpretativa.

Além disso, acrescenta-se que o dispositivo que prevê expressamente o exercício da ponderação encontra-se submetido às exigências de fundamentação, tanto de nível constitucional como também infraconstitucional, uma vez que passa a ser não fundamentada a sentença que meramente: a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A ponderação é na atualidade inevitável e o legislador já antevendo seus usos cada vez mais constantes providenciou formas de incrementar e tornar expressos os meios de controle a sua utilização, não substituindo as etapas necessárias dos processos de interpretação e argumentação racionais.

No entanto, o legislador circunscreveu o uso da ponderação apenas de forma parcial, quando houver um conflito normativo, para que tal técnica seja aplicada, quando se sabe que seu uso pode ocorrer de formas variadas. Porém tal fato já se mostra de forma positiva quando por meio dele poderão ser evitados subjetivismo e arbitrariedades judiciais, afastando então práticas decisionistas.

Frise-se que o dispositivo do atual Código de Processo Civil, ao exigir que o julgador se atenha às premissas fáticas do caso concreto, objetiva evitar eventuais surpresas para as partes quando da criação da norma que será aplicada para a solução do litígio, sendo um reforço instrumental à garantia da motivação das decisões judiciais impondo aos magistrados justificações quanto ao afastamento de determinadas normas na análise dos casos.

Desse modo, a ponderação não pode vir a servir como supedâneo das etapas de interpretação, somente ensejando seu uso diante de situações concretas, especialmente nos casos difíceis, destacando que não haverá entre direitos de níveis hierárquicos

distintos, uma vez que tal técnica somente poderá ser utilizada diante de conflitos normativos de mesma hierárquica constitucional.

Ponderar por si só não significa, portanto, decidir de maneira legítima, visto que a legitimidade da decisão estará no raciocínio argumentativo que dará sustentação às razões que levaram ao uso da técnica da ponderação.

Nesse sentido, propugna-se, com a aplicação do preceito do novo diploma processual civil, assim como do uso de técnicas racionais de argumentação, o combate às decisões que utilizam a ponderação como álibi retórico, muito comum nos Tribunais, podendo ser elencados como exemplos os casos no Supremo Tribunal Federal contidos no HC 82.424-RS, aonde houve a aplicação da ponderação, porém os ministros que a utilizaram chegaram a conclusões opostas; o afastamento da regra constitucional que previa a intervenção federal no Estado na ação IF 2.915-SP, sob o argumento, em sede de ponderação, de que tal medida seria inadequada.

Assim, a ponderação deve ser utilizada com a prudência devida e apenas quando seu uso se mostrar necessário, ante a excepcionalidade da medida. A atividade interpretativa e o raciocínio jurídico envolvido por detrás da aplicação da técnica decisória deve estar bem desenvolvida, de forma clara, demonstrando as razões de seu uso e justificando a escolha da posição adotada para fins de controle pelas partes envolvidas e pela sociedade como um todo, que respeitem os atuais valores dispersos na sociedade e a unidade do sistema jurídico, promovendo então um fortalecimento do Estado Democrático de Direito mediante a aplicação de decisões mais justas e consentâneas com os anseios sociais.

3.4. Conclusões parciais

O uso da técnica de ponderação de normas e valores jurídicos deve seguir uma série de preceitos e parâmetros para que a atuação dos magistrados se mostre legítima, sem que com ela se causem indesejadas quebras no sistema jurídico e decisões sem respaldo nas normas contidas no ordenamento jurídico.

A ponderação deve ser utilizada como uma medida excepcional, já que demanda uma série de exercícios interpretativos e criativos por parte dos magistrados, os quais

devem justificar os motivos e as razões dos sopesamentos e das escolhas que fizeram para a solução dos litígios que demandem o uso da referida técnica.

Desse modo, o respeito aos parâmetros para o uso da ponderação e a motivação das decisões de forma clara promovem o controle dos atos exarados pelo Poder Judiciário tanto pelas partes interessadas como pelo corpo social, dado que uma de suas características é a universalização com a possibilidade de reprodução das escolhas visando soluções semelhantes para as mesmas situações de fato.

Assim, a racionalidade enquanto construção da argumentação judicial como justificativa do uso da ponderação se mostra necessária, uma vez que é a partir dela que serão processadas as formas de controle democrático dos atos do Poder Judiciário.

