

O papel criativo do juiz na legalidade civil-constitucional

The creative role of the magistrate in constitutional legality

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro*

Também os fragmentos do mundo só podem ser entendidos se se conhece o mundo ao qual pertencem. Portanto, in claris ou não, semper fit interpretatio. (PERLINGIERI, 2008, p. 269).

Resumo

O reconhecimento do papel criativo dos juízes é tema de profundas controvérsias no cenário jurídico atual, sobretudo em razão das tendências denominadas judicialização, ativismo judicial e neoconstitucionalismo. A necessidade de resguardar a segurança jurídica diante da atuação do magistrado impõe um rígido controle da justificação axiológica utilizada como fundamentação das decisões judiciais, o que se torna ainda mais imperioso diante dos problemas de linguagem que se desdobram na dicotomia casos fáceis x casos difíceis.

Palavras-chave: Papel criativo do juiz. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Casos difíceis.

Abstract

The recognition of the creative role of the magistrate is a theme of deep controversy in the current legal scenario, especially because of the tendencies denominated judicialization, judicial activism and neoconstitucionalism. The need to protect legal certainty against isolated judicial decisions impose a rigid control of the axiological justification used as decisions fundamentals, which turns

* Doutora em Direito Civil pela UERJ, mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Professora e Coordenadora Adjunta do Curso de Graduação em Direito PUC-Rio. Professora dos cursos de Pós-Graduação lato sensu da PUC-Rio e do curso de Direito Civil Constitucional do CEPED-UERJ. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil. E-mail: thamisdalsenter@gmail.com

that necessity even more imperative considering the language problems that unfold in the dichotomy easy cases x hard cases.

Keywords: *Creative role of the magistrate. Neoconstitucionalism. Judicial activism. Hard cases.*

1 Introdução

A expansão do Poder Judiciário no quadro institucional brasileiro é tema de profundas controvérsias sobre a legitimidade democrática da atuação criativa dos juízes e, naturalmente, sobre seus limites. As polêmicas sobre a questão se intensificaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o movimento de ascensão institucional do Poder Judiciário tornou-se consequência do giro paradigmático consagrado no texto constitucional (VIANNA, 2009, *passim*)¹, a partir do qual a própria função do Direito se transformou, deixando de ser essencialmente repressiva para se tornar efetivamente promocional.

Essa perspectiva promocional² atribuída ao Direito se desenvolve a partir da noção de que um ordenamento jurídico comprometido com os valores do pluralismo³ democrático, da dignidade humana e da solidariedade (BODIN DE MORAES, 2001, p. 169) social necessita de uma metodologia de interpretação e aplicação do Direito marcada, sobretudo, pela flexibilidade.

¹ Na realidade, como assenta Werneck Vianna (2009, *passim*), trata-se de fenômeno mundial mais antigo, que se desdobra tardiamente no Brasil e na América Latina em virtude, entre outros fatores, da juventude das democracias latinas. Assim, "nesse contexto, em que o direito e o Poder Judiciário já tinham ampliado sua presença na sociedade e na política, é que vai se instalar, ao longo dos anos 1970, a crise do *Welfare State*, cuja resposta radical se manifestou na emergência do neoliberalismo e suas intervenções no sentido de desregular o mercado e recriar a economia como dimensão autônoma".

² Para uma análise detalhada dessa transição funcional no direito, v. por todos: Bobbio (2007)

³ Uma análise aprofundada da questão pode ser encontrada em Cittadino (1999).

Nesse contexto, a abertura do Direito aos valores constitucionais se opera, principalmente, através do recurso aos princípios jurídicos. Pela própria natureza aberta e flexível, a aplicação dos princípios confere destaque ao papel do juiz, que através deles irá decidir e justificar a aplicação dos elementos axiológicos que melhor se adéquam a cada caso concreto analisado. Afirma-se, e não sem razão, que esse cenário de inspiração humanitária é de conteúdo incerto, ou seja, marcado por profundas reflexões divergentes acerca do alcance e dos limites que se colocam à atuação do Poder Judiciário.

Assim, uma renovada metodologia de interpretação e aplicação do Direito é decorrência direta da opção constituinte e deve se irradiar por toda a normativa infraconstitucional. De acordo com essa perspectiva, todos os campos do Direito, sejam públicos ou privados, devem ser impregnados de sentido constitucional. Por tal razão, o Direito Civil não ficou imune às transformações impostas pelo giro paradigmático, e tal tendência se reflete no marco teórico adotado para as análises aqui elaboradas, o Direito Civil-Constitucional.

De acordo com a metodologia civil-constitucional⁴, resta às normas de Direito Civil não somente o dever de não se contradizerem com as diretrizes normativas constitucionais; há antes uma tarefa positiva a ser empreendida, qual seja, uma interpretação que realize, no mais alto

⁴ As premissas da metodologia civil-constitucional são desenvolvidas pioneiramente nas obras de Pietro Perlingieri (2007; 2008). Entre nós, a metodologia foi expressamente assumida pela Escola de Pós-Graduação em Direito Civil da UERJ, pelo que é consentido remeter aos seguintes estudos paradigmáticos elaborados à luz da realidade brasileira. (BODIN DE MORAES, 2010; TEPEDINO, 2004).

grau, os ditames e princípios estabelecidos a partir da vontade popular soberana⁵, representada pela Assembleia Constituinte.⁶

Desse modo, o Direito Civil-Constitucional afasta-se do caráter restritivo da dogmática jurídica – construída segundo o ideal de categorias jurídicas atemporais e aculturais que sustentam o tecnicismo e o formalismo da concepção clássica – para contemplar a dimensão promocional que, como se afirmou, deve guiar todo o sistema jurídico.

