



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano VII, Vol.VII, n.27, jul./set., 2016.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2016.

Data de reformulação: 15/08/2016.

Data de aceite definitivo: 28/08/2016.

Data de publicação: 20/09/2016.

A LEGITIMIDADE DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antônio Carlos Pereira Berto

Aluno pesquisador do Núcleo de Pesquisa
Jurídica do Curso de Direito da Faculdade
PROCESSUS.

Felipe Pessoa Ferro

Aluno pesquisador do Núcleo de Pesquisa
Jurídica do Curso de Direito da Faculdade
PROCESSUS.

A LEGITIMIDADE DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antônio Carlos PereiraBerto¹
Felipe PessoaFerro²

1. O DIREITO JURISPRUDENCIAL E O ASPECTO LEGISLATIVO DA ATIVIDADE DO MAGISTRADO

Quando se fala no “Direito Jurisprudencial”, está-se em contato com as reiteradas decisões tomadas por magistrados em tribunais e em cortes superiores. No entanto, é importante ressaltar que o próprio desenvolvimento do direito jurisprudencial, tendo em vista suas características-base, além de ser uma forma de garantir a manutenção do direito em um sistema de *Civil Law*, como é o caso no Brasil, traz em sua essência uma característica da atividade legislativa.

Vale notar que é atividade típica do Judiciário a interpretação do texto legal, sendo essa a condição do magistrado, à luz do caso concreto, dizer qual a extensão da lei, ou seja, é dispor o sentido do texto. Segundo Karl Larenz, a interpretação é “uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático.”³

Aliada à atividade de interpretação, acima mencionada, está a de integração. Essa segunda atividade temporária objetiva a colmatação de lacunas e/ou a retificação de incorreções no ordenamento jurídico. Pode-se entender que o

preenchimento dessas “áreas lacunosas” dá em momentos que, nos dizeres de Larenz, o texto legal “se mantém em silêncio”⁴, ao passo que a correção é uma alteração do que é expressamente disposto pela lei. Karl Engisch ensina:

Podemos reunir “lacunas” e “incorreções” sob o conceito comum de “deficiências”. Estamos, pois, em face de duas formas distintas de Direito deficiente. A deficiência a que chamamos “lacuna” é afastada por meio da “integração jurídica”. O juiz actua aqui “praeter legem”, “supplendi causa” (“supplet praetor in eo, quod legi deest”). Diferentemente, a deficiência a que chamamos “incorreção” é afastada através da “correção” da lei: o juiz aqui actua “contra legem”, “corrigen causa”.⁵

Destas duas ferramentas apresentadas dispõem os magistrados, em sua atividade típica, para operar o direito e aplicar a norma ao caso concreto. Não deixa de ser importante ressaltar que, frequentemente, dependendo do texto legal que dispõem os juízes para orientar suas decisões, essas atividades supletivas se tornam cada vez mais frequentes, fato que, na prática, faz com que o magistrado “concorra” com o legislador na feitura da lei. Sendo assim, essas reiteradas “interferências”, por parte dos juízes, podem ser entendidas como uma atividade legislativa, de “dizer o direito” quando o legislador não o fez, ou fez de forma obscura ou incompleta. Na prática jurídica diária, considerando que não se pode precisar o número de situações fáticas distintas que se apresentam à apreciação do Judiciário, tem-se por presumido certo grau de “criatividade” dos magistrados, quando da interpretação e da integração, posto que mesmo a mais perfeita redação jurídica cria

¹ Aluno e pesquisador do Núcleo de Pesquisa Jurídica do Curso de Direito da Faculdade PROCESSUS.

² Aluno e pesquisador do Núcleo de Pesquisa Jurídica do Curso de Direito da Faculdade PROCESSUS.

³ LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 439.

⁴ Ibid., p. 525.

⁵ ENGISCH, K. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 275.

zonas de incerteza e ambiguidades que serão solucionadas pela via judiciária. Sendo assim, muito diferente do que entendia Montesquieu, de tradição formalista, os juízes não são nem podem ser meras “bocas inanimadas da lei”, mas são desenvolvedores ativos do direito, servindo, não raramente, como “atualizadores” da lei.

