

NA TRAVESSIA DA PONTE PERMEIA A ESCURIDÃO, SERÁ MELHOR ACREDITAR NOS JUÍZES? Uma análise do ativismo Judiciário, da (in) eficiência da jurisdição e o princípio do livre convencimento motivado.

NELL'INCONTRO DEL PONTE PERMEIA LE TENEBRE, SARANNO MEGLIO A CREDERE NEI GIUDICI? Un'analisi dell'attivismo giudiziario, (in) efficienza della giurisdizione e il principio del libero convincente motivato.

Aulus Eduardo Teixeira de Souza¹

Cleide Calgareo²

Ricardo Hermany³

RESUMO: As ponderações apresentadas têm por finalidade promover um convite a uma breve reflexão acerca da habitualidade com que o Poder Judiciário vem interferindo na competência funcional do Poder Legislativo e por assim, legislando com frequência em “pontos cegos” deixados pela atuação do Legislador. Nesse contexto, os costumes e os comportamentos sociais ao longo do tempo têm induzido juízes a prestar a jurisdição em grande parte de seus casos conforme sua concepção íntima e pessoal, valendo-se do princípio do livre convencimento, não raras vezes, proferindo decisões de mérito à revelia dos ditames legais. Tal conduta, provoca conseqüentemente uma avalanche ao já tumultuado e inchado sistema processual judiciário, colaborando para a morosidade e colapso do sistema vigente. Através da pesquisa bibliográfica e documental, o texto apresenta argumentos estruturantes que justificam as alegações defendidas. O trabalho visa compreender até que ponto é possível confiar plenamente nas decisões judiciais

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS/RS). Especialista em Direito e processo tributário pela Universidade Estácio de Sá (Estácio/RJ); Direito constitucional e administrativo pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP); especializando em Direito público (PUC/MG). Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL/SC). Pesquisador nas áreas teoria do Direito, teoria Social e Meio Ambiente (Grupo Direito Ambiental Crítico). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Procurador Jurídico da OAB/SC. Advogado.

² Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Taxista Capes. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Atualmente é Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. É vice-líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul e do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Também atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. E-mail: ccalgareo1@hotmail.com

³ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) com doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Advogado e consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM; E-mail: Hermany@unisc.br

proferidas conforme o critério livre e conceutivo de magistrados e julgadores do Estado, apontando assim a existência ou não da eficiência ou ineficiência do princípio revelador da liberdade de julgar do juiz.

Palavra-chaves: jurisdição; processo civil; competência processual;

ABSTRACT: The aim of the present study is to promote an invitation to a brief reflection on the habituality with which the Judiciary has interfered in the functional competence of the Legislative Power and, thus, legislating often on "blind spots" left by the Legislator. In this context, customs and social behaviors over time have induced judges to render jurisdiction in most of their cases according to their personal and intimate conception, using the principle of free conviction, not infrequently, making decisions of merit in default of legal dictates. Such conduct, consequently causes an avalanche to the already tumultuous and swollen judicial procedural system, collaborating for the slowness and collapse of the current system. Through the bibliographical and documentary research, the text presents structural arguments that justify the defended claims. The aim of this work is to understand to what extent it is possible to rely fully on judicial decisions made according to the free and conceptual criteria of State magistrates and judges, thus indicating the existence or not of the efficiency or inefficiency of the principle revealing the judge's freedom to judge.

Keyword: jurisdiction; civil lawsuit; procedural competence;

SOMMARIO: I pesi presentati hanno lo scopo di promuovere un invito ad una breve riflessione sul carattere abituale con cui la Magistratura sta interferendo con la competenza funzionale della Legislatura, anche legislativa, spesso "punti ciechi" hanno lasciato l'azione del legislatore in tal modo. In questo contesto, i costumi e il comportamento sociale nel corso del tempo hanno portato i giudici a fornire alla giurisdizione in gran parte dei loro casi in base al loro design intimo e personale, facendo uso del principio della libera convinzione, spesso pronunciando decisioni di merito in difetto di dettami legali. Questo condotto causando in tal modo una valanga al sistema giudiziario giudiziaria già sovraffollato e gonfio, contribuendo al crollo lento e il sistema attuale. Attraverso la ricerca bibliografica e documentaria, strutturando il testo presenta argomenti per rivendicazioni sostenute. Il lavoro mira a comprendere fino a che punto sia possibile fidarsi completamente nei giudizi dati come discrezione libero e concettuale di magistrati e giudici dello Stato, indicando in tal modo l'esistenza o meno di efficienza o inefficienza del principio rivelatrice della libertà di giudicare il giudice.

