

Legitimidade do Poder Judiciário para a produção da decisão política na Teoria dos Sistemas

Judiciary legitimacy to produce political decision in Systems' Theory

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

RESUMO: O presente trabalho apresenta um estudo sobre o papel do Poder Judiciário como instância afirmadora dos direitos fundamentais, perpassando por discussões correntes acerca do chamado ativismo judicial, da legitimidade do Judiciário para a produção da decisão política e o tratamento dos casos difíceis (*hard cases*) por parte dos Tribunais. O trabalho é tomado pelo viés da Teoria dos Sistemas e a visão bastante particular de Niklas Luhmann, no sentido de preservar a separação dos sistemas da Política e do Direito, que embora exerçam influência recíproca, devem lidar apenas com os elementos que são de sua própria natureza, ou seja, seus próprios códigos internos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; divisão de poderes; legitimidade; casos difíceis; Teoria dos Sistemas.

ABSTRACT: This paper presents a study about the role of the Judiciary Power as an affirmative instance of the fundamental rights, going thru current discussions about the so called judicial activism, the legitimacy of the Judiciary to produce political decision and the treatment in Courts on dealing with the called *hard cases*. This work is taken by the view of the Systems' Theory and the peculiar vision of Niklas Luhmann, in a sense to seek the preservation and the separation of Politics and Law subsystems, which have mutual influence, however must deal with its own elements only, which means, their own internal coding.

KEYWORDS: Judicial review; separation of Powers; legitimacy; hard cases; Systems' Theory.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ativismo judicial. 3. Ativismo e legitimidade democrática. 4. *Hard cases*, legitimidade e ativismo. 5. Conclusão.

1. Introdução

O chamado *ativismo judicial* vem ganhando crescente atenção no Direito brasileiro. A atuação cada vez mais integradora dos juízes e dos tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, aponta para a importância do papel do Poder Judiciário na aplicação do Direito, em especial para a concretização dos direitos fundamentais.

A partir da Constituição de 1988, no âmbito do Supremo Tribunal Federal foram discutidas e decididas questões relevantíssimas, levadas à Corte por meio de instâncias recursais ou das *ações diretas*, como a *ação direta de inconstitucionalidade* (ADin), a *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC) e a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF). Alguns dos mais importantes julgamentos, por exemplo, decidiram ativamente sobre características de demarcações indígenas (caso Raposa / Serra do Sol); a possibilidade de interrupção da gestação dos fetos anencéfalos; a extensão de direitos equivalentes à união estável para aqueles unidos pelo mesmo sexo; a integral “revogação” da Lei de Imprensa; a vigência de pacto internacional no caso da prisão civil por dívida (depositário infiel); e a constitucionalidade da legislação permissiva para pesquisas com células-tronco embrionárias. Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 2011 no julgamento de Recurso Especial, considerou possível a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, a despeito da clara redação do Código Civil em sentido contrário.

Entretanto, o presente trabalho tem por escopo enfrentar, brevemente, a questão da legitimidade do Poder Judiciário para a modificação, criação ou integração do Direito e das normas legais. O desenvolvimento de diversas teorias jurídicas se preocupou e se preocupa com a questão da legitimidade do Poder Judiciário para a produção da decisão política, seja dentro do enfoque positivista, hermenêutico ou jusfilosófico, incluindo juristas de relevante influência no desenvolvimento do Direito no século XX, tais como KELSEN, BOBBIO, HART, DWORKIN, HABERMAS e ALEXANDER. Da questão da legitimidade também se preocupou LUHMANN, jurista e sociólogo alemão falecido no final do século XX, e um dos principais responsáveis pela aplicação da Teoria dos Sistemas ao Direito.

