

## **A Hermenêutica e a Interpretação do Direito no Âmbito do Poder Discricionário do Juiz no Contexto do Ativismo Judicial<sup>1</sup>**

Artigo recebido em 25/07/2014

Revisado em 09/08/2014

Aceito para publicação em 17/08/2014

### ***Marlene Terezinha Iusten Nowak***

Professora e pesquisadoras do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM.

Mestre em Direito. E-mail: [marlene.nowak@uol.com.br](mailto:marlene.nowak@uol.com.br).

### ***Daniele Gomes de Moura***

Professora e pesquisadoras do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM.

### ***Cecília Almeida de Lima***

Discente e pesquisadora do Curso de Direito do do Centro Universitário de Barra Mansa. - UBM.

### ***Jordana da Silva Soares***

Discente e pesquisadora do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM.

### **Resumo**

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, passou-se de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, preocupado com a concretização de direitos, como igualdade e justiça social, e, ainda, com a garantia de direitos fundamentais. Neste contexto, este artigo visa abordar como a hermenêutica e a aplicação do direito são entendidas no âmbito do poder discricionário do juiz realiza inúmeras mudanças no modelo constitucional brasileiro, o que se denomina ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Hermenêutica. Interpretação do direito.

---

<sup>1</sup> Esta pesquisa foi elaborada após discussões com os discentes do Grupo de Pesquisa de Hermenêutica do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM – que é orientado pelas professoras autoras do artigo apresentado, dentro do Programa de Pesquisa e Divulgação Científica do Curso de Direito – NUPED – cujo objetivo é o de estimular o estudo, a produção e a divulgação científica institucional do corpo de pesquisadores docente/discentes, observando as normas e procedimentos para o trabalho científico recomendadas pelas ABNT, CNPq e CAPES.

## ***Abstract***

In Brazil, from the Constitution of 1988, it went from an authoritarian state to a democratic rule of law, concerned with the realization of rights, such as equality and social justice, and also to guarantee fundamental rights. In this context, this article aims to address how hermeneutics and the application of law are understood within the discretion of the judge conducts numerous changes in the Brazilian constitutional model, which is called judicial activism.

**Keywords:** Judicial activism. Hermeneutics. Interpretation of the law.

**Sumário:** Introdução. 1 Hermenêutica e Interpretação do direito. 1.1 Evolução Histórica da Hermenêutica Jurídica. 1.1.1 Predomínio da Escola da Exegese no pensamento jurídico. 2 Desenvolvimento da Hermenêutica. 2.1 Técnicas interpretativas. 2.2 Críticas. 3 O poder discricionário do juiz no ativismo judicial. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, percebe-se o fenômeno do ativismo judicial como parte da ascensão institucional do Poder Judiciário e a permissão legislativa para que o fenômeno seja aceito como instituto jurídico.

Procurando livros sobre o tema, percebe-se a dificuldade em construir uma definição específica sobre o ativismo judicial. A certeza que se apresenta é que há dois vieses: (i) o viés finalístico onde há o compromisso com a expansão dos direitos individuais; e (ii) o viés comportamental no qual prevalece à visão pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional.

Neste contexto, justifica-se, a pesquisa, por força da importância em entender adequadamente o ativismo judicial e demonstrar o elo de conexão entre a hermenêutica e a interpretação do direito.

O objetivo geral da pesquisa é o de estudar a hermenêutica e a interpretação do direito no ativismo judicial. Os objetivos especiais são os de: (i) apresentar o histórico da hermenêutica e da interpretação do direito; e (ii) desenvolver as técnicas e críticas do tema; e (iii) compreender como o poder discricionário do juiz atua no ativismo judicial.

A metodologia de pesquisa empregada é a revisão de literatura com a leitura e análise dos autores mais representativos do tema.