2. CONDIÇÃO E FATORES DA CRIATIVIDADE DOS MAGISTRADOS

Mauro Cappelletti⁶ afirma que os juízes foram, com o passar do tempo, cada vez mais chamados a intervir na lei, exercendo, portanto, cada vez mais, as atividades de interpretação e integração, que, como já se referiu, são caracterizadas pela criatividade individual do magistrado. O jurista italiano, no entanto, não deixa apontar quanto ao momento histórico desse fenômeno: segundo ele, esse agigantamento do Judiciário foi uma necessidade que apareceu no mundo ocidental quando da ascensão do Estado de Bem-Estar. Uma vez que o Estado vai crescendo com a justificativa de “trazer a paz” e “equilibrar” a sociedade, a interferência legislativa torna-se cada vez mais frequente. Os parlamentos agigantados tendem a paralisar e à intemperidade de propostas legislativas para a solução das demandas da sociedade – característica intrínseca do Estado de Bem-Estar. A demasia de leis que foram emanadas demasiadamente tarde, ou cedo demais, tornou-se obsoleta. *Welfare* tornou-se sinônimo de demagogia. Houve necessidade de transferir “a outrem” grande parte de sua atividade (de parlamento) – resultando na gradual transformação do *Welfare State* em Estado Administrativo.

Diante deste problema de garantia e proteção dos direitos conquistados – ou, decerta

forma, saídos da “linha de produção” dos parlamentos – os juízes se viram obrigados a adotar um de dois comportamentos possíveis diante do fenômeno: i) serem fiéis à “imparcialidade” e aos limites da função jurisdicional da concepção tradicional, ou seja, funções meramente “protetoras” (de direitos) e “repressivas” e diminuição da relevância político-social do Judiciário; ou ii) elevarem-se ao nível dos outros Poderes e tornarem-se o “terceiro gigante”, capaz de controlar o Legislativo e o Executivo (Administrador).⁷

Ocorre que a opção por essa segunda via descamba em uma série de problemas. Entre eles, como apontados por Cappelletti, pode-se identificar o autoritarismo, a lentidão, a irresponsabilidade e a inquisitorialidade policiais da “atitude” judiciária; o controle do emprego correto da discricionariedade; a coesão entre os pronunciamentos judiciários e as atuações legislativas e administrativas; e, como será objeto de observação mais à frente, a questão da legitimação democrática, dado que, diferentemente dos membros do Legislativo e do Executivo, os membros do Judiciário, também no Brasil, não são eleitos, o que tornaria, num primeiro momento, a discricionariedade e a atividade legislativa dos juízes menos aceitas pelo público.

Mesmo precisando encarar todas essas adversidades, a opção por um crescimento do Judiciário, para se igualar aos outros Poderes, foi avia historicamente escolhida pelos magistrados. Essa constante atividade de interferência gerou uma postura de ativismo por parte dos juízes, de forma que se estabeleceu, como forma de preservar princípios, atender demandas e fazer a manutenção do direito na sociedade.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

⁷ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 47-53.

3. O ATIVISMO JUDICIAL

Como argumentado na parte anterior, o Estado Moderno exigiu uma participação muito mais diversificada e fragmentada do Judiciário, de forma que as crescentes regulações e intervenções do Estado, alavancadas pelas cobranças feitas ao Legislativo, não se reduzissem a meras palavras em folhas de papel. Dessa maneira, o enorme crescimento do Estado demandou, também, a criação de um sistema de controles adequado para o Judiciário, sendo as já referidas diversificações e fragmentações algumas dessas tentativas de se fazer o controle.

Sabe-se, com isso, que a separação rígida de poderes teve por consequência um Judiciário débil, ausente e confinado aos conflitos da esfera privada, ao invés de atuante nas causas de direitos humanos e fundamentais. Em outras palavras, não se pode confundir a separação dos poderes com o sistema de freios e contrapesos, que possibilita uma interferência mútua visando o controle e o balanceamento.⁸

E o sistema de interferências, objetivando o atendimento em tempo hábil de demandas da sociedade, sem que os parlamentos abarrotados precisassem ser provocados a todo momento para deliberações extensas, exigiu dos magistrados um comportamento ativista em relação à proteção desses direitos. Sobre o conceito “ativismo judicial”, Cícero Alexandre Granja diz:

Entende-se por “ativismo judicial” o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei.⁹

Oras, o ativismo judicial é, portanto, característica intrínseca da atividade do magistrado, posto que, como já mencionado, o juiz se vê obrigado, diariamente, a fazer uso de sua criatividade durante sua atividade típica – seja dizendo o “comprimento” do texto legal na atividade interpretativa, sendo ela extensiva ou restritiva; seja dizendo “o que falta” quando a lei se cala sobre determinado assunto.