LUHMANN possui uma visão particular do Direito, encerrando-o em um sistema descrito em sua teoria da autopoiese, em que o Direito se deve encontrar autoproduzido a partir de elementos de sua própria estrutura, em especial pela chamada classificação binária entre *direito e não-direito*. A relação do direito com outros sistemas sociais, por sua vez, se daria por intermédio de esquemas comunicativos e de troca de informações, destinadas à captação de elementos externos e o retrabalho dessas informações na estrutura interna de cada sistema. Ou seja, os fatores que distinguem a estrutura de um sistema como a Política (dividida entre *poder e não-poder*) não são os mesmos que distinguem a estrutura do Direito, e portanto necessitam ser propriamente assimilados.

No exemplo em particular, a essencial “interface” entre o Direito e a Política seria a Constituição. Esse chamado “acoplamento” viabilizado pela Constituição permite que as relações de poder e de justiça não se confundam e sejam reciprocamente limitadas, promovendo o transporte da comunicação entre um sistema e outro, fazendo com que as relações entre Política e Direito deixem de ser *verticais e hierárquicas* para tornarem-se *horizontais e funcionais* (LEITE 2006, 169), isto é, a um sistema se revela em relação ao sistema que se contrapõe.

A Constituição, assim, relaciona o sistema político ao Direito, e a provocação deste pela Política revela-se no processo legislativo, passível de incorporar *necessidades políticas* no interior do Direito e vice-versa¹, sempre respeitando a estrutura própria de cada um dos sistemas.

Se ocorrer de o subsistema político não respeitar o subsistema jurídico, pode-se esperar o insucesso político – mas somente se o Direito mantiver sua força como sistema; noutras palavras, se as relações de poder romperem a estrutura do Direito, impondo-lhe decisão sobre o que é direito ou não-direito, este sistema estará corrompido e deixará de existir.

Para LUHMANN, o direito é um sistema especial: ele pode (ou deve), em tese, relacionar-se com todos os outros sistemas – uma vez sendo possível captar-lhes suas operações e convertê-las na interpretação direito/não-direito.

¹ Da mesma forma que possibilita a comunicação, o acoplamento estrutural também cumpre funções internas ao subsistema. Assim, “no modelo da teoria dos sistemas, a Constituição, embora acoplamento estrutural entre política e direito, é concebida por cada um dos sistemas como mecanismo interno de sua auto-reprodução. Ela possibilita o reingresso (*re-entry*) da diferença entre o jurídico e o político nos respectivos sistemas.” (NEVES 2006, p. 29).

Todavia, não sendo o escopo deste trabalho uma apresentação extensa da Teoria dos Sistemas, preocupar-se-á em apresentar e relacionar brevemente, a partir da colheita dos trabalhos de LUHMANN e de outros autores da mesma temática, alguns dos enfoques existentes sobre a legitimação do Poder Judiciário para a produção da decisão política.

2. Ativismo judicial

Em primeiro lugar, necessário se faz uma breve caracterização do que seja *ativismo judicial*. Historicamente, o ativismo se desenvolveu em grande parte no direito norte-americano e na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, onde o chamado *judicial review* enfrentou questões de extrema relevância para o direito daquele país, enfrentando e decidindo temas como o direito ao aborto, a constitucionalidade da pena de morte, a afirmação dos direitos civis (de igualdade entre raças ou etnias), e até mesmo para decidir uma eleição presidencial (a eleição em que concorreram George W. Bush e Al Gore), para citar apenas alguns exemplos.

No Brasil, como já exposto, o ativismo ganhou força a partir da promulgação da Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, que contém em seu texto a afirmação de uma extensa lista de direitos fundamentais, individuais e sociais. Essa renovação constitucional foi, por assim dizer, a mola propulsora para a mudança de papel do Poder Judiciário, vindo a se tornar mais presente na construção do Direito e na afirmação de seu papel como instância final de sua aplicação. Assim, numa definição sintética de E. RAMOS:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS 2010)

As condutas possíveis pelo Judiciário, a partir da sistematização de BARROSO, incluem três vertentes, todas ligadas diretamente à interferência deste Poder em relação aos outros:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO 2009, 6)

Portanto, a mais usual acepção do termo “ativismo” poderia significar a produção de decisão política, e este sentido, de certo modo, carrega em si certo tom de *transgressão* ou *violação* da separação de poderes, como se a invasão da esfera de atuação de outros poderes efetivamente se revelasse um fator de desestabilização institucional, ou que representasse um fator de insegurança jurídica.