## **1 Hermenêutica e Interpretação do direito**

### **1.1 Evolução Histórica da Hermenêutica Jurídica**

Percebe-se a presença da hermenêutica desde a antiguidade. Em Roma, por meio da figura dos pretores e jurisconsultos constata-se como acontecia a aplicação do direito. O estudo desenvolvia-se por meio da análise do caso concreto. A maneira como esta acontecia, a par dos fatores que envolviam a situação concreta, contribuíram na busca de uma técnica que lhes propiciasse a resolução dos conflitos ora existentes, e assim surgiram as primeiras práticas jurídicas, muitas vezes com caráter obrigatório. (CAMARGO, 2011, p.25).

A história mostra a importância da religião para a difusão da hermenêutica. Em primeiro plano surge a dificuldade de se interpretar com fidelidade a palavra de Deus por meio da leitura da bíblia e os ensinamentos relacionados ao Antigo e Novo Testamento. Dessa necessidade surge um modelo de interpretação facilitador para ampliar a compreensão dos textos sagrados o que dá origem à Teologia e ocasiona o caráter exegético da hermenêutica, também conhecida como zetética vem de *zetein*, que significa perquirir e a dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar -, conforme as palavras da autora:

Durante a Idade Média, a análise sistemática sobre a evidência da revelação divina deu origem à Teologia, e a hermenêutica assumiu aspecto exegético da correta interpretação dos textos sagrados, dando ensejo ao seu desenvolvimento no campo filológico. (CAMARGO, 2011, p.25)

Aspecto exegético ou zetéticas são, por exemplo, as investigações que tem como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. À medida, porém, que esse espaço é aberto, elas incorporam-se ao campo das investigações jurídicas, sob o nome de Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Psicologia Forense, História do Direito etc. Existem, ademais, investigações que se valem de métodos, técnicas e resultados daquelas disciplinas gerais, compondo, com investigações dogmáticas, outros âmbitos, como é o caso da Criminologia, da Penologia, da Teoria da Legislação etc. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 39-44).

No campo do direito a hermenêutica incorpora o método escolástico, a fim de justificar a crença em determinada doutrina e defendendo sua autoridade, como o Corpus Iuris Civilis e a Bíblia, dando origem ao surgimento da dogmática jurídica (CAMARGO, 2011, p. 27).

Paralelamente, o mesmo método foi aplicado no romantismo e no renascimento para recuperar obras literárias, buscando a fiel interpretação de seus textos ou que chegasse o mais próximo de seu original.

Interpretação e hermenêutica possuem o mesmo significado até este momento, contudo se desassocia a partir da necessidade de análises mais específicas como esclarece Margarida Maria Lacombe Camargo:

[...] É com o movimento da Ilustração e o pensamento científico moderno que interpretação e hermenêutica deixam de significar a mesma coisa. A hermenêutica passa, então, a se comportar como ciência preocupando-se com as técnicas próprias do fazer interpretativo. E ao investir na questão do método, a hermenêutica ganha particular importância para a filosofia e para a teoria do conhecimento [...] e é apenas com a fenomenologia desenvolvida por Husserl e Heidegger que ela passa a ser vista como *compreensão*, revelando-se na consciência do próprio ser. (2011: p.).

Para Pablo Jiménez Serrano o campo de ação da hermenêutica e da interpretação, apresenta nítidas diferenças, a “interpretação é o processo pelo qual se determina o sentido e alcance da norma ao ser identificada com uma relação jurídica”, ao passo que “hermenêutica é parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e sistematização dos processos interpretativos” (2002, p. 21).

O estudo da teoria da interpretação do direito direciona o interprete para o busca do porquê das normas, a construção sistemática de sua existência, sua eficácia, visto que as normas são feitas voltadas para o interesse público e assim devem ser interpretadas. A interpretação procura:

*A voluntas legis, não a voluntas legislatoris* – escreve Ferrara; procura a vontade *actual* da lei, não a sua vontade no momento da aplicação: não se trata, pois, de uma vontade do passado, mas de uma vontade sempre presente enquanto a lei não cessa de vigorar. É dizer que a lei, uma vez formada, se destaca do legislador, ganhando consistência autônoma; e, mais que isso, torna-se entidade viva, que não apenas corpo inanimado, ou mero *facto* histórico “fechado e concluído”. (FERRARA, 1978, p.16).