4. Conclusão

No decorrer dos capítulos anteriores buscou-se, em um primeiro momento, construir as bases teóricas para a análise da interpretação das normas jurídicas pelo Poder Judiciário, tendo, como ponto de partida, a análise e a evolução das normas jurídicas diante do desenvolvimento da Ciência do Direito.

Desse modo, foi necessária a averiguação da estrutura das normas no atual cenário jurídico, dando-se destaque para aqueles preceitos normativos de estrutura aberta, tais como as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, princípios normativos, os quais promovem uma reinserção de valores na ordem jurídica, proporcionando uma remoralização do Direito. Tais normas promovem uma perenidade ao sistema jurídico, uma vez que extraem os valores dispersos no sistema normativo, servindo de amparo para as decisões jurídicas que envolvem discussões de aspectos de grande relevância para a sociedade em geral.

A partir de tal análise, procedeu-se ao estudo das técnicas de interpretação e hermenêutica jurídicas para, posteriormente, dar destaque ao processo de criação judicial do Direito pelos Tribunais, o qual tem raízes na doutrina neoconstitucionalista através da prática do ativismo judicial.

Da criação judicial do Direito foi dado destaque a uma das práticas negativas e espúrias oriundas do ativismo judicial, qual seja, a proliferação do subjetivismo e decisionismo justiciais, pautados em voluntarismos e arbitrariedades várias, que dilapidam os alicerces do Estado Democrático de Direito, desrespeitando valores primordiais como a segurança jurídica e garantias do processo judicial.

Em um segundo momento passou-se a fazer a análise em torno de uma das técnicas mais utilizadas na atualidade para dar tratamento às questões difíceis postas a julgamento pelo Poder Judiciário, qual seja, a técnica da ponderação.

Através da ponderação de normas e valores jurídicos o Poder Judiciário demonstrou seu protagonismo e a tentativa de orientar os desígnios da sociedade, visto que passou a ser reconhecida uma participação cada vez mais ativa da função jurisdicional na definição de esquemas não apenas jurídicos, mas também políticos e

morais, muitas vezes diante de indesejáveis lacunas normativas ou mesmo insuficiência de tratamento por parte dos Poderes competentes para tanto.

A nova realidade desempenhada pelo Poder Judiciário, fruto da substituição do modelo juspositivista de subsunção dos fatos à norma, por um modelo racional e dedutivo, oriundo do neoconstitucionalismo, ocorreu em virtude das novas características das normas jurídicas, uma vez que o ordenamento jurídico encontra-se permeado por normas de texturas abertas, as quais são plurissignificativas, admitindo uma ampla gama de interpretações possíveis para uma mesma hipótese fática.

Assim a técnica da ponderação, medida excepcional para decisões judiciais nos casos difíceis, é adequada quando mais de uma norma, de mesma estatura hierárquica constitucional, pode ser aplicada para a solução dos mesmos fatos, assim como diante de normas de múltiplas significações valorativas, aonde existem várias premissas para a busca de uma solução para o caso. Desse modo, a técnica da ponderação fará as vezes nos casos em que a subsunção se mostrar insuficiente ou inadequada para o tratamento da espécie em conflito.

Os múltiplos elementos em debate na ponderação deverão ser considerados e sopesados, na medida de sua importância e relevância para o caso em concreto, possibilitando que o magistrado crie a norma específica para ele, porém sempre tendo em observância os valores contidos no sistema e a unidade do ordenamento jurídico, não promovendo quebras indesejadas e nem o desenvolvimento de raciocínios sem amparo em preceitos legais selecionados para dar resposta à questão.

Desse modo, a nova realidade de poder que os magistrados passaram a desempenhar é o reconhecimento de que a Constituição da República é o documento jurídico que funda e rege toda a comunidade jurídico-política, definindo valores e direitos fundamentais no sistema normativo, cujo núcleo maior de irradiação é a dignidade da pessoa humana.

A técnica da ponderação tornou-se, então, aspecto inexorável do Poder Judiciário da atualidade, ante a transferência velada de um papel político aos Tribunais para o alcance dos fins do Estado, garantia e preservação do bem estar social e tradução dos valores mais caros da sociedade.