Entretanto, o ativismo é em si uma necessidade contingencial, uma funcionalidade por assim dizer “adquirida” dentro da doutrina da separação de poderes, que justamente ao contrário de tender à desintegração institucional, se revela como fator de sua preservação.

Assim, o ativismo não é uma causa, senão uma consequência, da relação entre os poderes e a necessidade de preservação do Estado de Direito. Para LUHMANN, a proibição de denegação de justiça, como fundamento constitucional, obriga que o sistema se esforce para a acomodação e resolução de todas as questões passíveis de apreciação pelo Direito, sendo, portanto, o “direito judicial” como algo que submerge no contexto desta necessidade:

El simple reconocimiento del “derecho judicial” se queda, por consiguiente, en la superficie del problema. De la misma manera que la disolución de la jerarquía clásica cuando si quiere hacer ver como una relación circular de influencias recíprocas. Por lo visto se trata de la pregunta de cómo el sistema del derecho amortigua sus propios sobreesfuerzos y precisamente cómo y dónde. Esto remite de nuevo al significado lógico-estructural de la prohibición de la denegación de justicia. ¿Qué es lo que sucede con esta prohibición que mueve tantas cosas? ¿Se trata simplemente de una norma entre otras muchas, una disposición de derecho procesal? (LUHMANN 1978, 378)

Essa necessidade, entretanto, não é suficiente para caracterizar a legitimidade do Poder Judiciário para a produção da decisão política. Muitas questões precedem este papel, sendo a principal consistente no argumento de que o Poder Judiciário não contém, no procedimento de sua constituição ou composição (dos magistrados) qualquer espécie de participação democrática, sendo visto, por uma parcela da sociedade, como um poder fechado e até mesmo aristocrático.

3. Ativismo e legitimidade democrática

Em que consistira, portanto, o pressuposto de legitimidade do Judiciário para a integração do Direito? A simples necessidade de *concretização dos valores e fins constitucionais* justificaria o ativismo judicial?

Deve-se entender, inicialmente, com referência aos ensinamentos de LUHMANN, que a Política e o Direito são sistemas diferentes e, portanto, não se confundem. Dessa forma, provavelmente estaria equivocado afirmar que o Judiciário produza alguma decisão política. Em verdade, todas as *decisões* judiciais legítimas são *jurídicas* e não *políticas*. As *consequências* destas decisões é que, em determinado caso, podem ter algum *sentido* político.

Há opiniões, nessa toada, que não enxergam o ativismo judicial como decisão política (ou politização da justiça), e sim como decorrência da tarefa do Judiciário como poder a suportar a democracia representativa, tal como explicita BERGALLI:

O protagonismo judicial dos últimos anos não pode ser visto como uma tentativa de governo dos juízes nem como uma politização da justiça, e sim como um suporte da democracia representativa e um elemento corretor dos demais poderes constitucionais. (BERGALLI 1999)

No mesmo sentido, BARROSO aponta para a fonte constitucional de toda a atuação judicial, impelida pelo dever (e não opção) de concretização dos princípios e direitos fundamentais, componentes, em suas palavras, dos valores de uma sociedade democrática:

No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e os juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. (BARROSO 2010, 92)

Embora, de uma forma simplista, possa se acusar o Judiciário de uma completa falta de legitimidade democrática a partir somente dos dados de sua composição institucional, também se deve ter em mente que não estão os demais poderes isentos da contaminação de interesses não democráticos, isto embora tenham sido eleitos pela maioria. A ideia de democracia deve comportar um sentido maior, um sentido integrativo, no qual o papel do Judiciário na afirmação do Direito é tão importante quanto dos poderes *eleitos* democraticamente, como afirma BARROSO:

É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação. (BARROSO 2010, 391)

Fato é que, diante do crescente aumento dos conflitos sociais, decorrente da diversificação da cultura, da população, e dos elementos de intersecção entre todos os interesses presentes na sociedade, permitiu-se um acréscimo de possibilidades decisórias, e isso, de fato, foi uma opção do legislador, eleito democraticamente.