Parola chiave: giurisdizione; procedimenti civili; competenza procedurale;

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente sobre as competências de cada um dos poderes da República, cujas atribuições detém o crivo essencial para revestir-se da balança dos freios e contrapesos de Montesquieu. O Estado brasileiro tem demonstrado ao longo de seu crescimento que as instituições base de sustentação da República estão alcançando um nível de

maturidade nunca antes visto. As organizações de controle dos atos do Estado e aquelas responsáveis pelo acompanhamento da interação entre os Poderes, permitem a promoção do equilíbrio natural e necessário da saudável viabilização do estado democrático de direito e assim, o alcance da paz social sem perder de vista o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório nas relações conflituosas entre os indivíduos.

Mas até que ponto o juiz deve preservar ao máximo o espírito da lei e do direito ou deve buscar um resultado democrático segundo a vontade do povo? Ou ainda, deve aplicar o direito, segundo os critérios de sua convicção pessoal por mais sábia e justa, nos ditames da legalidade, fidelidade, moralidade e seus costumes? O que fariam os juízes na ausência da norma jurídica? Até que ponto os juízes são influenciados pela consciência de classe ou pelas circunstâncias econômicas?

A história tem mostrado que nas Nações totalitárias não há leis, o juiz é a própria regra. Todavia, ainda que nos regimes monárquicos exista uma legislação que balize a conduta oficiosa do magistrado, cujo ofício é seguir a lei, quando ausente tais colunas a delimitar sua atuação, não lhe resta outra alternativa senão afundar-se na busca do espírito das leis. É da República que a ordem jurídica justa seja pautada em uma Constituição concebida pela vontade coletiva e, sendo esta positivada, está o julgador adstrito a seus limites. De forma que não se poderá exigir qualquer interpretação da letra fria da lei em desfavor da vida, da honra ou do patrimônio de qualquer cidadão.

Todas essas questões espalham trevas nos anais decisórios do poder judicante. O sistema processual do sistema *civil law* deve ser encarado como algo mais holístico e menos mecânico, entretanto, deve balizar-se pelas colunas do direito positivo tão festejado pelo sistema legal. O que realmente é possível conceber é que boa parte dos juristas concordam que a retórica é a máscara das decisões judiciais ditadas por questões e convicções ideológicas ou classistas.

Pouco disso é efetivamente convertido ao direito puro e friamente ombreado pela incansável e insólita busca pela justiça. A hermenêutica tradicional afirma que o Poder Judiciário está cada vez menos preocupado com a construção crítica, inteligente e razoável de suas próprias decisões. Não se consegue apreciar com razoável equilíbrio os argumentos que correspondam a divergência teórica das discussões litigiosas.

Todavia, a intervenção do Poder Judiciário para garantir a aplicação efetiva da lei segundo os costumes, a doutrina e a jurisprudência alcançaram um patamar que hodiernamente tem sido denominado de ativismo judicial. De forma que, onde houver uma lacuna deixada pela

ação ou omissão do Estado, poderá o interessado promover a ruptura da inércia judicial para que o estado-juiz o faça, ainda que sua pretensão não seja efetivamente satisfeita e ainda, diante da inércia social ou do próprio estado, magistrados de todos os escalões têm invocado *per si* a jurisdição para o preenchimento da lacuna deixada.

A dinâmica natural da evolução do Estado e seus protagonistas são determinantes para construção da estrutura de resposta aos conflitos e demandas sociais, sendo nesse viés, que o Poder Judiciário tem o dever legal de prestar a jurisdição, ainda que para isso tenha que ingerir nas competências de outro Poder da República. A couraça que lhe reveste para tal atribuição está inserida na carta constitucional pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, posto que, a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Todavia, atropelam a inércia fundamental que delimita as ações judiciais.

No trabalho em apreço busca-se através da pesquisa bibliográfica e documental compreender esse fenômeno que se expande extraordinariamente, por meio do método dedutivo busca-se compreender o contexto geral instalado no cenário judicial a partir das decisões que invadem a esfera de competência do poder legislativo, ultrapassando os limites da tripartição de poderes.

2. O PODER DO ESTADO, OS GOVERNOS E SUAS ESTRUTURAS DE PODER

Sob a égide do estado democrático, como atribuir ou conceituar o poder estatal? Intrepidamente a doutrina ora se posiciona por um, ora se posiciona por outro. Tem-se que o poder do estado é jurídico ou político. Sobre esse aspecto algumas doutrinas têm se posicionado no sentido de preservar as características políticas do poder dominante ilimitado, não raro, existem opositores que defendem o nascimento do estado pela concepção jurídica de Hans Kelsen.