De acordo com essa perspectiva, abandona-se a posição que tradicionalmente atribuía ao Código Civil o papel de Constituição do Direito privado,⁷ tratando de adequar os institutos clássicos às demandas de uma sociedade complexa e pluralista, em que as diferenças de ordem social, territorial e cultural impõem a instrumentalização dos conceitos jurídicos, estes considerados sob o prisma da relatividade e da historicidade. Em síntese, como afirma Gustavo Tepedino (2004, p. 13), trata-se de “buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua

⁵ O reconhecimento da força normativa da constituição e de sua eficácia direta sobre as relações privadas não ficou imune a objeções de naturezas diversas, agrupadas da seguinte maneira por Gustavo Tepedino (2004b, p. 169): (i) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social e, portanto, valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais traduziria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado; (ii) a baixa concretude dos princípios constitucionais, suscitaria exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes; (iii) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, desde o direito romano; e (iv) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais.

⁶ Com isso não se pretende defender que a normatividade das disposições constitucionais tenha a mera função de auxiliar na hermenêutica das leis inferiores. Como assevera Perlingieri (2008, p. 579), “[...] na realidade ela (norma constitucional) se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação. A expressão releitura, usada a propósito, não exprime uma subsidiária atividade interpretativa de normas e princípios de natureza ordinária e não se exaure na interpretação constitucional do objeto norma”.

⁷ Como afirma Tepedino (2004, p.7), “O Código Civil perde, assim, definitivamente o seu papel de Constituição do direito privado. os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional”.

axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”.

É nesse contexto de renovação metodológica do Direito privado que se busca entender a ascensão do Poder Judiciário. Para analisar o papel do juiz no cenário apresentado, é preciso localizar essa atuação em face dos fenômenos e acontecimentos sócio-políticos que consagram a mudança paradigmática aqui narrada. Enfim, é preciso explicitar também os contornos sócio-políticos que demandam postura mais ativa do magistrado. Assim, assume relevo a análise da judicialização e do ativismo judicial. A partir de uma breve incursão sobre esses pontos, compreendem-se com maior facilidade os caminhos trilhados pelo neoconstitucionalismo e a imposição de uma postura mais ativa do magistrado.

Finalmente, após apresentar as nuances que marcam a época de ascensão do Poder Judiciário, cumpre revelar os contornos de alguns dos principais problemas enfrentados no que se refere ao controle de legitimidade da atividade dos magistrados, percorrendo a questão das pré-compreensões do intérprete, dos problemas de linguagem e da dicotomia “casos fáceis x casos difíceis”.

2 Judicialização, ativismo judicial e neoconstitucionalismo

Contemporaneamente, os termos “neoconstitucionalismo”, “judicialização” e “ativismo judicial” estão sempre presentes nos debates relacionados ao problema da legitimidade democrática. Intrinsecamente ligados, esses fenômenos decorrem da centralização do Poder Judiciário e esbarram nos mesmos problemas relativos ao desempenho concreto da atividade jurisdicional e do controle de legitimidade dessa atuação. Daí porque a reflexão sobre o papel criativo dos juízes deve ser orientada pela compreensão crítica das três vertentes apontadas.

Analisada como fenômeno mundial, a judicialização é compreendida como a transferência de poder das instâncias políticas

tradicionais para as instituições judiciais. Sendo objeto de profundos estudos no campo da Sociologia e da Teoria Política⁸, o fenômeno em questão vem despertando crescente interesse dos estudiosos do campo jurídico, que se dedicam à investigação do papel criativo dos magistrados na legalidade constitucional e, consequentemente, do ativismo judicial. Como sustenta Barroso (2011, *on-line*), em apertada síntese:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Assim, analisada por muitos através de lentes pessimistas e por outros tantos com um otimismo quase ingênuo, a judicialização revela uma importante zona de indefinição, na qual a atividade de criação se aproxima da interpretação do Direito⁹. Daí porque é acompanhada de outro termo, de igual importância e influência, o ativismo judicial.

Enquanto a judicialização é um fenômeno social, um fato, o ativismo judicial, ao contrário, representa uma determinada postura diante dos casos concretos, pela qual se adota uma forma de interpretar a Constituição que seja capaz de otimizar o seu alcance e renovar constantemente o seu conteúdo. De modo geral, pode-se verificar a

⁸ Sobre o tema, ver, especialmente, Vianna (2002), Arantes (2002), Carvalho (2004) e ainda Vianna (1999).

⁹ Anote-se, inclusive, que uma das mais importantes causas que podem ser relacionadas ao desenvolvimento da judicialização é, precisamente, o enfraquecimento da política majoritária e consequente transferência, chamada de politização do jurídico. Assim, para evitar o desgaste da deliberação democrática em matérias de franco desacordo moral, deixa-se para o judiciário decidir a questão (como ocorre frequentemente com casos que envolvam valores contrapostos e frequentemente ligados a concepções religiosas, a exemplo do aborto, do casamento entre pessoas do mesmo sexo). O enfraquecimento da política se dá por fatores diversos que não cabem aqui ser elaborados, mas que podem ser consultados em: (VIANNA, 2002, *passim*).

seguinte proporção no quadro institucional democrático: quanto mais retraído o Poder Legislativo¹⁰, mais ativismo se pode encontrar no Poder Judiciário¹¹.

Em termos mais concretos, é possível atribuir ao modo ativista diferentes modalidades de condutas capazes de realizar o fenômeno jurídico em análise. Na esfera das mais relevantes, é possível destacar: a aplicação direta da Constituição, ainda que diante do silêncio do legislador ordinário, a flexibilização dos critérios utilizados para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos de origem legislativa e, por fim, a não menos importante tendência à determinação de condutas ao Poder Público, especialmente em relação à concretização das políticas públicas e prestação de direitos fundamentais sociais (BARROSO, 2011, *on-line*).