Na lição de Francesco Ferrara verifica-se o alcance da norma, sua atualidade e autonomia após a sua aprovação e ingresso no mundo jurídico, bem assim o seu caráter generalista.

### **1.1.1 Predomínio da Escola da Exegese no pensamento jurídico.**

Para Camargo é “característico do impulso cientificista que prima pela certeza, a atividade do jurista deveria ser mais objetiva e neutra possível. Em nenhum momento o juiz deve colocar sua índole à mercê da interpretação da lei de forma a desconfigurar a verdadeira

“vontade do legislador”. E, dessa maneira, acredita-se na regeneração da Ciência do Direito (Civil) pela Escola Exegese.” (2011, 66-67).

Verifica-se, neste momento histórico uma enfática proteção à emissão da norma estritamente objetiva, impedindo qualquer interferência de seu emissor. O que dá causa a um abismo entre o juiz e a lei positivada, pois é fato que este necessita exercitar sua compreensão dos fatos sociais, logicamente respaldados no ordenamento jurídico, mas o seu limite criativo é a própria norma escrita, porém esta necessita ser atualizada ao momento de sua aplicação, devido ao desenvolvimento eminente da sociedade.

[...] interpretar uma lei implica desenvolver um processo onde se vinculam a razão, a sabedoria e a experiência ao conteúdo das relações jurídicas e das proposições prescritivas. (SERRANO, 2002, p.14).

Por conseguinte, cabendo a este esta tarefa necessária e autorizada no próprio códex.

As leis positivas são formuladas em termos gerais, fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para consegui-lo, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, 2011, p.01).

Este entendimento é expressamente claro no que diz respeito, a delicada e essencial tarefa do intérprete, que faz extensão da lei escrita, estática, emanada do legislativo, para alcançar seu destino final que é de resguardar direitos e deveres de uma sociedade pluralista.

A hermenêutica jurídica se constitui como uma técnica para a interpretação correta das leis, seguindo determinado sistema e regras já estabelecidas. (SERRANO, 2002, p.19) ou, para Carlos Maximiliano é por meio da hermenêutica jurídica que se desenvolve o processo de estudo e conhecimento das expressões do direito.

Camargo traz uma reflexão acerca dos perigos do domínio da Escola Exegética que propondo uma supremacia do legislativo, deixa o Direito em posição inferior, sob o domínio absoluto do Estado tornando-se veículo para emitir sua vontade.

## **2 Desenvolvimento da Hermenêutica**

Segundo Paulo Nader “interpretar o direito é revelar o sentido e o alcance de suas expressões. Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir sua finalidade; é por a

descoberto os valores consagrados pelo legislador, aquilo que teve por mira proteger”. (NADER, 2011, p.263).

O momento de aplicação da norma é um dos mais característicos do direito, positivo, é dizer além do que está escrito, é explicar o sentido que a norma possui e entender o que o legislador quis dizer no período de sua criação, é uma ação que necessita de conhecimentos técnicos, de “probidade” (honestidade de propósito, fidelidade do interprete a suas convicções e agir sem deixar se levar pelo interesse) de “serenidade” (tranquilidade espiritual) e principalmente de “equilíbrio” que vai garantir a firmeza da coerência. (NADER, 2011, p.262).

No entanto há questões que permeiam os hermeneutas, entre elas: o interprete tem que considerar a vontade da lei ou do legislador? Sobre tal pergunta surgem duas correntes doutrinarias que defendem a teoria subjetiva e a teoria objetiva. A primeira com origem na Escola Exegese defende a vontade do legislador, ou seja, a lei não poderia ser interpretada a não ser para descobrir qual era a real vontade do legislador, porém essa teoria foi criticada dando vez às ideias da teoria objetiva que por outro lado defende a vontade da lei. Com origem na Escola Histórica, que se caracterizava pela evolução do Direito, essa teoria busca um “querer social”, ou seja, um olhar para a lei e adequá-la a situação social conflitante.