Essa opção consiste na adoção cada vez mais crescente de cláusulas gerais e *conceitos indeterminados*, que possuem, no enunciado normativo, conteúdo e extensão em larga medida incertos, e muitas vezes dependem de outros elementos axiológicos (como os princípios) para o preenchimento de seu sentido, quando da efetiva aplicação pelo juiz ao caso concreto.

ENGISCH reconhece que algumas leis, mais recentemente, são elaboradas de tal forma que os juízes não deduzem nem fundamentam suas decisões tão-somente com a utilização do critério da subsunção a modelos jurídicos fixos, interpretados seguramente. *Os juízes serão, dessa forma, chamados a valorar autonomamente a lei* (ENGISCH 1983, 207) e assim, necessariamente, o ato judicial de concretização do direito contém, em si, sempre uma integração, uma criação normativa, e a legitimidade dessa criação será encontrada pela reunião de determinados elementos formais, também de origem constitucional, como a *fundamentação*. Observe-se tal raciocínio, na lição de LORENZETTI:

O ato judicial, nos casos em que existe indeterminação, não é de mera aplicação, mas de criação normativa, só que de nível distinto daquele elaborado pelo legislador. O juiz cria a norma do caso, e nesse ato conecta o caso ao sistema, e é elaborada uma norma jurídica individualizada, cujas regras de produção devem ser respeitadas, como acontece no ato legislativo. Há uma inseparabilidade entre a “questão de direito em abstrato” e “a questão do direito em concreto”.

Se admitirmos essa premissa, estaremos na presença de um ato material que deve reunir elementos formais para que seja legítimo. O direito é um sistema que contém regras internas que deve ser respeitadas para que seja possível predicar a juridicidade de uma decisão. Por isso, da mesma forma que a lei, a sentença deve conter um procedimento formal que alcance, em nosso juízo, a argumentação jurídica. Neste sentido é dito que se trata de uma “hermenêutica de concretização”. (LORENZETTI 2009, 179)

O conceito aqui posto é o de um *sistema com partes móveis*, e essa *mobilidade* “significa a igualdade fundamental de categoria e a mútua substituibilidade dos critérios adequados de justiça, com a renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas” (CANARIS 2002, 282) e é assim vista por CANARIS:

O “sistema móvel” está, legislativamente, entre a formação de previsões normativas rígidas, por um lado, e a cláusula geral, por outro. Ele permite confrontar de modo particular e feliz, a polaridade entre os “mais altos valores do direito”, em especial a “tendência generalizadora” da justiça e a “individualizadora” e constitui, assim, um enriquecimento valioso do instrumentário legislativo. Ele não deve, contudo, ser exclusivamente utilizado, antes representando uma possibilidade legislativa entre outras, ligadas entre si. (CANARIS 2002, 282)

Representando, de fato, um novo paradigma, a equidade assume um importante papel na aplicação do direito, mesmo em países de tradição romano-germânica, positivista, como o Brasil. Ocorre, em tais casos, a chamada interpretação integradora do Direito. Integradora no sentido de completar-se a norma quando da aplicação ao caso concreto, não como mera deferência de discricionariedade ao Judiciário, mas de forma que torne possível o equilíbrio de todas as regras fundamentais, mediante uma jurisdição sob equidade, com aponta SILVA:

A interpretação integradora assume uma posição antitética em relação à discricionariedade que pode sobrevir, simultaneamente, em uma apreciação interpretativa, pois apesar da discricionariedade ter sua sede originária na atividade legislativa e administrativa, pode ser deferida à atividade jurisdicional mediante uma jurisdição sob equidade. (SILVA 2000, 247)