Não são poucas as críticas e desconfianças dirigidas à expansão do Poder Judiciário. Para Boaventura de Sousa Santos (1999), vive-se um momento de *governança neoliberal*, na qual as imposições de um Estado mínimo em termos de políticas sociais e de garantias da cidadania, implicarão crescimento ativo do Judiciário:

¹⁰ Em perspectiva diversa daquela que orienta o presente estudo, esse tipo de problema refletido no desequilíbrio da equação democrática, causado pela diminuição qualitativa de um poder e a consequente expansão do outro, é objeto de alerta de Jurgen Habermas (2004, p. 301). De acordo com a Teoria Procedimentalista da Justiça, “o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia pública e privada [...] só se pode assegurar a igualdade privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado”. Para alcançar esse equilíbrio entre a autonomia pública e a privada, Habermas sustenta a necessidade de participação nos processos de deliberação democrática - prática discursiva no âmbito legislativo; fiscalização popular da execução do orçamento; necessidade de controle da atuação administrativa: motivação. Tal se dá, necessariamente, através de sistema minimamente equilibrado entre os poderes, e não pelo reconhecimento de um potencial emancipatório pela via judicial.

¹¹ O oposto se concretizaria naquilo que Luis Roberto Barroso (2011, *online*) aponta como “*auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”.

Tudo isto exige um novo quadro jurídico e atribui aos tribunais um novo papel, bem mais central, enquanto garantes do comércio jurídico e instâncias de resolução de litígios. O marco político da contratualização social deve, pois, ceder o lugar ao marco jurídico e judicial da contratualização individual. Esta é uma das dimensões principais da judicialização da política. (SANTOS, 1999, p. 5).

É preciso ressaltar, no entanto, que o ativismo judicial, mesmo sendo alvo de críticas de naturezas diversas como as apresentadas acima, vem sendo reverenciado como forma de compensação das omissões dos demais órgãos do Poder Público e da possível “crise da separação de poderes”. Exemplo claro dessa realidade pode ser encontrado na chamada “judicialização sanitária”, vertente mais difundida de atuação ativista, segundo a qual as determinações judiciais vêm sendo tomadas como forma de organização dos recursos sanitários, e não raro provocam intenso conflito para o gestor público, que deve se posicionar diante da divergência entre a lei e a decisão judicial.

Antes da emergência da atuação judicial, a proteção da pessoa humana na seara administrativa ficava perdida diante do formalismo legalista que protegia o administrador público sob o manto da discricionariedade administrativa. Assim, esse retrato político-jurídico não é necessariamente negativo, visto que tem desempenhado na realidade brasileira papel de suma importância para suprir omissões dos demais poderes, a fim de assegurar e resguardar a dignidade da pessoa humana nas mais diversas esferas¹². No entanto, é preciso ponderar, como faz Claudio Pereira de S. Neto (2008, p. 540 e ss.),

¹² Não sem razão, a judicialização é retratada por muitos autores a partir de sua ligação direta com uma espécie de constitucionalismo da efetividade “[...] o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu-se ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais” (BARROSO, 2009a).

que: “a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das ‘condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada)”.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que para o equilíbrio democrático entre os poderes não se pode abrir mão das esferas que garantem às deliberações a saudável tensão entre as tendências majoritária e contramajoritária. Em termos simplificados, nem mesmo os simpatizantes mais enérgicos do ativismo judicial buscam a hegemonia do Poder Judiciário, daí porque a discreta medida apontada por Cláudio Pereira de S. Neto (2008, p. 540 e ss.) parece ser fundamental, e não só a respeito dos direitos sociais, para demarcar com relativa segurança a liberdade de atuação do magistrado e as hipóteses legítimas de intervenção.

Trata-se de buscar na competência epistemológica dos juízes as condições necessárias para o desenvolvimento da vida digna de acordo com as diretrizes constitucionais, mas é preciso, acima de tudo, frear o movimento segundo o qual o Poder Judiciário usurparia funções dos outros Poderes a fim de realizar políticas públicas. Em síntese, um Poder Judiciário promocional deve contar com juízes, e não justiceiros, pois o papel criativo do magistrado está inscrito na legalidade constitucional, e opera por força da renovação metodológica imposta pela Constituição, e não por manifestações arbitrárias.

É preciso acrescentar a esse cenário apresentado algumas reflexões sobre a plataforma teórica que permitiu o desenvolvimento das tendências judiciais apontadas acima. De difícil definição, o neoconstitucionalismo provavelmente não pode ser encerrado em conceitos fechados em virtude da multiplicidade de opiniões que fortalecem o debate sobre o tema. Diversos autores, de matizes jusfilosóficas e de filosofia política diferenciadas, lançam olhares próprios sobre a referida tendência jurídica, pelo que se pode afirmar que não existe:

Um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção clara e coesa, mas diversas visões sobre o

fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa. (SARMENTO, 2009a, p. 115).

Em oposição ao positivismo formalista¹³, calcado na lógica formal da subsunção e do silogismo, o neoconstitucionalismo¹⁴ se dedica, como aponta Daniel Sarmiento, “à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os casos difíceis do direito” (SARMENTO, 2009a, p. 119).

Os debates sobre o neoconstitucionalismo cresceram muito no contexto de ampliação da importância política do Poder Judiciário, em decorrência, sobretudo, do reconhecimento da força normativa da Constituição que se deu com as constituições europeias do 2º pós-guerra. Ao lado da normatividade, as cartas constitucionais assentaram compromissos axiológicos a fim de fixar novos padrões políticos e jurídicos, como a igualdade material, valores sociais dos mecanismos de desenvolvimento econômico¹⁵, o personalismo decorrente da dignidade da pessoa humana¹⁶, e, especialmente, uma noção de democracia substancial que colocou o Poder Judiciário no papel de destaque na concretização da tarefa promocional do Direito. A importância desse quadro é revelada de forma clara no pensamento de Pietro Perlingieri (2008a, p. 606), segundo o qual a

¹³ Acerca do formalismo, anota Noel Struchiner (2002, p. 133), que: “Os formalistas pretendem oferecer uma teoria do direito que privilegia a segurança jurídica e afasta a necessidade de exercício do poder discricionário pelos aplicadores do direito. Por isso enfatizam a plenitude hermética do direito, a rigidez dos termos gerais encontrados no direito e o papel do juiz de dizer o direito e não de criá-lo. O preço que os formalistas pagam por adotarem tal teoria sobre o direito é sustentar uma visão incompleta da realidade jurídica e que, além disso, sequer contribuiria para o funcionamento do direito, caso fosse verdadeira. A teoria formalista desconsidera a textura aberta da linguagem.”

