

Os juízes criam direito?
Uma reflexão sobre ativismo judicial
e direitos fundamentais

Do judges create law?
A reflection on judicial activism
and fundamental rights

PAULO BRANDÃO

VOL. 6 Nº 2 SETEMBRO 2019

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

**OS JUÍZES CRIAM DIREITO?
UMA REFLEXÃO SOBRE ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**DO JUDGES CREATE LAW?
A REFLECTION ON JUDICIAL ACTIVISM AND FUNDAMENTAL
RIGHTS**

PAULO BRANDÃO
Av. Prof. Othon Gama D'Eça,
611 - Centro, Florianópolis - SC, 88010-400, Brasil
brandao@floripa.com.br

Resumo: O presente artigo, inserido no contexto de estudos de Política Constitucional, visa aproveitar das pesquisas e dos enunciados de Eugenio Bulygin e Pedro Moniz Lopes sobre o recorrente debate a respeito da criação de Direito pela via da atividade judicial para propor uma discussão que envolve também o ativismo judicial e os efeitos que ele gera no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Criação do Direito; Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais; Política Constitucional; Lacunas normativas.

Sumário: 1. Introdução. 2. A posição de Eugenio Bulygin. 3. A posição de Pedro Moniz Lopes. 4. Iniciando a conversa. 5. Pressupostos para o questionamento inicial: os juízes criam Direito? 6. O ativismo judicial como forma de desconstrução do Direito. 7. Ativismo judicial e Direitos Fundamentais. 8. Considerações finais.

Abstract: In the context of constitutional policy studies, this article is intended to discuss the research and statements of Eugenio Bulygin and Pedro Moniz Lopes regarding the recurring debate about law-making through judicial activism. It proposes a discussion about judicial activism and its effects on the fundamental rights.

Keywords: Creation of the Law; Judicial Activism; Fundamental Rights; Constitutional Policy; Normative Gaps.

Summary: 1. Introduction. 2. The position of Eugenio Bulygin. 3. The position of Pedro Moniz Lopes. 4. Starting the conversation. 5. Assumptions for the Initial Questioning: Do Judges Create Law? 6. Judicial activism as a form of deconstruction of the Law. 7. Judicial activism and Fundamental Rights. 8. Final considerations.

1. Introdução

Em 2003, Eugenio Bulygin escreveu um artigo tratando do tema referente à criação judicial do Direito.¹ O tema não era, e não é, novo, como reconhece Bulygin, já na introdução de seu trabalho, ao afirmar que essa “é uma questão muito debatida nos últimos duzentos anos”. Além do mais, as respostas dadas ao questionamento que fez no título, afirma, têm sido muito diferentes.²

Em razão da atualidade, da complexidade e da importância do tema, em 2016, Pedro Moniz Lopes apresentou, em evento realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, um artigo em que faz uma análise dos modelos teóricos que pretendem enfrentar o tema da criação de Direito por parte dos juízes tendo por referência o já referido artigo de Bulygin.³

Ainda que o tema não seja novo, ele é atual e demanda um alto grau de reflexão. A contribuição dos dois autores é substancial e consistiu em um instrumental que propicia uma série de outras indagações e convida a explorar outros escaninhos do labirinto formado pelos intrincados argumentos que envolvem a produção do Direito e a feitura da norma.

O debate sobre a criação do Direito e a atividade judicial ganha ainda maior relevância quando se insere nesse contexto uma certa tendência, que também não é nova,⁴ de juízes que pretendem colocar-se acima da lei e da Constituição com a pretensão de estabelecer o Direito que melhor atende, no entendimento deles, os interesses da coletividade. A esta conduta dar-se-á neste trabalho o nome de ativismo judicial.

O método adotado será multidimensional. Em uma dimensão far-se-á uma análise descritiva dos artigos de Eugênio Bulygin e de Pedro Moniz Lopes, das tradições de Direito que envolvem ambas as análises e das normas que veiculam e protegem Direitos Fundamentais para estabelecer suas diferenças e limites, adotando a dimensão analítico-conceitual. A descrição de normas das Constituições que servirão de paradigma para a sustentação da tese insere-se na dimensão normativa. Por fim, a referência das normas de diversas Constituições e a disciplina dos Direitos Fundamentais abrangidos pela proposta do trabalho configura a dimensão empírica.

Os trabalhos analisados têm como finalidade tratar da questão da criação das

1. E. BULYGIN, “Los Jueces ¿Crean Derecho?”, *Isonomia*, n.º 18, 2003, pp. 7-25.

2. BULYGIN, *Isonomia*, p. 7.

3. P. MONIZ LOPES, “Uma incursão nos modelos teóricos de criação judicial de direito a partir de «Los Jueces ¿Crean Derecho?» de Eugenio Bulygin” in P. MONIZ LOPES, *Estudos de Teoria do Direito*. Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 35-63.

4. Em 1625, Francis Bacon afirmou que os juízes devem ser leões sob o trono. “Solomon’s throne was supported by lions on both sides: let them be lions, but yet lions under the throne”. F. BACON, *The Essays of Francis Bacon*, New York, Charles Scribner’s Sons, 1908, pp. 257-258. Mais tarde, em 2009, Luciano Volante, ao tratar do tema “Magistrados”, atualizando Bacon, enunciou: “O relacionamento entre política e justiça é ainda hoje muito difícil. O trono deseja ardentemente esmagar os leões. Os leões manifestam uma certa propensão em sentar-se sobre o trono”. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Giulio Einaudi, 2009, p. 3.

normas jurídicas com caráter de generalidade. Já este artigo não tem a mesma amplitude. A pretensão aqui é utilizar o pensamento de ambos os autores para tratar de um tema bem mais restrito, que é o comportamento do juiz que se pretende ativista e a repercussão dessa conduta no âmbito do que se pode chamar de microsistema jurídico que é constituído de normas jurídicas de Direitos Fundamentais.