Existe a concepção de que o ativismo judicial é um termo empregado para se referir a uma situação em que o Poder Judiciário estaria agindo para além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica, uma vez que a atividade legislativa é típica do Poder Legislativo. No entanto, discutir se essa atividade do Judiciário está realmente além de suas prerrogativas não parece levar em consideração as características fundamentais apresentadas até agora do ofício do magistrado. De certa forma, é possível, sim, interpretar esse aspecto como uma “invasão” do Judiciário no Legislativo; porém, é necessário sublinhar a necessidade da existência desse ativismo judicial como garantia – história, inclusive – da manutenção e proteção do direito.

4. A LEGITIMIDADE DO MAGISTRADO

Considerando o exposto até aqui, é possível afirmar que não há contradição entre interpretação e integração da lei com criação do direito. Isso implica dizer que não existe mistério algum quando se diz que o “juiz cria o direito”, ou que o “juiz legisla”. O problema, no entanto, reside em outros lugares, a saber: i) qual o grau de criação de um direito e qual sua

⁸ MALDONADO, M. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: desenvolvimentos no Estado brasileiro. In: *Transparência ALESP*, pp.16a17. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf. Acesso em: 29/06/2016.

⁹ GRANJA, C. A. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acesso em: 29/06/2016.

aceitabilidade; ii) o que legitima a atividade criativa do juiz, uma vez que ele não é eleito.

Antes de qualquer coisa, é importante deixar claro que o intérprete da lei, apesar de gozar de discricionariedade, não é dotado de total liberdade. Apesar da capacidade de criar direitos do magistrado, ele tem vínculos processuais e substanciais que “encaixotam” sua criação – são limites à liberdade judicial. Diferentemente, é claro, do que acontece com os legisladores quando participam do processo de criação de uma lei, cujas amarras quase se limitam à mera observância do texto constitucional. Em outras palavras, o problema da “dosagem” da discricionariedade do magistrado já quase se resolve no vínculo que ele precisa ter com a lei; não deixando de ser óbvio que cada caso tem sua particularidade, o que obrigará o magistrado, muitas vezes, a recorrer a princípios constitucionais antes de tomar sua decisão.

Já a questão da legitimidade do magistrado é um pouco mais complexa, pois lida com duas esferas complementares: i) a previsão no ordenamento da atividade criativa do magistrado; e ii) a aquiescência do público pela interferência do juiz.

No ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já se pode vislumbrar uma solução para o primeiro ponto. O legislador de 1942 tomou o devido cuidado de ceder ao magistrado o mínimo de discricionariedade que o ofício exige.

Já para o segundo ponto é preciso recorrer novamente aos argumentos de Mauro Cappelletti, em discordância com os argumentos de Lord Devlin, dizendo que a criatividade jurisdicional é inevitável e legítima, para responder a questão¹⁰. Em resumo, pode-se elencar os argumentos de Cappelletti da seguinte maneira:

i) não existe mais, no Ocidente, a crença de que o poder político atenda às demandas e represente com fidelidade a “vontade da maioria”, pois a atividade do Judiciário é necessária, mesmo que não goze de legitimidade popular, para fazer o ajuste entre os interesses desses grupos políticos e a coletividade;

ii) o Judiciário não é absolutamente privado de legitimidade, uma vez que, atualmente, tanto em sistemas de *Common Law* como de *Civil Law* é o chefe do Executivo que aponta os juizes da Corte Constitucional, além do fato de que é comum, e também “tradicional”, os magistrados “prestarem contas à população”, quando exercem essa função criativa, ao fundamentar suas decisões evotos;

iii) os tribunais podem dar contribuição à representatividade geral do sistema, isto é, o *judicial process* pode proteger grupos que não receberiam proteção no *political process* tradicional;

iv) os juizes são justamente as formas de acesso à justiça e à lei, de modo que podem corrigir vícios, imprecisões ou inadequações, para que a tutela dos direitos não se torne algo muito longínquo e afundado em burocracia, sem contar que, por tratarem, diariamente, de conflitos sociais, os magistrados são aqueles que estão mais próximos da esfera social;

v) o regime democrático é aquele em que os direitos do homem têm mais chances de serem respeitados e a democracia não pode sobreviver em um sistema em que se deixem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais.