¹⁴ Para uma análise crítica da questão, ver, especialmente, Duarte e Pozzolo (2006) e Ferrajoli (2003)

¹⁵ Cf. ADI 3512- ES. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 15/02/2006

¹⁶ Aprofundando o tema, v. Barcellos (2002), Bodin de Moraes (2006), Sarlet (2001) e Queiroz (2008).

ampliação da noção de direito positivo e sua abertura em direção a noções e valores não literalmente e explicitamente subsuntos nos textos jurídicos permite a superação da técnica de subsunção e, em uma concepção unitária de realidade, a apresentação da relação dialética e de integração fato-norma de forma mais realista.

Em outras palavras, enquanto o constitucionalismo tradicional que dominou a período entre as duas grandes guerras cumpria a tarefa de reprimir o poder estatal a fim de assegurar o vasto campo de desenvolvimento das potencialidades e liberdades privadas, o neoconstitucionalismo desenvolve suas premissas de acordo com uma perspectiva francamente positiva. Trata-se, sobretudo, do “afã de fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas” (SARMENTO, 2008c, p. 57).

No entanto, é preciso conservar o olhar crítico ao refletir sobre esse tripé que sustenta as novas linhas do desenho institucional brasileiro. Torna-se necessário, portanto, verificar algumas das principais objeções lançadas ao tema.

3 Legitimidade democrática e ascensão judicial: capacidade institucional, efeitos sistêmicos da decisão e elitização do debate público

A relevância cada vez maior do papel exercido pelo Poder Judiciário na democracia brasileira contemporânea é objeto de diversas ponderações, que englobam críticas e alertas de naturezas diversas, e vão desde a legitimidade dos juízes para atuar na ausência de regulamentação específica, até a elitização do debate público.

A primeira e mais comum de todas elas se dirige ao seguinte questionamento: de onde vem a legitimidade dos juízes para tomarem partido em questões que tradicionalmente cabem o campo da deliberação democrática, ou seja, ao Poder Legislativo? A base desse questionamento está na figura da eleição.

Os juízes assumem o papel formalmente legítimo de arbitrar em última instância a denominada razão pública (POGREBINSCHI, 2005, p. 449 e ss), sem passar pelo crivo do poder popular. Naturalmente, suas virtudes são verificadas objetivamente, através de seleção de provas e títulos que buscam verificar a capacidade do agente para responder institucionalmente pela atividade jurisdicional. Não há participação popular neste processo, daí porque não se poderia, em tese, permitir que os magistrados atuassem em questões de política pública, intrinsecamente ligadas à prestação jurisdicional de direitos inerentes à vida digna.

Ora, a esse respeito é importante salientar que a judicialização, enquanto fato social, o ativismo, como atitude jurisdicional, e o neoconstitucionalismo, como base teórica que permite a postura positiva do Direito, não atuam para esvaziar as instâncias tradicionais de definição de políticas públicas e diretrizes populares. Na verdade, trata-se de permitir o recurso a uma via alternativa quando da omissão ou fracasso das instâncias originariamente designadas para a resolução das questões que vêm sendo apreciadas pelo Poder Judiciário.

Recusar essa possibilidade como via alternativa significaria inviabilizar a efetivação de um sistema de equilíbrio democrático entre os próprios poderes, além de negar completamente o Direito como caminho emancipatório, como meio hábil à concretização dos valores assentados pela Constituição. Como ficariam as situações esmagadas ou esquecidas pelo jogo majoritário do campo deliberativo se não fosse permitido ao Poder Judiciário executar justamente a força contra a corrente, o poder contramajoritário. Assim, restringir a efetivação dos ditames da Constituição apenas ao Poder Legislativo seria inviabilizar o projeto neoconstitucionalista, realocando o Poder Judiciário numa postura negativa, própria do constitucionalismo de outrora.

Outro ponto que se coloca para evitar a transformação do Poder Judiciário em instância hegemônica é encontrado em “duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos” (BARROSO, 2011, *on-line*). A capacidade

institucional está ligada à verificação do potencial que cada Poder apresenta para proferir a decisão mais adequada em cada matéria, o que envolve, necessariamente determinados conhecimentos de cunho técnico ou científico que não são comumente de domínio do magistrado. No entanto, não se trata de problema exclusivo do Poder Judiciário, pois qualquer dos Poderes em sua esfera de atuação encontrará obstáculos dessa natureza, ou seja, a falta de informação ou conhecimento específico sobre determinado tema.¹⁷

Os efeitos sistêmicos são explicados por Barroso (2011, *on-line*) como o risco de consequências que, além de indesejadas, não podem ser previstas. Desse risco imprevisível decorre a recomendação de uma postura de maior cautela por parte do Poder Judiciário. Diante disso, o juiz “ normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (BARROSO, 2011, *on-line*). Essa é uma das objeções mais consistentes, tendo em vista que não se reputa ao juiz politizar as suas análises, assumindo cautelas próprias das tomadas de decisão do campo político.

Outra questão que se coloca é a elitização do debate público, tendo em vista o próprio perfil da magistratura e a natureza da linguagem jurídica, além da burocracia do aparato judicial e do amplo desconhecimento de direitos caracteriza a cultura jurídica brasileira. Assim, não seria fácil para todas as camadas da população brasileira alcançar e penetrar na esfera judicial.

De fato, alguns desses argumentos acerca da limitação do debate convencem facilmente à primeira vista. No entanto, uma percepção mais

¹⁷ Por tal razão, não faltam instrumentos em sede de cada um dos Poderes para suprir as falhas inerentes à capacidade institucional, pelo que se verifica, por exemplo, a perícia técnica no campo Judiciário para auxiliar o intérprete na realização de julgamentos condizentes com as particularidades técnicas da demanda, do mesmo modo que as casas legislativas, assim como o Executivo, podem formar comissões a fim de aprofundar o conhecimento sobre determinada área, contando para isso com pessoas especializadas para fornecer pareceres técnicos.

aprofundada induz à conclusão diversa. A estrutura do Poder Judiciário é organizada por competências que refletem a distribuição de poder por práticas históricas, aquilo que será denominado por Pierre Bourdieu como *habitus*¹⁸. O *habitus* impõe o *ethos* social de determinado campo. Razão pela qual o poder judiciário seria demarcado por reiterações de práticas e rituais simbólicos que funcionam como a estrutura de sustentação do poder estabelecido.

