

# O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO EFETIVO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL NO MODERNO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

André Padoin MIRANDA<sup>1</sup>  
Amílcar Araújo CARNEIRO JÚNIOR<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho aborda a função criativa do magistrado no exercício de sua atividade frente à ineficácia da atuação do Poder Legislativo e, ainda, sobre as mudanças sociais. Tal função criativa denomina-se Ativismo Judicial. Defende-se o Ativismo substancial, o qual é legitimado pelo poder judiciário fortalecido, pelo direito constitucional e Estado democrático de direito. No estágio contemporâneo, o juiz não pode estar limitado a proferir sentenças baseada em silogismos lógicos somente com base no positivismo jurídico, nem ser apenas aplicador do direito, propondo-se, portanto, uma mudança de paradigma à luz do ativismo judicial frente ao pós - positivismo e ultrapassando-se o positivismo jurídico, com escopo em uma interpretação que garanta aos jurisdicionados a entrega da tutela jurisdicional efetiva. Em seguida, passamos a estudar, com base no método crítico-comparativo, os elementos fundamentais que caracterizam a racionalidade política e a racionalidade jurídica.

**Palavra Chave:** Democracia – Ativismo – Pós- Positivismo

**Abstract:** *This paper discusses the creative role of the magistrate in the exercise of their activity toward ineffective action of the Legislature, and also about social change. This creative function called Judicial Activism. Argues the substantial Activism, which is legitimized by*

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Especialista em Direito do Trabalho pela Ananguera – UNIDERP-MS. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Signorelli. Mestrando em Processo Civil pela UNIPAR. Advogado. E-mail: andrepadoin@hotmail.com.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Especialista em Direito Constitucional pela UNAES/FESMP-MS. Especialista em Ciências Penais pela UNISUL-SC/LFG. Mestre em Processo Civil pela UNIPAR. Professor de Direito Processual Civil e Direito Ambiental no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Professor nos cursos de especialização em Direito Processual Civil e Direito Ambiental da Universidade Gama Filho e na UNIDERP/MS. Promotor de Justiça. E-mail: amil\_jr@globo.com.

*strengthened judiciary, the constitutional law and democratic state. In the contemporary stage, the judge may not be limited to uttering logical syllogisms based solely on the legal positivism sentences, not just be applying the law, thus proposing a paradigm shift in the light of judicial activism against the post-positivism and overtaking is legal positivism, is scoped to a jurisdictional interpretation that ensures the delivery of effective judicial protection. Then we started to investigate, based on critical-comparative method, the fundamental elements that characterize the political rationality and legal rationality.*

**Keyword:** *Democracy - Activism - Post-Positivism*

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Uma das mais expressivas correntes da atualidade nas diversas áreas do direito é a nova forma de interpretação constitucional chamada de “ativismo judicial”. A primeira abordagem teórica que se pode fazer é comparar o ativismo judicial com a discricionariedade de criação judicial do direito em virtude dos clamores e anseios sociais, positivados ou não, para a entrega da tutela jurisdicional adequada, como corolário do princípio do acesso à justiça.

Assim, o presente artigo tem o intuito de trazer à baila os elementos essenciais para a compreensão da uma moderna hermenêutica constitucional com suporte nas características dopós – positivismo, como atual corrente epistemológico-jurídica que superou o legalismo extremo do positivismo normativista, galgando, ao contrário deste, a efetividade dos direitos fundamentais com maior grau de apreciação pelo magistrado, como meio de fazer valer o estado democrático de direito.

A problemática a ser evidenciada refere-se quanto à criação de direito por parte do poder judiciário, se este se encontra legitimado para esta atividade, tendo em vista o princípio da separação dos poderes. Procura-se explicar que a criação do direito em certa medida compete não somente ao poder Legislativo, circunstanciando, desta forma, a chamada “politização do direito”, compreendendo aqui política, como uma extrapolação da competência de julgar devido às falhas das normas jurídicas por meio dos seus conceitos vagos, indeterminados e lacunosos.

É a partir dessa abordagem jurídica que se pretende explicar como as decisões judiciais *contra legem*, fundadas no senso comum e até mesmo na inexistência de previsão legal, inclui-se em uma concepção de direito, que, por sinal, não são anomalias do sistema jurídico, aflorando, por conseguinte, a racionalidade do direito como forma de combater o engessamento do poder judiciário.