Dallari⁴ assevera que o poder estatal enreda a teoria geral do estado com a premissa doutrinária e central de que o poder do estado não se origina da tripartição dos poderes, mas apenas de um organismo abstrato, onde o próprio estado é um poder em si mesmo. Não por outro razoável motivo é que seus atos obrigam o particular, que o legitima em detrimento da vontade arbitrária individual. A forma como sua originalidade substancial o enraíza provocam as ações governamentais a partir de seus representantes, políticos ou não.

⁴ DALLARI, 2016, p. 112-115.

A tônica de maior característica do Estado é exatamente a expressão de seu poder, cujo fenômeno provoca verdadeira simbiose entre o Estado propriamente dito e sociedade. Mormente porque uma de suas mais importantes características é de fato a soberania da nação. Ou seja, não se pode conceber um Estado organizado sem que haja uma sociedade coexistente e sobreposta, submetida ao mínimo de atos regulatórios.

Conquanto se depreenda a possibilidade de um poder político ou jurídico, o poder estatal se desmembra pela dominação e não-dominação. E um não exclui o outro. Portanto, só inexistirá o poder dominante, se ausente o poder de império.

Jellinek⁵ afirma que na plenitude de suas faculdades operativas, o Estado é, sobretudo, normativo. A expressão viril e irresistível e ativa do estado, enquanto poder político, se esvazia quando se vislumbra a liberdade individual de renunciar a um poder estatal e submeter-se a outro, apenas pela vontade particular e aquisição de certo tipo de cidadania. De forma que o poder político se opera “*interna corporis*” em relação ao particular.

Se fortalece a ideia de que a força jurídica que possui o poder estatal, é em si mesma, o controle pelo qual o particular se submete a vontade coletiva pela legitimidade do poder jurídico do Estado.

Kelsen⁶ é precursor da corrente que afirma ser o Estado um poder destinado a consecução jurídica de seus fins e mantenedor da pacificação social pelo império das leis. Ainda que o Estado enquanto substrato de uma vontade coletiva organizada e abstrata, sua natureza jurídica encerra status de ordenamento normativo *erga omnis*, porquanto, passa a vigor autonomamente sob a ótica de sua própria ordem, a qual desloca o Estado naturalmente causal para a dimensão teórico-normativo.

Ou seja, o Estado passa a ser justificado por seus fins, que recobre a conduta geral pelo ordenamento do poder jurídico que exerce sobre a conduta do particular. Torna-se absolutamente dominante pela presença de seus principais elementos de conformação, povo, autoridade (poder) e território.

A organização mundial das sociedades políticas se aperfeiçoam em três diferentes tipos de estruturas, a republicana, a monárquica e a despótica. Na primeira o poder está, ou deveria estar, nas mãos do povo, cuja soberania e decisão é transferida cautelarmente ao Estado para que o represente perante suas necessidades. O segundo, encerra-se na condição una de condução das

⁵ JELLINEK, 1954, p. 320-324.

⁶ KELSEN, 1999.

coisas do Estado, sob o manto da lei. O terceiro, está vinculado, sobretudo, a execução dos atos segundo seus interesses⁷.

No governo republicano, a autoridade é confiada ao arbítrio e escolha do povo, o qual detém o poder e mostra-se admirável na forma com que faz suas escolhas e assim, diante da satisfação popular se infere a assiduidade do magistrado, sendo este o elemento mais que suficiente para escolha de um juiz.⁸

Para que a atribuição legislativa não fique concentrada, adotou-se na sociedade moderna o princípio da tripartição de poderes e o sistema de freios e contrapesos. Porquanto, seria possível a fiscalização intercorrecional dos poderes da República como forma de consolidação da democracia na sociedade moderna.

O referido princípio foi concebido em primeira instância por Aristóteles em sua obra “*A política*”⁹, admitindo que as decisões do Estado estavam vinculadas à três órgãos separados. Posteriormente, Locke¹⁰ asseverou que o Poder Legislativo deveria ser superior aos demais, haja vista sua importância no contexto político de uma nação.

No entanto, a organização departida dos poderes estatais possui várias fases em que foi forjada até alcançar a condição que atualmente se verifica no Estado moderno. Seja em uma concepção primitivista, seja na concepção contemporânea, certo é que vários pensadores e doutrinadores conceberam a necessidade a efetiva separação e controle do poder do Estado como forma sadia a governança da máquina pública.