Trata-se de um capital simbólico formado por uma série de caracteres subjetivos como história de vida familiar, laços sociais, visões de mundo que garante a reprodução do ideário dominante no interior do próprio poder judiciário. Sabe-se que o acesso à magistratura é diferenciado por questões estruturais cuja exploração não cabe nos limites deste estudo. No entanto, a elitização da magistratura não implica elitização do debate político. Explica-se: o perigo seria real caso fosse verificada a hegemonia do Poder Judiciário, questão essa afastada por qualquer simpatizante do tema que seja democraticamente comprometido com o equilíbrio de forças e representações populares.

Não havendo hegemonia, mas tão somente uma autenticidade do Poder Judiciário, especialmente necessária diante da já explicitada demanda de efetivação dos ditames constitucionais, parece lícito afirmar que as principais objeções apresentadas servem como alerta, muito mais do que como crítica. Não acontecem necessariamente, e muito menos decorrem diretamente do tripé analisado. No entanto, jamais podem ser esquecidas a fim de que se resguarde uma linha de equilíbrio entre a atuação de todos os Poderes na efetividade da Constituição.

4 Aspectos relevantes sobre o poder criativo do magistrado

A guiar a atividade do intérprete não deve ser a sua teimosa orientação subjetiva, mas, antes, o cumprimento de sua

¹⁸ Sobre o conceito de *habitus* e de sua relação com o *ethos* social no campo jurídico, ver Bourdieu (1989).

tarefa de respeitar e, com a própria ação, de realizar a legalidade constitucional (PERLINGIERI, 2008a, p.608).

Feita essa brevíssima contextualização do fenômeno do qual se destaca a preocupação deste estudo, qual seja, a atuação criativa do magistrado, torna-se imperioso avançar para uma análise focada não mais nas condições político-sociais que possibilitam a criatividade, mas sim na atuação concreta e nos elementos que influenciam esse agir dos juízes.

Essa análise é pautada pela lógica de uma metodologia da interpretação que se vale da abertura do Direito positivo aos princípios e valores jurídicos, de modo que o magistrado possa exercer um papel para além da mera pronúncia da lei. Deste modo, surgem diversas questões problemáticas acerca dos limites da atuação do juiz, dentre as quais as mais relevantes foram escolhidas como objeto de reflexão no presente estudo.

4.1 As pré-compreensões: responsabilidade do intérprete. Moralidade constitucional

Desde que os regimes constitucionais contemporâneos passaram a prestigiar a necessidade de que os juízes justificassem as suas decisões, o controle da atividade jurisdicional não mais se satisfaz com os fundamentos de autoridade formal e competência. A segurança jurídica relacionada ao processo de tomada de decisão passou a exigir do intérprete muito mais: seria preciso então recorrer aos fundamentos axiológicos legitimadores das decisões¹⁹.

Diante das razões expostas, como é possível alcançar no cenário de autenticidade do Poder Judiciário a medida certa do controle democrático para evitar que o método de interpretação mais flexível

¹⁹ No ordenamento brasileiro, ressalta-se a previsão do art. 93, IX, da Constituição, que determina que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]".

requerido pela abertura do Direito positivo aos valores humanitários se torne fonte geradora de arbitrariedade e, conseqüentemente, insegurança jurídica? Em termos mais precisos, diante do imperativo que determina ao intérprete um procedimento de justificação axiológica, indaga-se: quais são os valores que podem fundamentar a decisão judicial? Além disso, como as pré-compreensões podem ser tornar legitimamente controláveis pela atividade de justificação, a considerar o problemático caráter subjetivo que as envolve?

Em relação ao primeiro questionamento, cuida-se de um campo de inquietantes controvérsias. Superada, para os efeitos aqui pretendidos, a clássica separação positivista entre moral e Direito²⁰, resta muito debatido de que maneira o recurso aos valores morais pode ser operado seguramente de acordo com a legalidade constitucional. Assim, aproximam-se os problemas da produção normativa e as questões de aplicação do Direito. Tais questões se apresentam frente ao fato de que as constituições dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, como é o caso da brasileira, agregam em seus textos uma série de valores que repercutem diretamente no campo concreto de validade da produção normativa inferior.

Por conseguinte, nem todo valor moral compartilhado pela sociedade assumirá, necessariamente, o figurino de um valor juridicamente protegido. O conteúdo axiológico das proposições jurídicas deverá ser construído a partir de uma atividade hermenêutica que toma como norte o conteúdo constitucional que lhe é correlato. No sentido exposto, é sob os princípios²¹ constitucionais que se definem juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade. De acordo com Daniel Sarmiento (2008c, p. 59), é através deles que “se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores [...] tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição”.

²⁰ Evidentemente, a questão não é nem de longe um tema perto da superação. Ocorre aqui uma opção metodológica pela sua não abordagem, tendo em vista a natureza do estudo que ora se apresenta. No entanto, a questão pode ser aprofundada em: Bobbio (1995) e Dimoulis (2006).

²¹ Para a melhor compreensão da distinção entre princípios e regras, cf., entre outros: Ávila (2006); Alexy (2008); Dworkin (2002); Souza Neto (2006).

Assim é que os mandamentos civis que implicam considerações acerca de seu conteúdo valorativo só podem ser lidos adequadamente através das lentes constitucionais, com conteúdo revelado somente se interpretados de acordo com a moralidade constitucional²². Nesse sentido, cuida-se de valores compartilhados que ultrapassem limites setoriais, ou seja, que não expressem valores de uma moralidade privada, ainda que esta seja majoritária. Dito de outro modo, trata-se de uma moralidade constitucional considerada a partir dos imperativos de uma sociedade democrática e, sobretudo, pluralista.