A interpretação da norma exige alguns cuidados conforme Maria Helena Diniz “ao se interpretar uma norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir.” (DINIZ, 2010, p. 449), “ela reúne princípios e teoria que orientam o interprete na decodificação do Direito” (NADER, 2004, p.118). Para o mesmo autor interpretar “é alcançar o conhecimento de sua realidade, que pode estar expressa em palavras, desenhos, gráficos, sons, gestos, ações, sentimentos, dores, sorrisos, movimentos da natureza e ínfimas outras formas” (NADER, 2004, p.121).

## **2.1 Técnicas interpretativas**

Aplicadores do direito se valem de algumas técnicas da hermenêutica para interpretar as normas jurídicas são elas: a gramatical, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico. A interpretação gramatical, literal, semântica ou filosófica é a aquela feita na letra da lei, ou seja, analisar os sentidos das palavras, da síntese, da pontuação, origem etimológica e etc.

Para interpretar uma norma, evidentemente, de Direito escrito, algumas regras devem ser observadas e aplicadas não podendo o interprete delas se afastar. Maria Helena Diniz enumera algumas e que merecem registro.

(1ª) as palavras podem ter uma significação comum e uma técnica, caso em que se deve dar preferência ao sentido técnico; 2ª) deve ser considerada a colocação da norma, p.ex., uma disposição, incluída no capítulo sobre curatela está indicando que se destina a regular essa forma de incapacidade; 3ª) havendo antinomia entre o sentido gramatical e o lógico, este deve prevalecer; 4ª) o significado da palavra deve ser tomado em conexão com o da lei; 5ª) o termo deve ser interpretado em relação aos demais; e 6ª) havendo palavras com sentido diverso, cumpre ao interprete fixar-lhes o adequado ou o verdadeiro (DINIZ, 2010, p.456).

Já no processo sistemático “Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. A norma jurídica somente pode ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas pertinentes a determinada matéria.” (NADER, 2011, p.278). Duas palavras encontra-se em mente: unidade e harmonia. O ordenamento jurídico parece um emaranhado de normas e muitas vezes quando um juiz profere a sentença, ele não se atém a um único dispositivo, pelo contrario ele pode buscar fundamentar suas decisões com base em toda uma ordem jurídica. Situação assim definida por Maria Helena Diniz “Poder-se-á até dizer que o processo sistemático se trata de uma técnica de apresentação de atos normativos que o hermeneuta relaciona umas normas a outras até vislumbrar-lhes o sentido e o alcance.” (DINIZ, 2010:457).

A técnica interpretativa histórica basear-se-á nos motivos que levaram a edição da norma, suas origens, ou seja, as condições sociais, culturais, psicológicas que levou a criação da mesma. Porém como a norma é viva e sempre busca acompanhar a sociedade, renovando o direito, essa técnica pode também a vir ser chamada de evolutiva, pois acompanha as mudanças da sociedade fazendo com que a norma mesmo sendo criada em um contexto social diferente seja aplicada em questões atuais. Para Reale “uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como criança que se livra do ventre materno. Passa a ter vida própria, recebendo e mutuado influencias do meio ambiente, o que importa na transformação de seu significado.” (REALE, 2002, p.283).

O processo teleológico ou sociológico, toda lei quando criada por um legislador possui uma finalidade, nesse processo estudam-se o fim que a lei procura atingir. Contudo a “ideia do fim não é imutável” (NADER. 2011, p. 280), ou seja, o tal fim não é aquele que foi pensando pelo legislador, mas sim o que está implícito na mensagem da lei. O interprete deve fazer devidas interpretações para que se possa adequar os textos jurídicos a uma situação social atual. Assim podemos dizer que o processo teleológico visa adaptar a norma as novas exigências sociais.

## 2.2 Críticas

Para Savigny, “cada povo tem o seu próprio direito fundado em elementos culturais como a língua, os costumes e a religião.” (CAMARGO, 2011, p. 76). Estes são fatores suficientes para gerar um direito mais próximo da realidade... ( ) “ Pois, tal como as teorias organicistas o direito também não se apresenta como algo imutável, porque se desenvolve com o povo.” (CAMARGO, 2011, p.76).

Carlos Maximiliano assevera que, “a tendência racional para reduzir o juiz a uma função puramente automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos ao seu diagnóstico, tem sempre e por toda parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial”. (MAXIMILIANO, 2011, p. 39).