Não obstante, o delineamento específico da divisão do poder, seus conceitos e atribuições, foi cunhado na obra “*Do espírito das Leis*” de Montesquieu¹¹, conformando assim, o princípio da separação dos poderes. Migrando desse horizonte para os dias atuais, verifica-se a adoção do princípio da repartição dos poderes pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Montesquieu¹², assevera que o homem tem o mau hábito de abusar do poder que a ele é conferido, em outras palavras, se o poder estivesse concentrado em apenas um, o sistema

⁷ MONTESQUIEU, 2014, p.55

⁸ MONTESQUIEU, 2014., p. 57

⁹ Para a filosofia do pensador grego a política é a ciência que estuda a felicidade do homem e subdivide-se em ética, consistente no estudo da felicidade individual, e a política efetivamente, que consiste na felicidade coletiva. Seus estudos tinham por finalidade investigar as conformações de governo e quais instituições seriam capazes de garantir ao cidadão uma vida feliz. Diante disso, a política de Aristóteles está no campo da “*práxis*”, cujo objeto busca interagir o conhecimento e o meio.

¹⁰ LOCKE, 2003.

¹¹ MONTESQUIEU, 2014.

¹² MONTESQUIEU, 2014.

sofreria um colapso, pelo que, justifica-se então a existência de um freio. Ou seja, a retenção de abusos de poder pelo próprio poder.

Todavia, essa intervenção judicial tem sido percebida como exagerada, haja vista que todo conflito, dúvida ou discordância tendem a provocar a quebra da inércia judiciária e, nesse ponto, obrigando os magistrados a legislar. Poder-se-ia denominar de Teoria da Apropriação Indébita da Razão.

A proporcionalidade se abstrai a medida que os conceitos crus se afastam do protagonista em razão do ilusionismo midiático que orbita os atores. Um tempo onde a globalização e o advento vertiginoso escalar das mídias sociais têm transformado cada indivíduo, cada homem ou mulher, em jurista, letrado, especialista em qualquer assunto.

Todos falam o que pensam sobre assuntos complexos sem temerária repreensão científica do que seja realmente correto. Apropriam-se à luz do dia da razão, sacando-lhe a espada em defesa de sua posição, ainda que sua versão dos acontecimentos não lhe seja coerente. Vislumbra-se o arraigado dissabor de impingir entraves à democracia independente do preço que se pensa querer pagar. A conduta tipificada no Código Penal¹³ descreve apropriação indébita como a ação de apropriar-se de coisa alheia móvel, de quem tem a posse ou a detenção.

Ora, se a personalidade hominal é fruto do distanciamento intelectual, material e moral do poder e da base estrutural da sociedade, temos que o rigorismo de princípios e regras provocam a adaptação social, segundo seu contexto temporal, aos moldes estabelecidos pelas tendências fomentadas por nichos econômicos, sociais e de poder.

O complexo sistema político brasileiro acabou por prostituir a democracia concebida em 1988 pelas vontades sociológicas e axiológicas dos representantes, construiu-se assim um latifúndio constitucional em extensão teórica, o que permite a cada indivíduo emitir opiniões absurdas e ainda assim, encontrar respaldo no ordenamento jurídico, apropriando-se da razão.

O caráter analítico retira o aspecto atemporal, haja vista, a existência de uma constituição, ou seja, não há protagonismo, mas um funcionamento mecânico da engrenagem que permite o congraçamento entre o sistema público e privado na prática corruptiva e, nessa esteira, o princípio legal do livre convencimento motivado destinado a garantir a liberdade julgamento aos magistrados vê-se prejudicado.

¹³ BRASIL. Lei nº 2.848, 1940. Código Penal, art. 168.

Isso porque, ainda que representantes do Estado, incumbidos de prestar a jurisdição, estes são seres humanos, com paixões, concepções, valores e preconceitos. Reis¹⁴ afirma ser a discricionariedade uma categoria interpretativa que dá condição a uma fundamentação argumentável com base em raciocínios construídos a luz da legalidade.

A despeito de o princípio do livre convencimento garantir a liberdade do julgador de apreciar o conjunto probatório de um processo e formar sua convicção, esta hermenêutica probativa é perigosa, pois, entendimentos políticos e não técnicos poderão ser auferidos nesse contexto.

Certo é que a fim de evitar que a razão seja indebitamente apropriada, dever-se-ia exarar o equilíbrio judicante entre a discricionariedade ou livre convencimento e uma ponderação razoável no trato das questões. A evidência mais cabal desta afirmativa é a assertiva de Dinamarco¹⁵ ao afirmar que a justiça das decisões tem conduzido tribunais à reflexão para estabelecer um novo formato quanto aos institutos técnicos-processuais, haja vista que algumas decisões se legitimam pela coisa julgada, no entanto, eternizam incertezas, quiçá, injustiças.

Todavia, Marin¹⁶ assevera que o reconhecimento do aspecto constitucional das decisões estabelecendo claramente a concretude de sua autoridade e assim, permitir ao juiz de primeiro grau desempenhar seu papel sem freios ou controles faz parte do conglomerado de instrumentos necessários a garantir segurança jurídica no sistema de “*civil law*”.