Veja-se, por exemplo, a questão do machismo. Não se pode afirmar que no cenário brasileiro o machismo não represente um valor compartilhado pela maioria da população. O mesmo acontece com outras visões de mundo, como é o caso da intolerância às relações homoeróticas. Não parece equivocado afirmar que esses valores representem os olhares da maior parcela da população. No entanto, o fato de refletir um interesse majoritário não legitima nenhum valor a receber proteção constitucional, é preciso que as visões de mundo tenham reflexo axiológico no texto constitucional, a fim de que se confira a elas toda a sorte de proteção jurídica.

Quanto ao segundo questionamento, uma das principais referências teóricas sobre a questão das pré-compreensões, Gadamer (p. 393 apud CAMARGO, 2009, p. 361) fornece importantes elementos sobre a relação²³ que se estabelece entre os nossos sentidos e o assunto a ser compreendido, de modo que “compreender significa, primariamente, sentir-se compreendido na coisa, e secundariamente, destacar e compreender a opinião do outro. Assim, a primeira de todas

²² O termo é utilizado na defesa do positivismo inclusivo sustentado por Wilfrid Waluchow, no sentido de adequar o positivismo jurídico ao constitucionalismo contemporâneo. Ver, sobre o autor e seus argumentos, especialmente: *Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. XVIII, n. 2; *Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

²³ Acerca do tema, avança nas análises Gustavo Zagrebelsky (1995, p.131-153), estabelecendo postulados que informam o círculo interpretativo, principalmente a partir da perspectiva fato-norma e vinculação do intérprete.

as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter a ver com a coisa em questão”.

A problemática é inevitável, tendo em vista que não existe sujeito que se coloque em sociedade sem estabelecer um conteúdo mínimo de compreensões diversas sobre assuntos variados. Nesse sentido, considerando a necessidade de que o recurso aos valores no contexto de justificação judicial das decisões à luz do neoconstitucionalismo seja limitado ao texto constitucional, é possível controlar as pré-compreensões do intérprete?

A pergunta se torna ainda mais relevante diante de inúmeras decisões judiciais que demonstram que a abertura do Direito para os valores vem sendo operacionalizada pelos juízes de maneiras diversas, como se pode ver no trecho a seguir, de autoria do Ministro Marco Aurélio, em sede de Recurso Extraordinário:

[...] desde os meus primeiros dias no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possua. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. Concluindo pela harmonia entre o resultado mais equânime e a ordem jurídica estabelecida, consagra-a, e, com isto, concretiza a justiça na concepção mais ampla do termo. **Não encontrando apoio na dogmática, despreza a solução que lhe pareceu mais justa e atua segundo a vontade da lei.** (Grifou-se)²⁴.

²⁴ STF, 2ª T, RE 140.265-2, Rel. Min. Marco Aurélio, julg.: 20/10/1992. No mesmo sentido, STF, 2ª T., RE 111787, Rel. Min. Aldir Passarinho, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 16/04/1991. Interessante, ainda, transcrever parte da ementa que revela a questão posta: “Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la [...]”

A leitura da primeira fase, tão francamente declarada por um juiz, induz a um certo desconforto, ainda que teoricamente seja de conhecimento geral o recurso primeiro a pré-compreensões²⁵. Isso porque, se fixada apenas na primeira fase apresentada, a decisão judicial tornaria inalcançável qualquer pretensão de segurança jurídica, tendo em vista que, como alerta Gadamer (p. 393 apud CAMARGO, 2009, p. 361), “naturalmente o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado [...]”.

No entanto, a parte final do trecho analisado revela a forma com a qual o Ministro Marco Aurélio busca controlar as suas convicções e legitimamente aplicá-las quando e se elas se adequarem ao ordenamento jurídico, refletindo os ditames legais. Distancia-se, assim, da noção de arbitrariedade e insegurança jurídica que de fato podem surgir da simples constatação de que a primeira fase de formação da decisão judicial é extremamente subjetiva e externamente incontrolável²⁶. A esse respeito, Pietro Perlingieri (2008, p. 608) assevera:

A pré-compreensão não pode se tornar um preconceito e impedir, assim, uma plena compreensão do texto: ela não se resolve em um imotivado e pré-constituído preconceito subjetivo, desde que saiba conservar as suas prerrogativas de potencialidade aberta e de projeto dinâmico, que aceita

²⁵ A fim de tornar claro o conceito de pré-compreensão, recorre-se ao pensamento de Pietro Perlingieri (2008, p.607), que sistematiza as fases apresentadas pelo Ministro no trecho relatado da seguinte maneira: “[...] quem quer que tenha de resolver um problema, o faz a partir de uma hipótese que ele próprio formula. No procedimento interpretativo acontece alguma coisa semelhante e, todavia, mais complexa. Registram-se assunções originárias de sentido, ou seja, uma disposição inicial do intérprete a entender o texto de um certo modo: o sentido que o texto deverá comunicar é percebido de um determinado horizonte de expectativa (estamos dispostos a receber, a entender a mensagem de um certo modo), o qual influencia o ato de interpretação e o seu próprio resultado”.

²⁶ Não sem razão, pondera Manuel Atienza (2006, p. 23): “É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação”.

se medir, por um lado, com as dificuldades do texto jurídico e, de outro, com a especificidade de cada caso.

A passagem das pré-compreensões para o campo da decisão judicial deve ser pautada, então, por um processo lógico-axiológico. Este processo é orientado a partir dos seguintes fatores de verificação: adequação, proporcionalidade e razoabilidade (PERLINGIERI, 2008, p. 608).

Desse modo, torna-se imperioso constatar que lutar contra as pré-compreensões seria tarefa fadada ao fracasso. Se nenhum ser humano habita um vazio axiológico-cultural, seria absolutamente inócuo – além de indesejável – exigir do juiz uma neutralidade no processo de tomada de decisão (SARMENTO, 2009, p.13). Na realidade, a pré-compreensão²⁷ do magistrado desempenha papel fundamental para a realização do princípio da justiça desde que possa ser controlada, verificada e aplicada de acordo com o determinado pelo ordenamento jurídico, em especial os ditames constitucionais.