Diante da realidade exposta verifica-se que mesmo perante os impeditivos constantes, é natural do direito avançar em companhia do processo evolutivo social.

“O juiz, esse ente inominado, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional”. (CRUET, 1808:22). Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia-se dizer uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o Direito evoluir sob uma legislação imóvel.

Portanto, o direito não é imutável, restringindo-se a mera emissão, este toma vida ao pronunciamento do intérprete, sai dos textos estáticos para ganhar forma no mundo real. “É o ordenamento jurídico para Savigny, o direito vivo, que o legislador pode exprimir ou integrar, mas não criar arbitrariamente” (CAMARGO, 2011, p. 76).

Destarte, é provado que o direito não será criado de acordo com os desejos de um intérprete, somente irão atender as necessidades impostas pelo iminente processo evolutivo no âmbito social, e seguindo os limites do texto constitucional, logo não será criado à revelia, passando por cima do que foi editado pelo legislador.

O juiz é parte integrante nesse processo, pois, faz análise semelhante ao do legislador, ele não irá tomar como legítimo o costume; mas irá utilizar desse mecanismo para elaborar o Direito justo e que se enquadre a sociedade com efetividade, por consequência o juiz estará aplicando o mesmo princípio do legislador.

A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento”. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo, que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer – de dentro, por assim dizer –



primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria aplica a Constituição, deve conhecê-la, e igualmente o juiz, que aplica as leis, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estágio preparatório da sua função, [...] é simultâneo-não só no caso do legislador como também no do juiz. (2000; 81).

É nesse contexto, que Kelsen expõe sua discussão, a cerca da posição do jurista diante dos fatos que o circundam ante o momento da sentença, assim como o legislador, porém deixa claro que não encontra razão para que o juiz aprofunde-se nesses fatos.

A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas. Na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz um historiador ao estabelecer-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições com base na norma, enquanto, o direito para o comportamento "(FERRAZ JUNIOR, 2011: 221)".

Vê-se que Tércio diverge do pensamento kelseniano, nos seguintes termos: o jurista não deve somente conhecer o texto, como também estabelecer seu alcance atual, o direito é identificado e entendido. Para ambos os lados, tanto legislador quanto jurista deve tomar parte da interpretação doutrinária.

Camargo ressalta que em A Teoria Pura do Direito em seu prefácio encontra-se expressamente seu objetivo, no qual pretende elevar a jurisprudência a um ideal de cientificidade – objetividade e exatidão, de forma a purificá-la. (CAMARGO, 2011, p.105).

O Direito deve valer-se por si só, excluindo qualquer possibilidade de utilizar como recurso tudo quanto que lhe for estranho, tanto na sua criação, como na aplicação. É o direito absoluto, puro no sentido mais verdadeiro da palavra.

No entendimento de Sampaio, a obra de Kelsen no que se refere, a interpretar, é um ato quando realizado por órgãos não competentes torna-se um ato desvinculado, não tem caráter normativo. (FERRAZ JUNIOR, 2011). Contudo, não desconhece por completo que faz parte do ofício de juiz a necessidade de fundamentar sentenças em seus conhecimentos doutrinários.

O conceito kelseniano constrói uma hierarquia na qual o direito está no topo.

A norma positivada é aquela estabelecida por um poder competente como válida para determinada época e lugar. A juridicidade é, assim, atributo dado pelo criador da lei. [...] O fato é jurídico quando uma norma jurídica expressa. Dessa maneira, a norma empresta ao ato um significado jurídico (ou antijurídico). (CAMARGO, 2011, p.106).

A norma como editada deve ser aplicada como ela é, pela sua validade, através de seu nascimento por vias competentes. No qual existem apenas dois parâmetros, “ora lei avalia uma conduta como boa, ora como má”. (CAMARGO, 2011, p.106).

No entanto, Kelsen define a interpretação, segundo Margarida Camargo, como um processo mental que acompanha a aplicação do direito respeitando a ideia de pirâmide normativa, pois há um elo que compõe a ordem jurídica, no que se refere à determinação de vinculação da norma sobre um ato.