Ainda que haja uma previsibilidade, não se pode permitir essa amplitude de atuação por parte dos magistrados de primeiro grau, porquanto, culturalmente, estamos distanciados do sistema romano-germânico de aplicação legal, e isto, reflete na atuação política e não fundada na lei em alguns casos. Não se mostra razoável calcar um juízo de certeza com base em um sistema de precedentes, no entanto, perfeitamente viável estabelecer em primeiro grau o juízo de certeza calcado na lei e um juízo de certeza associado ao sistema de precedentes nas análises e decisões decorrentes das atuações dos juízes de 2º grau e de órgãos colegiados.

Necessário provocar destaque ainda a ingerência judiciária sobre as competências constitucionais do poder legislativo, no entanto, em decorrência da incompetência dos legisladores de editar normas com efetividade e presteza para atender a sociedade, não se outra forma de preencher a lacuna deixada pelo poder legislativo.

¹⁴ REIS, 2013. p. 308.

¹⁵ DINAMARCO, 2002. p. 33-76.

¹⁶ MARIN, 2015. p. 135.

Sem embargos, é devido a essa ingerência sistêmica que vem ocorrendo nos poderes da república, que julgadores passam da análise técnica para aplicação política da lei, é isso provoca à sociedade um abissal distanciamento da real justiça e da segurança jurídica necessária aos conflitos na busca da paz social.

Não é por menos que Perrot¹⁷ chama atenção para o aumento da angustia social pela demora na prestação jurisdicional, porquanto, não se consegue efetivar o direito constitucional de acesso à justiça com qualidade, em decorrência de decisões que passam à revelia da adequada hermenêutica da norma e restringindo muitas vezes direitos importantes como a propriedade e a liberdade individual das pessoas.

Nesse sentido, não se ousa reconhecer a necessidade apenas e mutação legal, mas de conceber uma mentalidade própria e pertinente aqueles que tem o dever de prestar a jurisdição. Juízes são escolhidos para prestar jurisdição no âmbito técnico e não político, e o que se vê é a necessidade de recursos e mais recursos para garantir que haja, ainda que em decisão colegiada, uma apreciação mais equânime com os ditames do ordenamento jurídico pátrio. Não fosse isso, não teria-se a afogamento processual que envolve o Poder Judiciário.

3. A DIVISÃO DE PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

O princípio da separação dos poderes representou uma garantia ao cidadão, afirmando a liberdade individual. Representou o modo de superação do absolutismo, a partir das teorias de Locke, Montesquieu e Rousseau. A divisão dos poderes no Estado contradiz a própria essência do governo absoluto, caracterizado pela existência de um único titular que exerce todos os poderes. Assim, a divisão do poder foi a forma encontrada para que o absolutismo, típica forma de concentração do poder, desse lugar a um novo modo de compreensão do Estado.

De acordo com Signorino¹⁸, a afirmação dos direitos políticos e sociais do indivíduo está impressa na história. Por meio de seus representantes, a sociedade atribuiu parte do poder supremo e uno do Estado a um terço da tripartição estatal. A divisão dos poderes representou a ponte que permitiu a passagem do estado absoluto para o Estado constitucional. Conquanto exista nas retóricas aristotélicas a discussão acerca do reconhecimento de uma

¹⁷ PERROT, 1998, p. 161-168.

¹⁸ SIGNORINO, 1908, p. 140. “nella storia politica rappresenta l’affermazione pratica dei diritti politici dei cittadini, chè la divisione dei poteri fu intesa nel senso di attribuire una parte del potere supremo dello Stato alla nazione, per mezzo dei suoi rappresentanti”. (trad.própria).

separação dos poderes do Estado, Aristóteles não criou nenhuma teoria, mas limitou-se a descrever as linhas principais do que havia então nas cidades gregas.

Locke¹⁹ distinguiu somente dois poderes, executivo e legislativo. De forma que Montesquieu estabeleceu a clássica tripartição, inserindo o Poder judiciário, ao qual foi atribuída também a função de controle da administração e seus atos. Como refere Bognetti²⁰, é preciso sujeitar os atos do poder administrativo do Estado ao controle da jurisdição para que não haja ruptura ao direito individual das pessoas, trata-se de um aspecto fundamental para o equilíbrio social da nação encontrado em todos os sistemas liberais contemporâneos.

A própria conceituação de poder permite algumas discussões interessantes. George Burdeau²¹ reconhece que o governante mesmo não pode definir o próprio poder, porque ao governante cabe apenas externar um poder que está além dele mesmo. Assevera que os governantes não podem, sob nenhum pretexto, definir os conceitos e as conformações de exercício da autoridade estatal, o poder, é de fato definido pela nação que viabilizam a representatividade operativa do Estado no regime que lhes excede.