Em uma sociedade plural uma série de valores colidem entre si diuturnamente, podendo gerar, inúmeras vezes, soluções inconciliáveis, as quais não podem se manter sob pena de desestabilização social. Os conflitos axiológicos devem ser enfrentados através de raciocínios lógicos e interpretações adequadas dos direitos e interesses em jogo, promovendo então a pacificação social com justiça e parcimônia.

Ao lado da ponderação restou necessário o estudo de outras técnicas, ou mesmo parâmetros para sua aplicação, quais sejam, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como norteadores de eventuais normas em conflito, estabelecendo suas especificidades e particularidades, uma vez que ambos são instrumentos para o uso mais adequado da técnica de sopesamento em voga na atualidade.

Ressaltou-se, então, que a ponderação atua como um critério de promoção da justiça, pois, proporciona um fortalecimento da igualdade social e, com o juízo ponderativo, assegura ajustes necessários no sistema jurídico, adequando-o aos atuais valores dispersos na sociedade, mantendo-o íntegro com o passar do tempo.

Em um outro momento foi procedida à análise dos meios de controle do juízo ponderativo, analisando algumas pautas que tornam tal procedimento decisório como um meio legítimo ao solucionar casos com justiça e, conseqüentemente, na busca pela pacificação social enquanto um dos escopos do processo civil moderno.

A argumentação jurídica, com padrões de racionalidade, mostrou-se de importância ímpar, uma vez que é através da construção de um raciocínio lógico e devidamente claro que se possibilitará o controle dos atos decisórios pelas partes envolvidas, por terceiros e pela sociedade como um todo, o que dá a tônica e porá em realce um dos ditames de uma sociedade democrática aonde todo o poder emana do povo mediante o controle dos atos dos poderes públicos.

A ênfase na necessidade de as decisões que se pautam em juízos ponderatórios se desenrolem sob os parâmetros da racionalidade é um dos requisitos primordiais para sua legitimidade, a qual deve levar em conta as premissas fáticas, o sistema jurídico como um todo e os valores mais caros para a sociedade estampados na Constituição da República por meio da adoção de um caráter principiológico.

Contudo, não se pode extrair diretamente da interpretação do texto constitucional a solução de problemas vários que permeiam a realidade social, os quais

se tornam cada vez mais evidentes e relevantes diante do ambiente democrático em que se encontra inserida uma sociedade pluralista, com uma série de valores distintos, muitos deles divergentes entre si.

Enquanto um fator de unidade político-jurídica, a Constituição da República, em uma sociedade democrática aberta, de caráter pluralista, não pode deixar de acolher e tutelar os valores mais elementares às aspirações e anseios dos diversos grupos de indivíduos que a compõem. Contudo, nenhum desses grupos, ou mesmo nenhum desses anseios ou interesses, podem ser desprezados ou relegados a segundo plano pela ordem jurídica, uma vez que o que se pretende é a consolidação de um Estado Democrático de Direito realmente efetivo.

A existência de normas de textura aberta, passíveis de incorporação de uma série de valores e anseios sociais, muitos deles competindo entre si, demonstra a necessidade de um esforço interpretativo permanente, assim como uma incessante justificação das medidas e raciocínios envolvidos no juízo de ponderação que tornaram possíveis certas opções e escolhas por parte dos magistrados incumbidos de análises dos casos concretos que lhe são submetidos. Nesse sentido, a metáfora do juiz Hércules, empreendida por Ronald Dworkin, mostra-se claramente pertinente.

O recurso a padrões de razoabilidade, proporcionalidade e ponderação de normas jurídicas presta-se a afastar do discurso jurídico argumentos de irracionalidade e casuísmos, porém, para tanto, requer do operador do direito que clarifique suas opções jurídicas e axiológicas, as quais deverão ser sustentadas por argumentos e elementos extraídos do próprio sistema jurídico.

Contudo, aponte-se que o juízo de ponderação não pode ser tido como a panacéia para soluções irretocáveis, visto que este procedimento não se encontra imune de possíveis valorações pessoais, tendo em vista que os magistrados não são meros autômatos, recebem influxos da sociedade no labor de suas atividades.

Assim, diante da possibilidade de certos influxos de índole subjetiva, devem ser dadas maiores ênfase aos métodos de justificação e exposição do processo de reflexão jurídica empreendida, aliado a uma maior abertura do procedimento de controle, seja para a contribuição com o debate, seja para eliminar possíveis arbitrariedades e discricionismos indesejáveis.