Logo, a função de interpretar deverá atender aos vários âmbitos de aplicação da norma: a concretização das leis ou dos atos administrativos em função de uma interpretação que se faça da Constituição, bem como a concretização da sentença judicial em função da norma que lhe serve de fundamento. Vale destacar o papel criador dos órgãos judiciais. Afinal, Kelsen reconhece a sentença judicial como norma jurídica individual, criada pelo juiz para disciplinar uma relação específica entre agentes determinados. (CAMARGO, 2011, p.112).

A Teoria Pura do Direito não tem amplo alcance hermenêutico, pois deixa à parte o movimento de compreensão e interpretação na aplicação do mesmo. “Esta teoria reconhece relativa indeterminação (intencional ou não) o ato que prescreve o direito. Quando intencional, se refere à discricionariedade que o próprio legislador reconhece como necessária ao aplicador da norma para que este atenda as circunstâncias de quando, onde e como a norma deverá ser aplicada” (CAMARGO, 2011).

É importante ressaltar que mesmo sendo Kelsen defensor do positivismo reconhece que é necessário, como se verifica, delegar certa discricionariedade ao juiz, pois ele avaliará as circunstâncias em que a norma estará sendo aplicada, situação também já prevista pelo legislador.

### **3 O poder discricionário do juiz no ativismo judicial**

Pode-se dizer que o ativismo judicial se caracteriza pela intromissão do poder judiciário na atuação dos demais poderes. Para Roberto Barroso, a ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Portanto, o ativismo judicial busca extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, a partir de enunciados vagos. (BARROSO, 2011).

Embora a Constituição Federal de 1988 complete Bodas de Prata neste ano, é a partir de 2005, que presenciamos com mais destaque a atuação do Poder Judiciário diante do vazio deixado ora pelo Poder Legislativo ora pelo Poder Executivo, quer pela não implementação

de políticas públicas exigidas pela sociedade, quer pela constitucionalização do direito que cobra uma ação mais efetiva na execução dos direitos fundamentais. Cobra um direito atualizado a ser entregue aos jurisdicionados.

O período que antecedeu a Constituição Federal de 1964 a 1983, aproximadamente, em nada contribuiu para que os poderes da República pudessem agir de forma harmônica. Sidney Guerra salienta que esta fase do Brasil foi marcada pela implantação da ditadura e da violência generalizada e aumentaram a revolta e distanciaram a população do significado de expressões como liberdade e dignidade, só reconquistadas normativamente mais de 20 anos depois, com a Constituição Federal de 1988 vigente até os dias de hoje (GUERRA, 2011:126).

O processo de redemocratização do Brasil pós período ditatorial tem sua afirmação na Constituição Federal de 1988, com o constituinte e o florescimento de direitos, uma nova cultura para a valorização.

Logo, é perceptível que, está intrínseco na atividade do juiz de interpretar e adequar o texto a realidade, dar-lhe vida em circunstâncias singulares. É inegável, portanto, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. (CAPPELLETTI, 1993:20).

O Estado Democrático de direito exige a implementação da constituição e conseqüentemente dos direitos fundamentais. Uma República federativa onde vigora o princípio da separação dos poderes, todos eles devem atuar para resguardar os interesses sociais. No Brasil a promulgação da Carta Constitucional de 1988, “tinha convicção de ser uma formulação perfeita dos ideais democráticos, especialmente da proteção dos direitos fundamentais” (FERREIRA FILHO, p 28), o que dá origem e legitimidade ao ativismo judicial é o regime democrático de direito.

Previamente a função do judiciário é dizer o direito, assegurar que a lei impere sobre todos os campos da sociedade. Com a Carta de 1988, responsável pelo papel desempenhado pelo judiciário atualmente, no qual lhe atribuiu ser o guardião e fiscal da sua legitimidade. Gerou um efeito perverso, nas palavras de Ferreira Filho, ocasionando o que chamamos de judicialização da política, tendo em vista que se tratava de um Poder “neutro”.