Além disso, ao discorrer sobre o poder, é preciso perceber de que poder se trata. O exercício do poder, a administração pública contemporânea, haverá de realizar-se em consonância com o Estado democrático de direito e com os valores afirmados na sociedade contemporânea. Não se trata apenas do exercício do poder. É preciso mais, especialmente que esse poder seja exercido a fim de que se realize e se garanta a observância do ordenamento jurídico.

É por isso que a substância das ordens emanadas a partir do exercício do poder, tem importância reconhecida por Georges Burdeau²², pois não se pode sair por aí deliberadamente dizendo a quem se atribui o poder, ou ainda quem o exercerá, quando não se sabe exatamente o que é o poder. É fundamental que a regularidade das decisões seja previamente determinada e condicionada à ordem pública nacional, tanto quanto, o estabelecimento da origem substantiva da emanção pública dos atos administrativos regidos pelo poder dominante.

¹⁹ LOCKE, 2003.

²⁰ BOGNETTI, 1994, p. 40. “la sottoposizione dell’amministrazione al controllo della giustizia è un’esigenza imprescindibile – come è agevole intuire – di un modello costruito in funzione dei diritti delle persone. Come tale non poteva non trovare soddisfazione, almeno in qualche misura, presso tutti gli ordinamenti liberali”. (trad.própria).

²¹ BURDEAU, 1950, p. 102. “En effet, le Pouvoir ne peut pas être défini par les gouvernants, puisque, dans le régime étatique, ils ne font que mettre en oeuvre une puissance qui les dépasse”. (trad.própria).

²² Ibidem. “Dire par qui et comment sera exercé le Pouvoir c’est bien, mais encore faut-il savoir de quel Pouvoir il s’agit. Déterminer dans quelles conditions les décisions et les commandements devront être tenus pour réguliers c’est nécessaire sans doute à l’ordre public, mais il importe au moins autant de déterminer quelle pourra être la substance des ordres”. (trad. Própria).

Enfim, afora esses elementos, a clássica discussão acerca da própria divisão dos poderes perdeu sua expressão, na medida em que a consolidação do Estado democrático de direito permitiu a compreensão de que a divisão de que se cuida e, enfim, uma divisão de funções.

Com efeito, há mais de cinquenta anos, Loewenstein²³ já afirmava que a “separação dos poderes” representa um conceito obsoleto, porque reduzido a simples separação de funções entre os diferentes órgãos. Ou seja, a definição da mencionada separação é inerente a função e atribuição decorrente da atuação dos órgãos públicos que desenvolvem serviços na composição da Administração Pública, direta e indireta. O poder está repartido, por sua vez, através das técnicas de representação, nas democracias representativas.

A questão, passa pela própria repartição de funções, dentro do Estado. No caso brasileiro, a ausência de atuação efetiva do Poder Executivo, no tocante à saúde, conduz ao deslocamento da questão ao Poder Judiciário, numa evidente transferência de funções. Essa transferência não é um privilégio do Brasil, porque ocorre também em inúmeros outros países. Porém, no caso brasileiro, a ausência de políticas públicas eficazes – que, inclusive, permitam a análise do caso individual – torna ainda mais expressiva essa judicialização.

A possível assunção, pelo Poder Judiciário, da função que deveria ser realizada pelo Poder Executivo, pode representar uma anomalia, na medida em que um dos poderes constituídos não está realizando sua função, exigindo-se do outro, essa consecução. Todavia, ao Poder Judiciário cabe também a fiscalização dos atos do executivo e a complexidade das relações e das demandas envolvendo a saúde, reclama atuação célere, já que se trata de proteger a vida.

Ao final se trata, como diz Burdeau²⁴, do próprio exercício do poder estatal, pelos governantes, que terminam por concretizar o próprio poder. Se o ordenamento constitucional garante direitos fundamentais e sociais, então o comando que opera no sentido de realizar esses direitos, ainda que oriundo de outro poder, que não o Executivo, não ofende nem mesmo ao princípio da divisão dos poderes, ainda que considerado em seu sentido mais original.

O Poder Judiciário é um dos órgãos do Estado, o qual tem a responsabilidade de promover o acesso adequado e a efetiva prestação de serviços essenciais e garantia de direitos fundamentais. O Estado é um ente abstrato carente de vontade própria, que lhe é impingida por

²³ LOEWENSTEIN, 1965, p. 36. “What is colloquially, in erroneously, spoken of as the separation of *powers* is operationally only the distribution of specific state *functions* among different state organs. (trad. Própria).