## 2. DO ATIVISMO JUDICIÁRIO FUNDADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Partindo-se do século XX, o fenômeno da expansão do direito legislativo, ocorrido tanto nos países do *common law* quanto nos de *civil Law* “constituiu, uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou jurisprudencial e, assim, do papel criativo do juiz”<sup>3</sup>.

Ainda nos ensinamentos de Cappelletti, argumenta que a expansão refere-se ao estado em todos os seus ramos, executivo, legislativo e judiciário. “Com efeito, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno”<sup>4</sup>.

Num primeiro momento é latente a divisa entre a política e a justiça no mundo contemporâneo. Todavia, a atual leitura que deve ser feita em relação ao princípio da separação dos poderes é que a democracia e o constitucionalismo antes de serem antagônicos, a verdade é que se complementam, criando-se um liame sob uma ótica produtiva e de permanente releitura do texto constitucional.

No contexto social moderno é possível sustentar que cabe ao Poder Judiciário, a efetivação da Constituição por meio de seus princípios e regras, utilizando-se das suas decisões fundamentadas (art. 93, IX da CF). No hodierno modelo de estado democrático de direito, o juiz não pode mais ser considerado a mera boca da lei, devendo ser um efetivador das garantias constitucionais de forma justa, chegando-se a um ativismo judicial substancialista.

Com amparo no entendimento de Jônatas Luiz Moreira de Paula<sup>5</sup>, ao tratar da jurisdição constitucional e o ativismo judicial, sustenta que este surge ao menos no Brasil a partir da redemocratização e a assimilação cultural jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição sobre as diversas formas de relacionamento, dentre elas a relação processual. Tem-se aí uma ampliação da concepção pura da “jurisdição constitucional”, que supera a análise das ações constitucionalmente previstas e normas relacionadas ao direito processual, para galgar a possibilidade de inserir nas demandas os princípios e valores contidos na Constituição Federal.

Aliado a redemocratização e sobre a legitimação do poder judiciário a visão do ativismo judicial “também tem escopo na independência intelectual do poder judiciário o qual se manifesta na livre convicção dos juízes em formular suas

---

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p.18

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p.55

<sup>5</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: Revitalizando as regras do jogo democrático*, p. 138.

convicções e definir a verdade para proferir um julgamento”<sup>6</sup>. Da independência intelectual do juiz pode-se alcançar a ideia de discricionariedade judicial.

Acima da mera realização do ordenamento jurídico e normas infraconstitucionais, há uma diretiva da atividade jurisdicional, pautada na ordem democrática, que é a busca dos fins previstos no artigo 3º da CF o qual estabelece um plano político a ser realizado pelos poderes estatais, inclusive o Judiciário. O processo judicial propriamente dito é o ambiente propício para que o poder judiciário realize esse plano político e estratégico para a sociedade como um todo, do qual não pode abrir mão, sob pena de negar a contrapartida assumida no contrato social<sup>7</sup>.

Ainda nesta esteira, o estado democrático de direito encontra-se marcado pela modernidade estabelecida, lapidando-se nas Constituições Modernas, normatizando-se por via de regras e princípios, propondo-se a efetivar a proteção dos direitos individuais, difusos e coletivos, objetivando a proteção das minorias frente às maiorias “por meio de uma série de tarefas econômicas, sociais, culturais e políticas, traduzidas por normas tarefas e normas afins, por missões constitucionais plasmadas no texto fundamental, que se expressam através do que tradicionalmente chamamos de normas programáticas”<sup>8</sup>.

Sobre a o papel do poder judiciário no tocante a democratização nos ensina Ronald Dworkin:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes esta diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia<sup>9</sup>.

Cotejando os fundamentos de Eduardo Cambi, observa-se que o poder judiciário, por sua vez, “não utiliza fundamentos de ordem político-partidária, sem embargo da formação política do magistrado, mas sim fundamento jurídico-constitucional, não se lhes podendo negar a legitimidade democrática para aplicar imediatamente direitos fundamentais”<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p.86

<sup>7</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: Revitalizando as regras do jogo democrático*, p. 88.

<sup>8</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Jurisdição Constitucional Estadual*, p.383.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p.09-17

<sup>10</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p.270-271.

Sob outro viés, o ativismo judicial, pautado na visão democracia que alia os poderes do Estado para atingir os fins sociais, pode, ainda, ser justificado pelo princípio do acesso à justiça, que proíbe a recusa da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF). Kazuo Watanabe ao tratar do acesso à justiça e sociedade moderna, concluiu afirmando que o princípio do acesso à justiça não se limita à mera provocação do Judiciário:

[...] é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”, considerando-se como dados elementares do direito à ordem jurídica justa: a) o direito à informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características<sup>11</sup>.