Destaque-se, ademais, que o estabelecimento das prioridades sociais é função precípua dos órgãos de representação democrática, cuja função não pode deles ser subtraída pelo Poder Judiciário, uma vez que aqueles se encontram mais próximos para descortinar os anseios populares, sendo eleitos para o atendimento de interesses de certas categorias mediante a criação de diplomas legais e normas específicas para situações peculiares.

Assim, as preferências dos julgadores não podem vir a substituir, nem ao menos desnaturar, as escolhas feitas pelo poder constituinte, originário ou derivado, ou mesmo aquelas realizadas pelo legislador infraconstitucional, já que são estes eleitos sob o manto da representação popular.

Em suma, as escolhas prévias realizadas pelas funções estatais representativas e eleitas pelo voto popular atuam como limites ao juízo criativo e ponderativo do Poder Judiciário, demandando maior vigor na exposição dos argumentos jurídicos e uma motivação clara e fundamentada das etapas de ponderação.

Isto posto, a falta de legitimidade enquanto representatividade democrática do Poder Judiciário deverá ser contornada pela controlabilidade de suas opções normativo-axiológicas na prolação de seus atos decisórios quando envolverem o recurso ao juízo de ponderação, possibilitando a averiguação da sintonia de suas decisões com o sistema jurídico vigente.

Assim, foi visto que no juízo de ponderação devem ser identificados quais são os princípios, os valores e os interesses jurídicos postos em cotejo, explicitando quais são os bens envolvidos, as vantagens e desvantagens que pairam sobre o conflito. Desse modo há necessidade da indicação do complexo normativo selecionado para o tratamento do caso concreto, mediante o esclarecimento dos objetos e normas sobre as quais incidirá o juízo ponderativo, a posterior fundamentação da conexão estabelecida entre estes elementos e qual a relação de primazia entre eles, culminando na aplicação da ponderação com vistas a uma correção sistemática ao criar um raciocínio jurídico passível de universalização e extensão para os demais casos similares que poderão vir a surgir.

O resultado da ponderação há de se pautar numa fórmula que possibilite sua universalização, como medida de correção do sistema, podendo então ser ela extensível para outras situações análogas, criando assim padrões de igualdade e justiça.

Nesse sentido, a técnica da ponderação como método judicial de resolução de conflitos normativos e axiológicos não pode ser visualizada sem que leve em conta o contexto de desenvolvimento das estruturas normativas por que passou a Dogmática Jurídica e a incessante busca por novos modelos interpretativos que atendam as exigências de respostas mais justas e consentâneas com o sistema normativo.

Ainda, a exigência de novas técnicas decisórias também foi auxiliada ante a elevada crise nos sistemas democráticos representativos, o que colocou o Poder Judiciário enquanto protagonista de muitas questões pertinentes para a sociedade, expandindo o núcleo essencial de sua função judicial.

A adoção de decisões jurídicas sem qualquer lastro normativo, ou com uma argumentação vacilante, no intuito de traduzir valores ético-morais do sistema pode levar ao enfraquecimento, à insegurança, e à quebra de unidade do ordenamento jurídico, investindo o próprio Poder Judiciário de uma atividade constante de criação e construção normativas, sem que, antes disso, haja participação ampla da sociedade essencial para o respeito do regime democrático.

O enfrentamento ao decisionismo e ao subjetivismo das práticas judiciais, as quais resultam em arbitrariedades desmedidas, deve ser alvo de combate diuturnamente mediante o apuro do discurso e da motivação das decisões judiciais, sendo esta uma garantia constitucional tanto para os indivíduos envolvidos como também para o respeito às estruturas do Estado Democrático de Direito, ocorrendo, daí sua legitimidade.

A redução do uso da ponderação a casos em que ela se mostre realmente indispensável atua em prol da segurança jurídica das relações, o que se dará se forem observados os parâmetros para o uso desta técnica decisória, evitando seu manejo como forma de exteriorização de opiniões desconectadas ou como um mero álibi retórico nos embates dos Tribunais.

A atenção necessária que deve ser legada à racionalidade jurídica é condição precípua para o uso harmônico da ponderação e, aliada ao respeito às determinações

constitucionais e infraconstitucionais de bem motivar as decisões judiciais, levará ao atendimento dos escopos do processo jurisdicional e das finalidades do Estado Democrático de Direito.