Porém, de que forma seriam os programas normativos, orientados por cláusulas gerais e conceitos indeterminados, capazes de afetar o problema da legitimação? Se a carga valorativa *pertence* a tal espécie de norma, como o direito positivo moderno, estabelecido e validado a partir de decisões, poderia pretender basear sua legitimidade na correspondência com valores ou princípios? Para LUHMANN, o Direito, ao lidar com a *indeterminação* normativa, cumpre uma função *transversal* de manutenção de coerência no sistema jurídico, tendo em vista decisões proferidas em outros casos. (LUHMANN 1978, 50) Assim:

Attraverso le analisi della dogmatica, quindi, l'indeterminatezza di regole legislative può essere non solo ridotta ma anche aumentata, come accade in particolare allorché la dogmatica deve generalizzare e problematizzare delle norme in vista dell'inserimento di altre possibilità di decisione. [...] la dogmatica definisce le *condizioni di ciò che è giuridicamente possibile* e, in particolare, le possibilità di costruire giuridicamente i casi giuridici. (LUHMANN 1983, 50)

Aparentemente não divergindo desse entendimento, BARROSO explicita:

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que

reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. (BARROSO 2009, 11)

A questão da legitimidade, nesse enfoque, terá de receber um encaminhamento totalmente diverso. Quando LUHMANN refere-se ao que denomina *conceitos jurídicos indefinidos*, reconhece que são parte de uma evolução do Direito, mas adverte que sua utilização não pode servir a soluções *ad hoc*, que tornem a prática jurídica inconsistente (LUHMANN 2006, 341).² Os conceitos jurídicos indefinidos são “fórmulas de compromisso” político, previstas na norma, e obrigam à uma decisão judicial fundamentada em *critérios jurídicos*, a partir do momento em que obrigam o julgador a remeter não só à legislação competente, como fonte do direito, mas *também a todo um universo de formação jurídica*. Assim:

Como resultado de estas conquistas evolutivas, el derecho en su totalidad se puede considerar autoproducido, como derecho positivo. La doctrina de las fuentes del derecho (cualquier cosa que signifique este concepto) se reformula en el siglo XIX y en el XX, de tal manera que no sólo la legislación sin también la jurisprudencia y el derecho consuetudinario (si los tribunales los retoman) y aun la dogmática jurídica misma, aparecen como fuentes del derecho. (LUHMANN 2006, 341)

Em termos de *segurança jurídica*, LUHMANN afirma, partindo da análise do Direito com base em sua teoria sistêmica, a necessidade de uma observação sociológica numa visão construtiva do Direito, capaz de inserir elementos valorativos externos, captados do sistema social, para sua tradução em valores aceites pelo sistema jurídico, que a partir deles resultará em decisões em seja necessária a composição dessa carga valorativa, como acontece, em grau elevado, com as cláusulas gerais:

² Para LUHMANN, os argumentos *ad hoc* e *ad hominem*, citando como exemplo a “ponderação de interesses”, são o cavalo de tróia de toda a Dogmática Jurídica (op. cit., p. 330).

La seguridad del derecho debe consistir en primer lugar, y ante todo, en la seguridad de que los asuntos, se si desea, se traten exclusivamente de acuerdo con el código del derecho, y no de acuerdo con el código del poder o de cualquier otro interés no contemplado por el derecho. Este problema se agudizó, sobre todo, en las sociedades más tradicionales, y siegue sendo agudo en varios países en vías de desarrollo, e incluso en países de tercer mundo que ya han pasado la frontera hacia la industrialización. (LUHMANN 2006, 253)

A captação de tais elementos valorativos está concentrada, sem dúvida, no texto constitucional, que congrega não só a previsão (aberta) de proteção dos direitos fundamentais³, mas também confere ao Judiciário, como visto, a possibilidade de tutela desses direitos mediante provocação. Assim, por ser constituída de um núcleo político legitimado, na opinião de STRECK não há qualquer espécie de abismo entre a democracia e o constitucionalismo (e, logo, da aplicação do Direito pelos tribunais com base em princípios constitucionais):

A Constituição, além de ser o elo conteudístico que une “política e direito” em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias, circunstância que, de modo algum, coloca um abismo entre democracia e constitucionalismo. E, ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado a partir de uma ruptura institucional. (STRECK 2008, 101)

4. *Hard cases*, legitimidade e ativismo

Os chamados “*hard cases*” constituem as questões levadas à decisão pelo Poder Judiciário, onde, pela conjunção de variados fatores jurídicos, políticos e sociais, apresenta-se grande dificuldade na elaboração da decisão pelo magistrado ou órgão colegiado.