Enfatizando as argumentações a favor da postura ativista-concretista, Dirley da Cunha Júnior<sup>12</sup> assevera que o Estado Brasileiro, está subordinado ao ideal da democracia substantiva ou material, o que permite que as eventuais inércias do poder legislativo e do poder executivo devem ser complementadas ou supridas pela atuação do poder judiciário, com escopo em mecanismos jurídicos previstos pela própria Constituição que instituiu um estado democrático de direito.

Abarcando as palavras de Gilmar Mendes, ao discorrer sobre a reinterpretação da democracia, sabiamente articula que a questão se molda em re-interpretar esse velho dogma da democracia somente assentado no princípio da separação dos poderes do Estado para “adaptá-lo ao moderno Estado Constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se social e democrático, e isso por força da atuação política do poder judiciário e não só apenas pela ação legislativa”<sup>13</sup>.

Frisa-se que o mecanismo do ativismo judicial deve ser utilizado de forma preponderada entre a interpretação constitucional visando os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes para o magistrado não se tornar soberano.

Nas palavras do Autor Elival da Silva Ramos, um dos pioneiros do ativismo judicial no Brasil, esclarece que:

ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional,

---

<sup>11</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*, p.128.

<sup>12</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*, p.107.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 97.

em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes<sup>14</sup>.

Assim, é possível extrair que é necessário a aplicação da ponderação por parte do poder judiciário para sair da sua esfera de competência e alcançar competência ainda pouco explorada que pertence ao legislativo.

### **3. O ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Com a superação do jusnaturalismo e o enfraquecimento político do positivismo, desencadeou-se no mundo jurídico o processo de criação de uma inovadora corrente epistemológica – jurídica, ou seja, o pós - positivismo, que objetivou interpretações e reflexões jurídicas substanciais do direito e sua função social. Deste modo, como assegura Ricardo Mauricio Freire Soares<sup>15</sup>, o pós – positivismo abriu margem para novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, concebendo um sistema aberto aos influxos dos fatos e valores sociais da realidade cambiante.

Concernente ao conceito de interpretação, essencial ao ativismo jurídico e que demonstra quão importante é para o juiz, temos uma importante definição trazida por Cappelletti:

Interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagens de outras pessoas com vistas a compreendê-los e, no caso do juiz não menos do que do musicista, por exemplo, reproduzi-los, aplica-los e realiza-los em novo e diverso contexto, de tempo e lugar<sup>16</sup>.

O autor ainda menciona que “por mais que haja esforço do interprete para permanecer fiel ao seu texto, ele sempre será forçado a ser livre, porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações nuances para a criatividade interpretativa”<sup>17</sup>. Na verdade, o interprete é convocado a

---

<sup>14</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, p.116-117.

<sup>15</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*, p. 56.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* p.21.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.21

dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto. Retrata-se, assim, o fenômeno do ativismo judicial, o qual traduz-se na ideia da interpretação constitucional com arrimo nos princípios constitucionais.

Daí exsurge a importância dos princípios jurídicos constitucionais em face da natural limitação do legislador de prever e disciplinar todas as relações e conflitos sociais contemporâneos e propor, por conseguinte, uma abertura aos fatos sociais. Ademais, os princípios também devem ser utilizados como fundamentação das decisões judiciais ou como razões finalísticas, sejam complementando-se uns aos outros ou destacando um princípio que enseja maior ênfase na decisão racional.

É de suma importância trazer os ensinamentos do Ministro Eros Roberto Grau sobre a interpretação da constituição em face da generalidade e abstração de certas normas:

A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete<sup>18</sup>.

Neste aspecto, fundamental elucidar que na atualidade o juiz não é mais considerado a “mera boca da lei”, realizando o papel de interprete de cada norma jurídica que aplicará, pois, as normas jurídicas muitas vezes encontram-se eivada por omissões ou conceitos vagos e indeterminados, não expressando a real intenção do legislador ou até mesmo, trazendo prejuízos a uma das partes do processo se aplicada imediatamente sem ser unida a um princípio ou outras normas, necessitando o Magistrado, por intermédio da Constituição, fazer com que se efetivem os direitos, através de suas decisões de cunho político.

Quanto à interpretação constitucional, esta vem proporcionar complementaridade ao ordenamento jurídico, pois, se liga intimamente com a hermenêutica constitucional. Vale mencionar o que Celso Ribeiro Bastos explica a cerca do objeto da interpretação, dizendo que o objeto é: “[...]o texto constitucional com seus princípios e regras, enquanto portador de um significado ou sentido, cuja compreensão plena é o objetivo final da interpretação”<sup>19</sup>.