A polêmica esta, na “criatividade” do juiz, quais os limites interpostos à função jurisdicional. Como melhor nos esclarece Cappelletti, “Trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lacto sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente da criação do direito”. (CAPPELLETTI, 1992:13).

Seguindo com a orientação de Cappelletti, que trata este tema “como um reflexo da *expansão do estado* em todos os seus ramos, seja legislativo, executivo ou judiciário”. Para ele esta expansão representa o necessário contrapeso - “segundo entendo, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos”, do estado moderno (CAPPELLETTI, 1992:19). Portanto é um processo gradual e perfeitamente compreensível do mundo contemporâneo que se fortalece através do próprio desenvolvimento do poder legislativo em paralelo ao judiciário.

O fenômeno da judicialização da política é amplo, esta repercutindo em todo o mundo. Por isso também, é necessário buscar no direito comparado a base deste movimento nos países de civil Law e common Law. Tomemos o conceito de fonte formal do direito de Elival Ramos. “Fonte formal, é tudo aquilo que compreende o conjunto de atos a que o ordenamento jurídico atribui força normativa”.

O sistema de civil law como uma jurisprudência que se move dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros. Enquanto que, nos sistemas de common law, a jurisprudência ocupa posto principal de fonte, a decisão judicial também tem valor de precedente, o direito é criado a partir de casos julgados.

As leis são plenamente integradas no direito nos sistemas de common law, ocorre apenas que o seu alcance é determinado por decisões judiciais. Logo, em ambos os sistemas existe o direito como alicerce e parâmetro, as decisões são fundamentadas dentro dos limites permitidos pelo direito.

Com isto, o ativismo vem a ser ferramenta de evolução do sistema judiciário, um colaborador para que o direito possa atingir a todos com maior nível de igualdade, direito aplicado caso a caso, se aprimorando através da interpretação e criatividade do judiciário para expansão de uma sociedade inclusiva.

Para Elival Ramos, “ativismo proporciona a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao passivismo”, que guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ -, reconheceu por unanimidade a união estável entre casais homossexuais. A decisão implica em consequências jurídicas nos mais variados campos. Entram em debate o reconhecimento civil da união estável e os direitos trabalhistas e previdenciários; nas áreas

hereditária e tributária; àquelas principiológicas envolvendo o ativismo judicial e uma reflexão jusfilosófica sobre a decisão do Supremo.

A Constituição Federal possui como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, inciso III; tem como um de seus objetivos a ser alcançado o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme art. 4º, inciso II.

Para que os fundamentos constitucionais sejam alcançados, seguidamente acompanhamos posturas do Judiciário que se adiantam ao Poder Legislativo, que constantemente fica para trás e não edita normas que concretizem os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, uma vez que a nossa Constituição de 1988 é principiológica.

O que se tem agora é o reconhecimento de que homo e heterossexuais são capazes de constituir família e a todos são conferidos os mesmos direitos. Admite-se agora o casamento civil entre as pessoas do mesmo sexo. Se o Supremo, interprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a “homem e mulher”, no art. 226, §3º, da Constituição Federal, não exclui, da abrangência do instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo motivo, a referência a “homem e mulher”, no art. 1.514, do Código Civil, não pode ser interpretado com esta restrição, afirmada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O art. 226 da Constituição Federal de 1988 ao definir os modelos de família em nosso sistema brasileiro, reconheceu a união estável formada por um homem e uma mulher. Igual conceito foi recepcionado pelo Código Civil de 2002, art. 1.723 “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradora e estabelecida como o objetivo de constituição de família”, à semelhança da previsão contida na Lei 9.278 de 1996.

A decisão do STF, ante ao Poder Judiciário, modifica um dos requisitos da união estável objeto das normas citadas. Onde se lia “formada por um homem e uma mulher” ter-se-á de fazer uma leitura extensiva acrescentando “formada entre pessoas do mesmo sexo”. Os dispositivos permanecem com a redação de origem porque não houve mudança na constituição, como também, o art. 1723 do Código Civil. A interpretação tem origem em decisão judicial. Interpretação conforme a Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Uma das indagações que se propõe é encontrar respostas para o almejo do Poder Judiciário ao reconhecer juridicamente a união homoafetiva como entidade familiar. Pois, inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado família, recebendo todos eles a proteção especial do Estado (extraído do Recurso Especial n. 1.183.378- RS.( 2010/0036663-8) Relator Ministro Luis Felipe Salomão- Superior Tribunal de Justiça).