²⁴ BORDEAU, 1950, p. 157.

seus governantes. Estes, emprestam aos órgãos componentes do Estado a vontade volitante do exercício efetivo do poder supremo, colocando em movimento as ações inerentes a força pela qual se vinculam as prerrogativas públicas dos poderes.²⁵

A afirmação de que é devidamente possível o controle dos atos da Administração Pública, pelo Poder Judiciário, também implica na admissibilidade da atuação do Poder Judiciário no momento em que o Poder Executivo não realiza as diretrizes estabelecidas no ordenamento constitucional. Trata-se de garantir a realização de um dos papéis do Poder Judiciário, que é também o de produtor do próprio direito a partir da atividade de aplicação da previsão legislativa ao caso concreto.

Essa aplicação, todavia, haverá de se realizar a partir da análise de todos os elementos que se façam presentes na atividade jurisdicional, bem percebidos por Zanon²⁶, quando afirma que não é função jurisdicional do magistrado a aplicação cega e mecânica da decisão política decorrente de ato legislativo. Sua função é atribuir o real significado da justiça em pauta no ordenamento jurídico positivado. Tem o condão de interpretar com tolerância o arcabouço jurídico normativo que dá vida ao direito. Desta forma, a decisão judicial, pautada pela jurisdição necessária, invoca a realidade do fato conformada pela norma que não raras vezes, se orienta pelo pré-conceito individualizado do caso concreto à luz da subjetividade axiológica que o envolve.

Enfim, a aceitação de que o Poder Judiciário possa exercer a função de garantir a realização do direito específico ou não, ainda que sem a primária intervenção do administrador público, não implica violação à separação dos poderes, podendo ser compreendida, em vez disso, como uma nova forma de repartição de funções dentro do mesmo poder.

A responsabilidade não decorre efetivamente da atuação dos juízes, mas estes têm a obrigação de responder quando são provocados. É característica responsiva da jurisdição, com efeito, interpretada como uma crise decisionista, dizer o direito aos que lhe invocam, sem o que, se esgotaria em si mesma pela inércia funcional e ineficiência se assim não fosse.

A intervenção à exceção da inércia judicial é fator desarrazoado de ativismo judicial na esfera do particular, porém a ingerência só se opera nas lacunas deixadas por aqueles que tem a

²⁵ Ibidem. “Parce qu’ils sont les organes de l’Etat, les gouvernants prêtent une figure concrète au Pouvoir, ils lui apportent ce qui lui fait défaut à titre de pouvoir étatique, c’est-à-dire une volonté; ils mettent en action, pour lui, la force contraignante que accompagne les prérogatives de puissances publique.” (Trad. Própria).

²⁶ ZANON, 2008. p. 227. “Il giudice non si limita ad applicare meccanicamente la decisione politica assunta in via generale dal legislatore, bensì attribuisce alla legge uno dei significati possibili (e lessicalmente tollerabili), e da questo punto di vista la sua è una vera decisione, spesso orientata da una pre-comprensione del singolo caso, alla luce di valori soggettivi”. (Trad. Própria).

responsabilidade de legislar e diante da incompetência legislativa deixam fissuras aptas a invocar a intervenção ativista judicante.

Tem-se que o direito moderno não comporta mais a logicidade não interventiva do racionalismo órfão da tradição cartesiana, a relatividade e plausibilidade depõe a favor da jurisdição e sua ingerência nos demais poderes, posto que sopro vital da jurisdição decorre dos anseios sociais expelidos pela nação. O reducionismo do direito ao calabouço quadrangular da norma não é mais capaz de sobrepor a vontade da nova geração de juízes que militam na caserna judiciária.

Maryn²⁷ discorre acerca da dispendiosa crise funcional, constitucional e estrutural no Estado moderno e imputa a motivação do período descontextualizado de crise jurisdicional à permanente ausência de critérios objetivos do decisionismo autofágico do Estado, cuja pestilenta contaminação provoca o declínio socioeconômico e político da nação. Tantos outros chegam a crer que melhor seria sobreviver anarquicamente aos desmandos sociais.

Contudo, nos parece teratológico lançar como necessário que juízes invadam o campo de atuação do legislador formal para suprir, sem provocação, aquilo que consideram ao modo individual de suas consciências por meio do livre convencimento motivado, à guisa de princípio jurisdicional em favor do jurisdicionado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que o Poder Judiciário tem se mostrado mais político do que técnico em suas manifestações nos últimos tempos, e por assim dizer, o mais burocrático dos poderes da República. E isso ocorre tendo em vista que o princípio do livre convencimento motivado, tem fomentado culturalmente interpretações à margem da hermenêutica fundamental do direito brasileiro. A exemplo disso, toma-se por referência as disposições para o gozo dos benefícios da assistência judiciária gratuita, cujo instituto tem por finalidade garantir o acesso à justiça. Para que o cidadão possa usufruir desse direito constitucionalmente garantido, este deve apresentar um rol de comprovações que não lhe são exigidos por lei, ficando tal apreciação a cargo do magistrado.