O mero ato de aplicar o direito, nas lições de Lênio Luiz Streck<sup>20</sup> torna a criá-lo automaticamente, através da hermenêutica e da interpretação constitucional adequada. Assim, o ativismo judicial é um forte poder à disposição dos magistrados que inquestionavelmente “criam novo direito” toda vez que decidem um caso

---

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito*, p. 247.

<sup>19</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 143.

<sup>20</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma nova crítica do direito*, p.158

importante aparentemente sem previsão legal, anunciando, portanto, uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição.

É de bom alvitre realçar que no âmbito da magistratura existem grupos e algumas atuações individuais quem veem assumindo postura progressista, arrojada e até mesmo alternativa. Neste patamar, Wolkmer<sup>21</sup> argumenta que utilizando-se de interpretação mais sociológica e política, não dogmática, desvinculada de formalismos, “esses magistrados buscam resistir às leis injustas, explorando as ambiguidades e as omissões do direito positivo oficial em causa dos menos favorecidos, tratando-se de um novo juiz”.

Esse “novo juiz” é aquele que realiza o direito no momento em que soluciona as controvérsias, haja vista que legislador não é quem primeiro ditou quaisquer normas jurídicas e sim, aquele quem dispõe de autoridade absoluta para interpretá-las, prerrogativa que potencializa a norma jurídica que não veicula comandos precisos, se apresentando como fórmulas abertas, que servem de ponto de partida para que o julgador construa a decisão que repute justa em cada ocasião hermenêutica.

No caminho do pós - positivismo e do ativismo judicial, pautados na hermenêutica é esclarecedor a lição de Marinoni:

Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim como os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar a norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais<sup>22</sup>.

Balizando o entendimento da interpretação constitucional sob os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, surge a importância do estudo e análise da teoria crítica. Neste diapasão, Luiz Fernando Coelho<sup>23</sup> aduz que surge a necessidade de uma “verdadeira reconstrução do saber jurídico, mediante a revelação

---

<sup>21</sup> WOLKMER, Carlos Antônio. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p.96

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p.90

<sup>23</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p.280.



do uso ideológico das leis e das instituições e denúncia dos mitos em que se assenta a concepção dogmática do Direito, superando a tradicional separação entre o jurídico, o político e o social”.

O autor citado ainda sustenta, com cautela, que é por isso que ao pressuposto ideológico da subsunção, a teoria crítica do direito opõe o princípio da politicidade das decisões judiciais.

A admissão da lacuna através de uma decisão judicial pode ter dois efeitos antagônicos: se por um lado pode servir para a criação do direito novo, favorável aos oprimidos, uma brecha por onde podem ser obtidos avanços democráticos, por outro pode também servir para transformar alguma norma em letra morta<sup>24</sup>.

Desta forma, mesmo nas demandas repetitivas, cujo papel do juiz muitas vezes está assentado na simples reprodução das normas, deve ficar o poder judiciário atento as mudanças sociais para não se perder em meio a reprodução das sentenças.

#### **4. A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL E O PÓS – POSITIVISMO JURIDICO**

Se as omissões do Executivo e do Legislativo legitimam o Judiciário a intervir na tutela dos direitos fundamentais “não podemos esquecer que a legitimidade política do Judiciário em si impede que ele se torne o regular promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira”<sup>25</sup>.

Por outra banda, decisões judiciais que são fundamentadas por decisionismo político é a modalidade mais gravosa do ativismo judicial, tendo por certo que antes de se conhecer os pormenores do caso proposto, o ponto de partida são predeterminações e predefinições que se furtam dos limites da causa. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente.

Na visão de Humberto Ávila:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credência de que a função do interprete é meramente descrever significados, em favor

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 492

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p.71.

da compreensão de que o interprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o poder judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto<sup>26</sup>.

Não pode mais o magistrado simplesmente se ocultar por de traz da defesa frágil da concepção do direito como norma clara e objetiva, preestabelecida, fundamentando sua decisão de forma neutra”. O papel social do magistrado é muito mais difícil e complexo. O juiz moral e politicamente correto é bem mais responsável por suas decisões, não devendo-se confundir discricionariedade com arbitrariedade. Aquela significa valoração e balanceamento, “devendo ser utilizados não apenas os argumentos da lógica abstrata, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia”<sup>27</sup>.