Há necessidade, para um uso mais adequado da técnica decisória da ponderação, de serem feitos certos ajustes no exercício da atividade jurisdicional, evitando um esvaziamento democrático por práticas decisionistas, ampliando-se e estruturando novas formas de controle da atuação judicial. Acrescente-se ainda, como forma de aprimoramento, o desenvolvimento de uma postura de autocontenção judicial por parte dos membros dos Tribunais, a fim de se evitar eventuais excessos na intervenção judicial, porém não ao ponto de um retorno ao passivismo judicial de antanho; o respeito às opções legislativas nas questões fundamentais para a sociedade, evitando influências indevidas, as quais podem causar sérios rompimentos nos programas estatais, principalmente aqueles que dizem respeito às políticas públicas; a intensificação das formas de participação popular nos casos de grande representatividade dos Tribunais e das Cortes, através dos *amici curiae* e audiências públicas, como meios de legitimação de decisões judiciais que envolvam questões relevantes para a sociedade; o desenvolvimento da qualidade e das técnicas de argumentação nos Tribunais, com a devida observância dos ônus e preceitos argumentativos; um maior reforço na justificação das razões que levaram ao juízo ponderativo e as opções escolhidas como mais adequadas para solucionar os conflitos existentes.

É possível concluir, portanto, que a técnica decisória da ponderação de princípios e valores jurídicos, além de inexorável na atualidade, é de grande valia para o sistema normativo e axiológico vigente, já que por meio dela conflitos de grande relevância para a sociedade podem ser solucionados, através de pautas racionais e dinâmicas, promovendo uma mobilidade no sistema e tornando-o cada vez mais adequado e apto a tratar a pluralidade de valores sociais que se encontram dispersos no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Referências

ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de ponderação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, jul.-set. 2014, p. 165-183.

AGRA, Walber de Moura; BRITO, Thays Oliveira de. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 17-33.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Ponderação, revisão constitucional e representação. **Interesse Público**, v. 14, n. 71, jan.-fev 2012, p. 15-27.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

ALMEIDA, Nádia Hellen Gaia de. Neoconstitucionalismo: o poder judiciário como agente de concretização das normas constitucionais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, v. 47, n. 93, jul.-dez. 2014, p. 57-72.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. **Revista de direito administrativo**, n. 267, set.-dez. 2014, p. 41-65.

ASSIS, Christiane Costa. Ponderação de direitos fundamentais: uma crítica discursiva. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 19, n. 34, ago. 2012, p. 31-39.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, n. 30, jul.-set. 2005, p. 10-12.

BARBOZA JUNIOR, José Cláudio Marques. O princípio da proporcionalidade como substrato do Estado de Direito. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 14, n. 71, nov.-dez. 2006, p. 274-286.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica Unijus**, Universidade de Uberaba (Uniupe), Uberaba, v. 11, n. 15, novembro 2008, p. 13-38.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BICCA, Carolina Scherer. O “ativismo judicial” no controle das políticas públicas. **Publicações da Escola da Advocacia Geral da União (AGU): Gestão pública democrática II**. Brasília: EAGU, n. 23, ano IV, dez 2012, p. 9-26.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Bauru: Edipro, 2011.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1, 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BUENO, Luciana de Oliveira. Juízo de ponderação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 21, n. 84, jul.-set. 2013, p. 137-152.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 14, n. 54, jan.-mar 2006, p. 76-107.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, jan.-dez, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Caloutres Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. Ed. Lisboa: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO, Juliana Brina Côrrea Lima de. Sobre os limites da argumentação jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos de Jürgen Habermas e Chantal Mouffe. **Revista de Direito Brasileira**, v. 2, n. 2, jan.-jun. 2012, p. 47-94.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 51, n. 202, abr.-jun. 2014, p. 159-179.

_____. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.) **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 107-125.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRUZ, Flávio Antônio da. Epistemologia, hermenêutica constitucional e proporcionalidade: um ensaio. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80-150.

CUTER, João Vergílio. Objetividade e interpretação. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91-102.

DANTAS, Raphael Levino. Teoria dos princípios e ponderação em Robert Alexy: posicionamentos na doutrina brasileira. **Revista de Direito Público**, v. 9, n. 51, maio-jun. 2013, p. 108-130.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 459-473.