A indeclinabilidade (*non liquet*), ou obrigação de decidir sobre um caso dado, impede que o juiz retarde sua decisão no aguardo de que a questão seja suficientemente discutida pelo

³ “Assim, a discussão em torno do arbítrio e da racionalidade na positivação normativa não se esgota no exame da legalidade, por intermédio do Estado de Direito, com suas normas impessoais, objetivas e gerais. Não basta, neste sentido, o exercício legal da força, mas é preciso, também, que seu uso seja legítimo. Uma norma é legítima quando sustentada sobre um valor e sua legalidade é dada pelo direito vigente, impessoal e objetivo. Caso não se esclareça o que se entende por esse valor – a justiça, nesta perspectiva, é uma questão aberta – não se pode compreender o sentido da norma e, portanto, verificar sua legitimidade.” (FARIA 1978, 80).

Direito.⁴ Há que se chegar a uma solução. No entanto, essa necessidade não significa dizer que a decisão não possa nem deva ser fundamentada com argumentos jurídicos, como forma de vinculação à lei e ao Direito, e também como forma de legitimação dessa decisão⁵. É esse dever de motivação que distingue a legitimidade do Poder Judiciário da legitimidade dos demais poderes, tal como entende BARROSO:

Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação. (BARROSO 2009, 14)

Não se deve permitir, entretanto, que o direito sofra a intersecção direta de elementos estranhos ao seu próprio sistema, sob pena de colocar a atividade jurídica em risco de instabilidade. O reconhecimento do direito à união homossexual por certo contém uma reflexão sociológica, mas parte de uma premissa consistentemente jurídica (de igualdade de tratamento entre as pessoas, independente de sua orientação sexual). Fundamentos sociológicos não de ser previamente selecionados pelo sistema jurídico e debatidos pelo Direito, e mesmo em casos extremos (*hard cases*), a liberdade do juiz continua restrita e deve ele demonstrar fundamentadamente a necessidade de alteração, adaptação ou complementação legislativa, sob pena de ultrapassar os limites de sua função jurisdicional e, via de consequência, de sua legitimidade para assim agir, com expõe LUHMANN:

El problema de los “hard cases” ya existía antes del proceso de diferenciación del sistema del derecho. Entonces estos casos difíciles

⁴ Sobre os *hard cases* e a posição dos tribunais acerca do *non liquet*, cf. LUHMANN (2006), p. 375 et seq.

⁵ Para BALESTERO, “No âmbito do Poder Judiciário, as decisões das causas baseadas em outros códigos representam um problema, como o que atualmente se fala em judicialização da política, da ciência, da economia, pois, se um juiz decide um caso concreto fazendo política pública ao invés de se ater à diferença entre “direito e não direito”, simplesmente tomou uma decisão política e não jurídica. O uso de outros códigos pelos tribunais na tomada de decisões, gera o fenômeno do ativismo judicial, tão debatido atualmente. No Estado Democrático de Direito o constitucionalismo possui força normativa, porém, ao colidir com aspectos sociais, econômicos e políticos da sociedade gera o problema da inefetividade da Constituição, ou a denominada “baixa constitucionalidade” ou “desconstitucionalização”, na qual, na aplicação do direito verificam-se a ocorrência de violências, afrontas à própria Constituição Federal. Com o ativismo judicial há o enfraquecimento da força normativa dos textos constitucionais e via de regra, da própria justiça que deveria ser garantidora da Constituição Federal.” (BALESTERO 2010, 52).