Na concepção do direito positivo há repulsa à ideia de uma ordem normativa de caráter metafísico, sendo que para aquela corrente só o direito positivo é real, imputando como não jurídicas as regras sociais de conduta que são desprovidas de características formais do direito oficialmente considerados. “Segundo o entendimento do positivismo, o direito fica portanto definido como o conjunto das normas postas pelo Estado, ou ao menos as que por ele são reconhecidas como validas”<sup>28</sup>.

Na contramão do positivismo jurídico e com escopo no direito à saúde, Bruno César Bandeira Apolinário, Juiz Federal da 3ª Vara do DF, autorizou recentemente, por meio de liminar, uma mãe a importar um remédio com princípio ativo do canabidiol, uma das substâncias derivadas da maconha. Tal decisão merece aplausos por sua visão social e democrática.

O medicamento em tela não tem venda permitida no Brasil, e era importado ilegalmente por Katiele Fischer para tratar crises convulsivas da filha, de 5 anos. Com base na melhora da menina com o tratamento alternativo e com o aval dos médicos, o magistrado decidiu proibir a Anvisa de impedir a importação do medicamento. Mas destaca que a decisão só vale para o caso específico. Na decisão, o juiz ressaltou:

O ponto controvertido está em que o medicamento em tela não pode ser comercializado ou utilizado no Brasil, pois não esta registrado na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária –ANVISA, que detém a atribuição de realizar o controle dos medicamentos em uso no território nacional, com

---

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.34

<sup>27</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p.194.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p.196

vistas à avaliação de eficácia para os fins a que se propõe e da segurança dos pacientes aos quais se destinam [...]Não se pretende fazer apologia ao uso terapêutico de Cannabis sativa, menos ainda da liberação de uso dessa planta para fins terapêuticos sem ter instigado a opinião pública, a academia de medicina o poder público e os meios de comunicação” afirma o juiz, ao dizer que a publicação de decisão poderia causar repercussão “precipitada” na opinião pública. Ele reforça que não está propondo o debate sobre o uso da maconha.[...] Somente veio encontrar o alívio para o seu sofrimento no uso do *Canabidiol*, substância comercializada nos Estados Unidos, com eficácia comprovada no tratamento da EIEE2, porém, ainda sem registro no Brasil. De acordo com o relatório de fl. 08, a autora se viu livre das crises convulsivas após a administração da substância em tela<sup>29</sup>

Na visão de Luís Roberto Barroso<sup>30</sup> o pós-positivismo pode ser considerado como a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual estão incluídos o resgate de valores, a distinção qualitativa entre regras e princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e a ética.

A corrente pós-positivista, consolidada no constitucionalismo, edificou uma modificação de paradigma, exaltando a força normativa da constituição além de promover um novo mecanismo de encarar e interpretar o direito, na perspectiva de um processo legítimo, apto e eficaz à efetiva tutela dos direitos fundamentais. Nesse novo ambiente jurídico, os princípios, outrora considerados como simples instrumentos secundários ou auxiliares na função de colmatar as vaguidades jurídicas, são elevados, hodiernamente, em razão do novo sopro que oxigena a ciência jurídica contemporânea, chamado de pós-positivismo, fortes e autênticos elementos de concretização jurisdicional.

A encampação da doutrina pós-positivista implica em mudanças do paradigma até então vigente do positivismo e que embasa sempre a decisão de muitos magistrados ligados à esta corrente jurídica.

Há autores que ainda vão além do pós – positivismo para legitimar o ativismo judicial, propondo até que a racionalidade aliada a emoção do juiz frente ao caso concreto seja fator legítimo do poder criativo e discricionário do judiciário. Nas lições de Lídia Prado a autora apresenta uma discussão sobre a racionalidade no julgar, destacando que o aspecto da emoção não pode ser esquecido. Segundo a autora a consideração da emoção no julgar é uma nova abertura dos estudos de Direito:

---

<sup>29</sup> *Processo de nº. 24632-22.2014.4.01.3400. Autor: Anny de Bortoli Fischer. Réu: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Julgamento: 03.04.2014.*

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p.385.

Esse fenômeno pode ser entendido no contexto de um novo paradigma que, dentro de um padrão democrático de alteridade, mostra um desvio tipológico do self cultural, para dirimir a dissociação positivista e racionalista do passado, por tratar de uma mudança social<sup>31</sup>.