Unindo, portanto, os dois questionamentos iniciais, é possível afirmar que, no que se refere às pré-compreensões, o poder criativo do juiz não se converte necessariamente em decisionismo judicial. Para afastar arbitrariedades, segue-se a lógica segundo a qual os valores que informam a pré-compreensão do intérprete só poderão ser incorporados à decisão se for possível encontrar o correspondente axiológico na Constituição. Eis o controle efetivo do recurso à moralidade: garantir que a referência seja sempre, e obrigatoriamente, a moralidade constitucional.

Naturalmente, esse processo necessita de uma forte explicitação dos valores incorporados na decisão, a fim de que seja possível executar o controle externo da legitimidade das decisões judiciais através da verificação dos fundamentos apresentados e de sua conformidade, sobretudo, com a Constituição Federal de 1988. É lícito afirmar, diante

²⁷ Para aprofundar o tema das compreensões, ver também Pereira (2006).

do exposto, que a pré-compreensão é inevitável e desejável, mas se torna a porta de entrada do decisionismo se as razões que orientam o julgador não forem publicizadas, pelo que a motivação das decisões judiciais assume redobrada importância nesse contexto.

4.2 A questão dos casos fáceis e difíceis: problema de linguagem, reserva argumentativa

Com a formação do Estado Moderno, a lei expressa e clara sobre o caso concreto desempenhava um limite basicamente intransponível à atividade de interpretação. Como afirma Perlingieri (2008, p.611), “o *casus legis*, como o caso decidido pela lei, representava os confins da *interpretatio*, de modo que, quando a lei parecia *irrationabilis*, dizia-se *dura lex sed lex*.”

Daí a máxima que ainda hoje fundamenta a dicotomia casos fáceis x casos difíceis, a *in claris non fit interpretatio*, diante da qual a clareza do texto seria avaliada a priori, como se fosse possível apreender o sentido do texto de forma destacada do seu contexto. Diante da clareza, restaria a subsunção pura e simples. Ou seja, a partir da distinção entre *casus legis*²⁸ e *casus dubius*, seria legítimo sustentar a técnica da subsunção para os primeiros, reservando o esforço argumentativo somente para os “casos sem solução fácil” (PERLINGIERI, 2008, p. 614).

Acerca da configuração dos casos sem solução fácil, Barroso sustenta que o caso difícil pode ocorrer em virtude de três diferentes fatores: a colisão de normas constitucionais, o desacordo moral

²⁸ Acerca da questão, preleciona Perlingieri (2008, p. 615) que “outro pressuposto fundamental de tal enfoque é a separação em dois momentos – relevância da norma e sua aplicação – considerando-se inadmissível e puramente imaginária a circularidade entre norma e fato, possibilidade que foi aduzida, ao contrário, a favor de um procedimento único e global, no qual interpretação e aplicação representam aspectos de um mesmo fenômeno da individualização da normativa no caso concreto”.

razoável²⁹ e a ambiguidade da linguagem. A presença de um desses elementos seria o marco da dicotomia assim descrita pelo autor:

Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção. O proprietário de um imóvel urbano deve pagar imposto predial. A Constituição não permite ao Chefe do Executivo um terceiro mandato. Já os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma. Pode um artista, em nome do direito de privacidade, impedir a divulgação de sua biografia, escrita por um pesquisador? Pode o autor de uma ação de investigação de paternidade exigir que o indigitado pai se submeta coativamente a exame de DNA? (BARROSO, 2011, *on-line*).

Assim, dentre os fatores levantados por Barroso (2011, *on-line*) anteriormente, a questão da linguagem é o principal aspecto problemático na concepção de que é possível definir de antemão que existem casos cuja solução é fácil, em oposição aos demais casos cuja solução não se apresenta de forma tão elementar. O problema aqui parece residir na eleição equivocada das premissas: é a clareza do texto tomada como um *prius*, e não como um *posterius*. Isso porque, nessa lógica, a clareza se torna uma característica meramente linguística, e não propriamente o resultado de uma atividade interpretativa.

²⁹ O desacordo moral razoável seria decorrente da possibilidade de mais de um caminho legitimamente encontrado para a resolução de uma questão. Na realidade, o julgador poderia, a partir de premissas consideradas legítimas pelo ordenamento, chegar a mais de uma posição cabível para decidir a questão. O desacordo é fruto da adoção do pluralismo democrático assumido pela Constituição Federal de 1988. Grande parte dos desacordos morais razoáveis residem nos conflitos existenciais, como é o caso da transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Para aprofundar a questão, ver: KAUFMANN, R. F. M., Colisão de direitos fundamentais: direito a vida em oposição a liberdade religiosa; o caso dos pacientes testemunhas de jeová internados em hospitais públicos. *ESMAPE Notícias*, Recife, v. 6, n. 12, p. 18-21, 2006. E, também, SÁ, F. C. L., *A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová*. *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 3, n.1, p. 323-338, 2000. Disponível em: <<http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V3-N1.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

As palavras possuem significados diversificados. A preocupação com essa questão sempre existiu para os teóricos do positivismo de preocupações linguísticas, cujo principal expoente é Herbert Hart (1994, p. 148-149), para quem as imprecisões linguísticas serão denominadas como *textura aberta*, o que significa precisamente a ideia de que:

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.

Nos casos em que, de acordo com a lógica referente à textura aberta, a simples letra da norma seria suficiente para a sua aplicação concreta, Hart³⁰ sustenta a existência da denominada “zona clara de aplicação do Direito”. Em sentido diverso, quando a orientação fornecida pela norma não pode ser utilizada de forma direta, tem-se a chamada “zona de penumbra”. Parece evidente, portanto, que uma importante parcela dos problemas que envolvem os limites da atuação dos juízes está inscrita no universo das análises que dizem respeito à linguagem.