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

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **The model of rules**. Yale Law School Faculty Scholarship: Facult Scholarship Series, p. 14-46, 1967. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1967-model-of-rules.pdf>>; Acesso em: 01.06.2016.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. Ed. Lisboa: Caloutes Gulbenkian, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **A ciência do direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 94, p. 12-21, 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>>; Acesso em: 25.12.2014.

_____. Direito, linguagem e interpretação. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103-118.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014.

FLORES, Carlos Arruda. Parâmetro para o controle judicial da discricionariedade. **Revista eletrônica direito e política**, v. 9, n. 1, jan-abr 2014, p. 382-406.

FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAIO, Daniel. A busca pela concordância prática e os limites ao “método da ponderação de bens constitucionais”. **Direitos fundamentais e justiça**, v. 6, n. 18, jan.-mar. 2012, p. 120-128.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamentos de seu tridimensionalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Rafael Barreto. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. **Revista dos Tribunais**, a. 98, v. 879, p. 62-98, jan. 2009.

GÈNY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit prive positif: essai critique**. Paris: A. Chevalier-Marescq & Cie, 1899.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista de Processo**, v. 31, n. 141, nov. 2006, p. 53-71.

GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 1, n. 3, out. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31083>>. Acesso em: 28.04.2016.

GUIMARÃES, Isaac Sabba. O problema do conflito de princípios e a proposta de solução de Alexy: aproximações epistêmicas e prático-jurídicas à máxima da proporcionalidade e a prisão cautelar. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 11, n. 19, jul.-dez. 2012, p. 193-224.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HALIS, Denis de Castro. A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 24, 2004, p. 32-66.

HECK, Luis Afonso (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IHERING, Rudolf. **A luta pelo Direito**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A proporcionalidade no Direito brasileiro: algumas reflexões. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 11, n. 40, jan.-mar. 2013, p. 89-107.

KLATT, Mathias. **Espaços no direito público**: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, 2004, p. 1441-1476.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiperracional?: a ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 58, out.-dez. 2014, p. 177-209.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Iberoamericana, 2002.

MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-43.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios. **Revista de Direito Administrativo**, n. 238, out-dez 2004, p. 43-56.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Bauru: Edipro, 2004.

MORAIS, Fausto Santos. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 19, n. 35, dez. 2012, p. 147-166.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Critérios de justiça**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOJIRI, Sérgio. **Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Daniela Fernandes. O princípio da proporcionalidade frente aos fenômenos civis pós-modernos. **Revista dos Tribunais**, v. 104, n. 952, fev 2015, p. 59-84.

OMMATI, José Emilio Medauar. O princípio da proporcionalidade e a Constituição como ordem concreta de valores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 58, jan.-mar. 2007, p. 109-128.

PENALVA, Janaína; *et al.* **Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal**. Relatório do Observatório da Justiça Brasileira. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/livro_judicializacao_d_o_direito_a_saude_-_saida.pdf>; Acesso em: 01.05.2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. Tese para o cargo de professor titular de Direito Constitucional da

Universidade de São Paulo – Universidade de São Paulo (USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria tridimensional do direito**: situação atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013.

ROSA, Viviane Lemes da. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas. **Revista de direito administrativo contemporâneo**, v. 2, n. 9, jun. 2014, p. 113-141.

SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011 (Ebook).

SAKO, Emília Simeao Albino; SILVA, Celismara Lima da. A aplicação do princípio da proporcionalidade na solução dos hard cases. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 832, fev. 2005, p. 52-66.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 173, 2007, p. 271-284.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Vírgilo Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Entre o neoconstitucionalismo e (pós)-positivismos: das influências da teoria neoconstitucional para as particularidades do caso brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, v. 46, n. 90, jan.-jun. 2013, p. 119-130.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena

Cortada. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119-152.

Supremo debate regras do SUS em audiência pública. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-06/stf-debate-audiencia-publica-regras-sus-fornecer-remedios>>; Acesso em: 26.04.2016.

TEUBNER, Günther. **Paradoxes and inconsistencies in the law.** Oxford: Hart, 2006.

_____. **Direito, sistema e policontextualidade.** Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

VEDOVELLO, Ana Paula Scudeler. **A interpretação do Direito: do estudo da linguagem à filosofia do direito embasada pela teoria tridimensionalista de Miguel Reale.** Campinas: Editora Servanda, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 8, 2008, p. 441-463.

ZUFELATO, Camilo. Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; *et al.* **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 101-123.

_____. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 309-331.