Ainda é de ressaltar que regra geral, as sentenças são redigidas por assessores, muitas vezes acadêmicos, pelo que, sem a imposição de cumprimento no âmbito da razoabilidade legal, afasta-se pelo princípio em destrinche a possibilidade de correção, ou seja, para rever a sentença

²⁷ MARYN, 2015, p. 120-121.

proferida em primeiro grau deve o interessado interpor recurso a órgão colegiado em 2º grau de jurisdição.

Conquanto, de fato, haja uma infinidade de lacunas e obscuridades na construção legislativa do ordenamento vigente, o limite da razoável intervenção judicial vem sendo ultrapassado pela ação ativista de magistrados que mais estão para justiceiros do que para prestadores jurisdicionais do Estado.

A prestação jurisdicional deve assentar-se como instrumento assecuratório de direitos, tanto quanto, de efetivação da justiça. Com efeito, o ativismo judicial provoca insegurança jurídica em todo o sistema, no entanto, uma vez provocado não pode eximir-se da prestação jurisdicional. Nos parece uma via de dupla mão sem sinalização a contento. Os elementos retóricos que conformam o Estado de direito, provocando a real segurança jurídica do sistema, decorrem da atuação limitada à efetiva prestação jurisdicional pelo estado-juiz.

Uma atuação deliberada por aquilo que se entende justo, a partir do Estado, provoca o conflito de competências, violações a legalidade, concepção de novas regras formais do direito obrigacional, indeterminada, e inevitável do prejuízo ao processo retorico argumentativo da hermenêutica judicial.

A intervenção ativista dos julgadores pode provocar substancialmente a potencialização da crise de poderes, levando a resultados inesperados e antagônicos que aumentarão a insegurança jurídica da prestação jurisdicional.

Certo é que a ambiguidade do princípio do Estado de Direito no tocante a segurança jurídica contribui para esse ativismo judicial que diariamente se depara, porquanto, infringência da legalidade pode fomentar a edição de um cem número de leis indiscriminadamente. A intervenção judicial nas esferas de competência dos poderes, especialmente legislativa, distribuem uma percepção de complexidade legal não uniforme, deformando aquilo que deveria ser uma referência basilar do estado neoliberal, o equilíbrio harmonioso entre os poderes da República.

Considerando, portanto, que a relevância e pertinência da temática decorre da necessidade de aprofundamento exploratório acadêmico do fenômeno da apropriação indébita da razão, cujo aspecto conceitual provoca um deslocamento do êxito equitativo dos poderes republicanos levando ao desarrazoado ativismo judicial, cujo tangenciamento jurisdicional, prejudica a efetividade da ordem jurídica justa e da paz social.

Derradeiramente, é imperioso que o Poder Judiciário zele pela guarda e proteção dos direitos e das garantias, individuais e coletivas, dos cidadãos, do Estado, não se olvidando da possibilidade de estrita prestação judicial ante a ruptura da inércia na atividade exponencial da justiça.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOGNETTI, Giovanni. **La divisione dei poteri**: Saggio di diritto comparato. Milano: Giuffrè. 1994.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Tome III: Le Statut Du Pouvoir dans L'Etat . Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1950.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. In: nascimento Carlos Valder (coord.) coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo. **Normas Constitucionais Programáticas**. Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Ed. Albatroz. Buenos Aires, 1954.

KELSEN, HANS. **Teoria pura do direito**. Martins Fontes. Trad. João Baptista Machado. São Paulo. 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965.

LUNELLI, Carlos. **Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental**. A contribuição do “*contempt of court*”. In: LUNELLI, Carlos. MARIN, Jeferson. Estado, Meio Ambiente e Jurisdição. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARIN, Jeferson Dytz. **Relativização da Coisa Julgada e inefetividade da jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade.** Curitiba: Juruá, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. **Do espírito das leis.** Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

PERROT, Roger. **O processo civil francês na véspera do século XXI.** Trad. Barbosa Moreira, v. 342, Rev. Forense, abr./mai./jun.1998.

RODRIGUES, Marcelo Albelha. **Processo Civil ambiental.** São Paulo: RT, 2010.

REIS, Mauricio Martins. **Jurisdição e Processo.** Jeferson Dytz Marin (coord.), v. IV. Curitiba: Juruá, 2013.

SIGNORINO, Vincenzo. **Valore giuridico della dottrina della separazione dei poteri.** Palermo: Libreria della R. Casa, 1908.

ZANON, Nicolò. **La responsabilità dei giudici: Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale.** Annuario 2004. Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Padova: CEDAM, 2008.