Levando em conta o exposto por Cappelletti, pode-se argumentar: i) existe, sim, certa legitimidade na atividade do magistrado, e que ela não está completamente alheia à condescendência do povo; ii) mesmo que essa legitimidade não seja expressa, ela é desejável para que se sustente um ritmo mais acelerado de atendimentos das demandas sociais.

¹⁰ CAPPELLETTI, M. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 82-107.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

Tendo em vista tudo que já foi exposto, é importante se fazer referência à Suprema Corte brasileira e como esse ativismo judicial tem se operado no ordenamento jurídico pátrio.

Para citar um exemplo notável de ativismo judicial por parte do STF, lembre-se o julgamento feito pelos ministros da matéria da ADI 4227 e da ADPF 132, casos em que as duas peças versavam sobre os direitos fundamentais dos casais homoafetivos – em relação à união estável e à concessão de licença, respectivamente. Na época, os ministros reconheceram¹¹ a união estável para casais do mesmo sexo, fazendo uso das ferramentas sobre as quais se explicou previamente. Não existindo, em 2011, dispositivo legal expresso no Código Civil que deixasse a questão inequívoca – esse dispositivo não existe até a data de escritura deste artigo, em junho de 2016¹² – os ministros precisaram “interferir” de forma que se fizessem garantidos princípios constitucionais e direitos fundamentais já reconhecidos no ordenamento brasileiro.

Em seu voto, o ministro Ayres Britto argumentou que o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, que, nesse sentido, ninguém pode ser preterido ou discriminado em função de sua orientação sexual. Sendo a Constituição, portanto, a norma máxima do ordenamento jurídico, a interpretação dos ministros veio, naquela ocasião, a alterar a extensão do texto do Código Civil.

O caso acima aludido é um dos vários que passam pelo Supremo Tribunal Federal e exigem dos ministros um posicionamento que “mude” a

lei, um posicionamento de ativismo. Não existisse tal manifestação difusa do poder constituinte, a proteção dos direitos no sistema pátrio estaria em condições ainda mais precárias.

6. CONCLUSÃO

Pretendeu-se, com este artigo, de uma maneira mais breve possível, deixar claro para o leitor como a atividade jurisprudencial em muito se assemelha à legislativa. Essa consciência é necessária a qualquer operador do Direito para que se possa ter uma visão holística do sistema brasileiro e que não se identifique como conflitos os aspectos que são inerentes às atividades típicas de cada Poder. Dessa forma, a questão do ativismo judicial, ainda hoje, não é mais discutir se ele é possível, desejável ou legítimo, mas em qual medida ele deve ser aceito de forma que o Poder não entre em conflito direto com o outro – em outras palavras, qual a “dosagem” do poder criativo dos magistrados.

Cuida notar, por fim, que o ativismo judicial, não raramente, tem desdobramentos políticos, e que a proteção de direitos, expressos na Constituição ou referidos em seus princípios, acaba gerando conflitos de interesse na sociedade. Independentemente desses embates, que são previsíveis, é necessário que se fortaleça a noção, tanto entre os juristas como entre os leigos, de que a atuação dos magistrados como fatores da lei é um dos pilares que garante que o ordenamento jurídico nacional funcione e que suas engrenagens não enferrujem, deixando à completa sorte aqueles que pedem tutela ao Judiciário.

¹¹ Acórdão disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o(1).pdf)

¹² O artigo 1.723 do Código Civil de 2002 segue com a mesma redação: “Art. 1.723. É reconhecida como

entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (Grifos acrescidos.)

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *In: Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052 Acesso em: 29/06/2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: desenvolvimentos no Estado brasileiro. *In: Transparência ALESP*. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf. Acesso em: 29/06/2016