se decidían por el juicio de Dios. Actualmente parece que las convicciones morales del juez (dentro de las convicciones morales del pueblo) son un equivalente funcional del juicio divino: igual de improviso, pero con mejores posibilidades de contribuir a la formación del derecho y, de esta manera, transformar lo imprevisible en algo previsible. Piense lo que piense la teoría del derecho acerca de esta arrogancia moral, cuando se expone a los tribunales al imperativo de decidir, no se les puede pedir una lógica argumentativa que descarte los regresos ad infinitum o los círculos viciosos. Por eso se les perdona cuando se atienen a ciertos principios. (LUHMANN 2006, 377)

Entretanto, seguindo as conclusões de LUHMANN, enquanto houver *debilidade metodológica* e o *enfraquecimento* da Dogmática (LUHMANN 2006, 380), sem o uso da razão (ou com uso de motivos *metajurídicos*, tal como uma simples orientação política), haverá perda de certeza sobre as decisões judiciais, eis que débeis também sua respectiva *fundamentação*, nas palavras de alerta do autor:

Dentro del sistema jurídico se recomienda creer en la fundamentabilidad, aunque no en determinadas razones. Como concepto global de todas las razones importantes resulta casi imprescindible la razón [...] Desde puntos de vista como los de la ‘justicia de clases’ o la ‘técnica de trabajo jurídico insensible’, el estilo jurídico de argumentación ha sido criticado en las últimas décadas tan vehemente como superficialmente. Una observación sociológica, que trabaje con la teoría sistémica, elegirá un enfoque completamente distinto. (LUHMANN 1985, 94-95)

Tal fundamentação é necessária não somente para justificar atender às normas programáticas constitucionais, ou de legislação ordinária, que se trate de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados, mas para demonstrar que o julgador esteve atento a critérios superiores e consagrados de justiça. Em realidade, o argumento de LUHMANN é o de que, como os tribunais estariam bem ao *centro* do sistema do Direito, suas preocupações não seriam as mesmas daquelas existentes na elaboração de leis ou de contratos, por não estar a *produção legislativa* ou a *autonomia contratual* diante da necessidade de decidir conflitos e aplicar a justiça:

Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para construcción del universo jurídico, para el pensamiento

jurídico y para la argumentación jurídica. Por eso la legitimación, en el sentido de relación con valores que trascienden el derecho no juega un papel importante. Por eso, todo depende de que las decisiones anteriores que orientan perduren: salvo que se las cambie. Por eso, la res iudicata es intocable, a no ser que se apliquen reglas excepcionales previstas por el derecho. Y, por eso, el derecho debe como un universo cerrado en sí mismo en el que, aun bajo tensiones sociales extremas, se puede practicar la “argumentación puramente jurídica” que decide por sí misma los espacios de interpretación que se pueden permitir, y en el que se puede rechazar la deformación pretendida. (LUHMANN 2006, 379)

[...] Por de pronto volvemos a repetir: ni las leyes, ni los contratos se encuentran ante el imperativo de decidir. La validez del derecho se puede cambiar (o dejar de cambiar) con la selección de estas formas. A este respecto, sólo los tribunales viven una situación de excepción. Puede que las leyes y los contratos por razones políticas o económicas estén obligados a tomar una decisión. Pero estas son coacciones de otro tipo, ante las cuales el sistema del derecho está en libertad de decidir si son jurídicamente relevantes. En cambio, los tribunales – por razones jurídicas – deben decidir sobre cualquiera demanda que en ellos se presente. Sólo a ellos les incumbe el manejo de la paradoja del sistema – independientemente de cómo se quiera denominar eso en concreto. Sólo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación; sólo ellos fingen, cuando es necesario, la indisponibilidad de los principios. Sólo ellos están obligados a la decisión y, por consiguiente, sólo ellos gozan del privilegio de poder transformar la necesidad en libertad. Ningún otro órgano de la administración de justicia tiene una posición semejante. (LUHMANN 2006, 381-382)