Extrai-se do referido acórdão ensinamentos sobre a participação ou omissão do Poder Legislativo no processo de inclusão social. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria mediante seus representantes eleitos, não poderia mesma “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma versão, nesse cenário, em regra o Poder Judiciário- e não o legislativo- que exerce um papel contramajoritário e protetivos de especialíssima importância exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais mas de todos.

Acrescenta mais a decisão e que vem ao encontro da prática necessária do ativismo judicial ou que o justifica em determinado momento da sociedade. Enquanto o Congresso Nacional, no caso do brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis (extraído do Recurso Especial n. 1.183.378- RS. (2010/0036663-8) Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Superior Tribunal de Justiça).

A decisão não muda a lei, mas dá interpretação diversa e alcança os anseios de um segmento das minorias colocado à margem da sociedade. O casamento historicamente considerado única forma de constituir família e, por vezes, distante dos consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, assume nova concepção constitucional:

Diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o

intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade (extraído do Op. Cit.. REsp n. 1.183.378- RS).

Porém, por que o Poder Legislativo não cumpriu seu papel? Estaria o povo brasileiro de acordo com o pensamento do Judiciário no que pertine ao reconhecimento da união estável homoafetiva ou de legislar no lugar do Congresso? Estaria o povo brasileiro de acordo com a visão distorcida da tripartição dos Poderes da República concedendo a quem não foi eleito, ou se foi, ocorreu apenas por uma pessoa o direito de se sobrepor e alterar norma constitucional porque o Legislativo deixou de cumprir com uma de suas funções? Estaria implantado o ativismo judicial? Qual a interpretação que o Judiciário tem feito sobre o tema? Por que os diversos tribunais do país julgavam de forma totalmente contrária à decisão do Supremo. O que mudou para que STF e os Tribunais dos países passassem a interpretar a norma constitucional conforme a decisão acolhida? Que elementos e qual a determinação do espírito e a finalidade da norma foi objeto de interpretação?

## **Conclusão**

Sucintamente, o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo. Logo, toda decisão judicial é realizada com o poder discricionário do juiz, existe real dificuldade em identificar quando a decisão é fruto de ativismo judicial ou quando não.

A sociedade exige que os Juízes apliquem aos novos casos que se apresentem princípios adequados para que cada pessoa receba uma sentença justa e equitativa segundo as normas aplicáveis.

Conseqüentemente, a característica principal para que o juiz atue com poder discricionário é a inércia dos Poderes: Legislativo e Executivo, em efetivar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Mais do que isso, a atuação do poder discricionário do juiz no ativismo judicial, ultrapassa o mero controle de constitucionalidade e realiza a função precípua do órgão jurisdicional, que é a de dar justiça a quem de direito, mesmo perante aos casos em que é possível mais de uma interpretação à norma ou haja colisão entre princípios constitucionais, bem como os casos em que não há precedente judicial.

A esse estilo de decisão judicial, respeitada a integridade da norma, denomina-se poder discricionário do juiz em criar direito para o caso concreto. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz, em vez de aplicar as normas do direito já

estabelecidos, cria direito novo e aplica o direito estabelecido que pode conferir ou restringir os seus poderes na criação do direito.

## **Referências**

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermeneutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e interpretação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa, Antiga Casa Bertrand – José Bastos & Ca. Livraria Editora, 1908.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabril Editor, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armenio Amado, 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995

GUERRA, Sidnei. **Estado, cidadania e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermeneutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. **As teorias de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva: 2002

SALOMÃO, Luis Felipe. Relator do Recurso Especial n. 1.183.378-RS (2010/0036663-8) Superior Tribunal de Justiça. DJe 01/02/2012



SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Interpretação jurídica**: o método lógico de interpretação do direito e suas normas. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.