Entretanto, considerada unicamente como um problema de linguagem, a interpretação só voltaria seus olhos ao papel criativo do juiz quando da ocorrência do chamado caso difícil, até porque somente em tais circunstâncias seria possível o recurso a elementos que transcendem o texto normativo, como é a situação dos valores. Daí porque é preciso salientar que o caráter problemático das proposições linguísticas é indiscutivelmente uma questão que só pode ser resolvida numa perspectiva relacional e concreta: o texto sem o contexto não é claro nem obscuro, ainda não ganhou significado, ainda está vazio de

³⁰ A principal preocupação da teoria analítica desenvolvida por Hart (1994) é de delimitar “os contornos do Direito e de analisar seus conceitos através de um modelo teórico – contextualizado – de reflexão sobre o pensamento jurídicos com cuidados de *canho linguístico*”. (SGARBI, 2006, p. 1).

sentido – e por isso afirma-se que o poder criativo dos juízes é uma realidade presente em qualquer caso que se submeta à avaliação judicial.

Esse raciocínio é sustentado por Pietro Perlingieri (2008, p. 621), para quem “a clareza de uma disposição normativa é uma qualificação relativa, não tem um alcance absoluto”, e em função de tal constatação, claro será “aquele texto que, lido em conexão com outros, com os princípios relevantes na hipótese concreta, adquire significado normativo sem que seja necessário forçar abertamente a sua letra”.

Assim, nada impede que de fato haja uma disposição normativa que possa ser classificada como clara, mas essa clareza jamais será universal, sendo sempre relativa a um determinado caso, conclusão a que se chega após o processo de interpretação da proposição legal. Refuta-se, portanto, um significado natural das palavras, daí porque, sendo a clareza um *posterius*, como já afirmado, não há espaço para o processo mecânico de subsunção para os casos fáceis.

Dito de outra forma, se, como afirma Perlingieri (2008), o conhecimento do sentido não pode deixar de ser influenciado pelo procedimento segundo o qual o caso deve ser confrontado com todo o ordenamento jurídico, a aplicação de determinada proposição normativa ao caso concreto jamais deve ser resultado da subsunção³¹.

Nessa ordem de ideias, até mesmo quando o intérprete chega à conclusão da relativa clareza de determinada norma, o faz, ou pelo menos é o que deve fazer, por via de um processo sistemático-axiológico, e não subsuntivo. Isso porque, como assenta Pietro Perlingieri (2008, p. 629): “entender a norma não é, e nem pode ser, o resultado de uma exegese puramente literal, mas é a individualização da sua lógica e da

³¹ Não sem razão, o problema da falsa clareza do texto é objeto de preocupação de um dos expoentes do pensamento neoconstitucionalista, Gustavo Zagrebelsky (1995). Para o autor, a norma deve ser encontrada no meio de dois limites: o superior, os princípios que informam todo o ordenamento; e o inferior, que é o caso concreto.

sua justificação axiológica; e isso é impossível sem levar em conta o restante do ordenamento e dos princípios que o sustentam”.

5 Conclusão

A atuação criativa dos magistrados na legalidade constitucional é objeto de profundos debates sobre os limites que podem ser legitimamente fixados para assegurar a autenticidade do Poder Judiciário sem interferir no equilíbrio democrático entre os Poderes. A compreensão da questão envolve o conhecimento das condições sociais, políticas e jurídicas que permitem a ascensão do Poder Judiciário. Nesse sentido, a judicialização, o ativismo judicial e o neoconstitucionalismo se tornam figuras centrais para permitir a existência do juiz criativo.

Quanto à atuação concreta do magistrado, deve-se prestigiar o sistema de justificação axiológica que permite um controle de legitimidade das pré-compreensões do intérprete, garante sua postura criativa diante de casos fáceis ou difíceis, desde que, na tarefa de confrontar o fato com todo o ordenamento jurídico, o recurso aos princípios sempre se faça com um limite bem claro e fixo: os valores que informam a decisão judicial devem ter amparo constitucional.

Em síntese, o papel criativo dos magistrados não acarreta, por si, insegurança jurídica, posto que se distância do decisionismo judicial através da justificação axiológica, cujos parâmetros estão assentados na denominada moralidade constitucional.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana. Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf> Acesso em: 23 maio 2016.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 12 maio 2016.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 12 maio 2016.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Org.). **Os**

princípios da constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 157-176.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Lisboa: Difusão, 1989.

CAMARGO, Margarida Lacombe. A nova hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 347-372.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba , n. 23, p. 115-126, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

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

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003. p. 31-45

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, R. F. M. Colisão de direitos fundamentais: direito a vida em oposição a liberdade religiosa: o caso dos pacientes testemunhas de jeová internados em hospitais públicos. **ESMAPE Notícias,** Recife, v. 6, n. 12, p. 18-21, 2006.

MEDEIROS, Bernardo. O papel do positivismo jurídico no Estado constitucional contemporâneo. In: ENCONTRO NACIONAL DO

CONPEDI, Florianópolis, 2010. **Anais...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/bernardo_abreu_de_medeiros2.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no direito: algumas notas sobre a argumentação e interpretação. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. (Org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 449-474.

POZZOLO, Susana. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio O. Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 17-74

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Celia (Org.). **Os sentidos da democracia** - Políticas do dissenso e hegemonia global. Rio de Janeiro: Vozes; Bsb: NEDIC, 1999. p. 1-53.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidade institucional do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio

Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 141-160.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: _____ (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MAIA, Antônio Cavalcanti. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel M.; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-204.

_____. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. I.

_____. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, 2003-2004.

VIANNA, Luís Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. São Paulo: Tempo Social, 2007. Disponível em: <<http://cedes.iuperj.br/PDF/06novembro/judicializacao.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2016.

WALUCHOW, Wilfrid **Common law theory of judicial review: the living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. Constitutions as living trees: An idiot defends. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. XVIII, n. 2, ano 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos e justicia**. Traducción de Maria Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

Recebido em: 08/10/2015

Aprovado em: 12/04/2016