A decisão jurídica não pode ser reduzida a um mero silogismo lógico, onde o magistrado obtém sempre uma conclusão fazendo o exercício de encaixe da premissa menor na premissa maior para obter o resultado. Se a aplicação do direito, entenda-se aqui, prestação jurisdicional, se reduzir a esta ação, o juiz logo será substituído pela máquina que, certamente fará o trabalho com maior certeza e em menos tempo. Não trata-se a emoção do juiz como fator de parcialidade diante do caso concreto, significa adentrar no real anseios das partes do processo e qual consequência terá sua decisão para a sociedade.

Nesta mesma estrada é o posicionamento de Fernando Luiz Ximenes Rocha<sup>32</sup>, o qual enaltece que “não pode o magistrado manusear o processo como uma máquina, sem enxergar que por trás das páginas dos autos existe vida humana, que merece ser tratada com respeito e dignidade. Entre cada peça processual há um bem jurídico fundamental a ser resguardado”.

A norma jurídica, diz Miguel Reale<sup>33</sup>, não pode deixar de sofrer com o impacto de imprevistos e novos valores e eventos sociais, cuja superveniência implica em nova compreensão normativa, podendo-se centrar no trabalho de falhas através de instrumentos integradores, contido no próprio ordenamento jurídico.

Partindo do plano de que o direito é sem dúvida uma realidade fático-axiológico-normativa, porém, com possibilidades de apresentar lacunas de várias espécies, dentre elas, axiológica, ontológica e normativa, em razão da constante mudança social é que exsurge, na visão de Maria Helena Diniz<sup>34</sup> “a necessidade jurídica do órgão judicante, diante da crise funcional do poder legiferante e em atenção ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, de julgar o caso sub judice afirmando os paradigmas principiológicos espalhados na Lei Magna”.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ser realidade, o ativismo judicial dentro do processo ainda encontra barreiras por grande parte da doutrina e um dos seus principais enfoques negativos traçados recaís sobre o princípio da separação dos poderes, a qual traduz uma das vertentes tradicionais da democracia, servindo como óbice a legitimação da discricionariedade do juiz, não encontrando águas calmas para transcurso.

---

<sup>31</sup> PRADO, Lídia. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, p.130.

<sup>32</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, p.116.

<sup>33</sup> REALE, Miguel. *O direito como experiência*, pag.487.

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*, p.68

Contudo, a crise de funcionalidade do poder legislativo não deve obstar a dinâmica do direito e os constantes avanços da ciência jurídica. Diante das omissões e lacunas jurídicas, sejam elas de natureza ontológica, axiológica, o poder judiciário deve formular uma norma de concreção, baseando-se na realidade fático-valorativa social para efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Hodiernamente, em razão dos novos anseios sociais que oxigena a ciência jurídica contemporânea, denominado pós-positivismo é essencial garantir a prevalência e concreção aos princípios previstos na Constituição, mesmo com a previsão ou na ausência normativa, haja vista que a inércia do poder legislativo não pode impedir os avanços da ciência jurídica. Ademais, em desfavor do positivismo jurídico encontra-se a teórica crítica do direito no tocante a somente aplicação do direito positivado.

Devem os magistrados estarem dispostos a não aplicar somente o silogismo jurídico baseado no positivismo jurídico e sempre refletindo sobre qual caminho percorrerá, por meio da decisão judicial fundamentada, para entregar a tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Por derradeiro, não labora em erro o Poder Judiciário ao proferir decisões de cunho ativista com o fito de tutelar direitos fundamentais em litígios sociais que não foram satisfatoriamente disciplinados ou regulamentados pelo poder legislativo, ou, mesmo quando normatizados, suprimem outros direitos maiores como a vida, saúde e liberdade não previstos na norma jurídica aparentemente aplicável ao caso concreto.

Assim, podemos assegurar que ao assumir uma posição ativista, inovadora e criativa de concretização de princípios constitucionais o poder judiciário está efetivando, indubitavelmente, a realização de justiça no caso proposto, cristalizando, portanto, a função social do direito e posicionando-se a cumprir as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros ED, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. São Paulo: Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais*,

Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Jurisdição Constitucional Estadual*. São Paulo: Revista Direito Público, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v.1.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição Como Elemento de Inclusão Social: Revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

PRADO, Lídia. *O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*, São Paulo: Saraiva, 1968.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. Participação e processo. São Paulo: RT, 1988.

WOLKMER, Carlos Antonio. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 4 edição, 2002, São Paulo, Saraiva.

**Recebido em:** 05/05/2014

**Aceito em:** 15/07/2014