Os *hard cases* são propostos ao Poder Judiciário pelo leque de ações que se encontra disposto no texto constitucional, destinado, principalmente, à proteção dos direitos fundamentais; logo, a sistemática presente na Constituição que serve para sua proteção, alinhada com o *non liquet*, obriga que o Estado disponha de mecanismos suficientemente competentes para a realização desses direitos, como expõe SILVA:

Se “proteger direitos sociais” implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem que, necessariamente, incluir ações. “Proteger direitos”, nesse âmbito, significa “realizar direitos”. Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção dos direitos sociais é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. (SILVA 2010, 77)

Para LARENZ, o desenvolvimento do Direito pelos tribunais se dá em relação também ao problema da fundamentação, isto é, quando uma decisão do tribunal não possa ser fundamentada por critérios exclusivamente jurídicos, inserindo-se decisões políticas, tal situação enfraqueceria o Estado democrático, colocando uma crise de confiança no sistema jurídico:

Mas fora destes limites é permitido, em todo o caso, aos tribunais um desenvolvimento do Direito, quando devido a uma recusa permanente do legislador, sobreveio um *autêntico estado de necessidade jurídico*. O exemplo já clássico, a esse respeito, é constituído pela resolução, que ficou famosa, do Tribunal do Reich [...]. Abstraindo de casos extremos, o limite do desenvolvimento judicial do Direito radica aí onde a resolução exigida já não pode ser fundamentada só em considerações jurídicas, mas exige uma decisão política, orientada a pontos de vista de oportunidade. Encontrá-la é, no Estado democrático, em princípio, matéria do legislador. Os tribunais carecem de competência para promover a conformação social.

Os tribunais deviam tomar muito a sério este limite, no interesse da sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que seus juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de Direito cairia numa crise de confiança. Em toda a louvável disponibilidade para desenvolver o Direito de modo criador os tribunais deviam ter sempre presente este perigo, para não defraudarem o limite da sua competência que, em concreto, não é, com frequência, facilmente cognoscível. (LARENZ 2005, 608-609)

5. Conclusão

De acordo com a sistematização proposta por ALEXY, a dogmática jurídica possui diversas funções que se complementam para prover a legitimidade das decisões judiciais, no sentido de emprestar significado à aplicação do Direito: *estabilizante; de progresso do Direito; de fundamentação às decisões judiciais; de uniformização; de assunção de valores pelo trabalho hermenêutico* e, inevitavelmente, uma função *técnica* (ALEXY 2008, 257-262).

Portanto, é de se concluir, no escopo deste trabalho, que em realidade inexistente uma verdadeira discricionariedade no âmbito da aplicação de valores e direitos fundamentais pelo

Poder Judiciário, ainda que textura aberta dos conceitos propostos pelo legislados aparentemente descortine o arbítrio judicial. No mesmo sentido, a legitimidade do Poder Judiciário para produzir a decisão política tem como fonte o próprio sistema jurídico, a Constituição e, principalmente, o dever ímpar de se ater à racionalidade jurídica, à sistematização, aos precedentes e à dogmática jurídica. Isto é o que reconhece BARROSO:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO 2009, 19)

Por fim, o que se pretende deduzir é que realmente não existe uma legitimidade do Poder Judiciário para a produção da decisão *política*, que no Estado democrático é reservada aos outros poderes, mas pode lhe caber, sim, uma vez instado a preservar o Direito, com seus valores e normas legítimos, produzir decisões *com reflexos políticos*, para as quais, evidentemente, está plenamente legitimado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.
- BALESTERO, G. S. / *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-56, Set. 2010, p. 52.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” *Revista Atualidades Jurídicas* 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora.
- BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Argentina, Colombia, España, Italia. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade: Uma Introdução à Política do Direito*. São Paulo: Perspectiva S.A., 1978.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEITE, Glauco Salomão. “A ‘politização’ da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial – Fundamentos de Direito*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- . “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Catedra Francisco Suares*, 87-103. Granada, 1985.

—. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Tradução: Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise - Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

—. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

—. *Decisionismo e discricionariedade judicial em termos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. O Direito e o Futuro, o Futuro e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.