2. A posição de Eugenio Bulygin

Bulygin lembra que não há consenso sobre o que se entende por Direito e nem mesmo o que significa dizer “criar direito”. Após esse enunciado, passa de imediato a tratar da possibilidade de criação de normas por parte do juiz, enfrentando as três correntes que identifica como aquelas que se alternam na tentativa de apresentar uma melhor resposta ao questionamento. Dessa forma, a criação de Direito se identifica com a criação de norma jurídica.

A doutrina que ele chama de tradicional é a que entende que o Direito é o conjunto de normas com caráter geral, criado pelo legislador, estando o juiz limitado a aplicar o “Direito” aos casos particulares. Para os seguidores desta concepção o juiz nunca cria o Direito, ou seja, nunca cria norma de caráter geral.

A segunda corrente doutrinária vê o Direito como o conjunto de todas as normas, sejam gerais, sejam individuais, competindo as primeiras ao legislador e as segundas aos juízes,⁵ concluindo, portanto, que os juízes criam o Direito no âmbito de sua competência. Esta corrente, informa, é representada de forma especial por Hans Kelsen.

A terceira orientação seguida por parte dos doutrinadores, defendida pelo próprio Bulygin, afirma que em condições normais os juízes não criam o Direito, mas o fazem em situações especiais e quando fazem constroem normas com caráter geral.

Seguindo esta última tese doutrinária, Bulygin afasta de plano a afirmação de que o juiz nunca cria norma de caráter geral e faz uma crítica ao entendimento da segunda corrente, tratando de modo particular das lições de Kelsen. Para sustentar seu ponto de vista se ampara parcialmente nas lições de Von Wright. Bulygin define normas gerais como aquelas que relacionam “casos genéricos e soluções genéricas” e normas individuais que “correlacionam uma certa descrição de um caso individual com uma solução individual”.⁶

5. Quando se alude a normas individuais criadas pelos juízes tem-se em mente o título do trabalho, posto que Kelsen admite a criação de norma individual pela via do negócio jurídico (contrato).

6. BULYGIN, *Isonomia*, p. 12. Em nota de rodapé Bulygin afirma que usa a expressão “norma geral” com o mesmo sentido que Von Wright trata do que chama de “norma eminentemente geral”. No entanto, há uma diferença entre uma e outra para este último autor. “Llamaremos a una prescripción *general*, si es general con relación al sujeto o a la ocasión (o a ambos). Si es general con relación a ambos, al sujeto y a la ocasión, la llamaremos *eminentemente general*”.

Contesta a concepção de Kelsen de que as sentenças constituem uma norma individual. Segundo o autor, Kelsen não leva em conta o ato complexo que é a decisão judicial uma vez que existe uma parte da sentença que não é dispositiva, mas resolutive. Esta parte, diz, é essencial e constitui a justificação, mas não corresponde a qualquer comando. Além disso, afirma, é duvidoso que as chamadas normas individuais tenham mesmo o carácter de norma, sugerindo que a parte resolutive da sentença, por isso, deve ser entendida como “disposição” ou “mandato” e não como “norma individual”.⁷

Em síntese, de plano Bulygin afasta as duas primeiras correntes. A primeira porque entende que não há espaço para criação do Direito por parte do juiz e a segunda por afirmar que o juiz cria o Direito somente no âmbito das normas individuais e isso, afirma, não é criar Direito, porque ainda neste caso o juiz está fundando em uma norma de carácter geral criada pelo legislador. Para ele “el juez sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada pelo legislador”.⁸

Apresentadas as tendências doutrinárias que buscam responder a primeira questão e uma vez firmada a sua posição, Bulygin questiona sobre qual a conduta que deve tomar o juiz quando o Direito não resolve o caso que lhe é submetido. E chama essa situação de lacuna normativa, ainda que ponha em dúvida se efetivamente existe alguma lacuna normativa.⁹

Sobre o tema das lacunas normativas três são as posições doutrinárias identificadas no artigo: a) as que negam a possibilidade de lacunas por entender o direito completo; b) as que admitem a existência de lacuna, mas consideram que os juízes conseguem resolver todos os casos dentro do sistema de normas; c) as que afirmam que a existência ou não de lacunas é uma questão empírica e, por isso, contingente. Segue o autor esta última orientação, expondo-a na continuação de seu trabalho.¹⁰

Após longo debate com o pensamento de outros autores, Bulygin conclui que as normas criadas pelo Poder Legislativo são obrigatórias inclusive para os juízes. Afirma ainda que no caso de lacuna normativa quando o juiz aplica uma norma justificando sua decisão não obriga, em princípio, os demais juízes. Porém, “una norma general ‘creada’ por un juez em un caso determinado constituye un precedente”. Diz, ainda, que se os demais juízes seguem a mesma linha de decisão haverá uma “jurisprudencia uniforme”, mas se algum juiz julga em sentido contrário haverá um conflito de normas que seria resolvido por outros juízes o que fará com que a criação judicial termine estabelecendo uma norma

V. G. H. VON WRIGHT, *Norma e Acción: una investigación lógica*, Traducción por Pedro Garcia Ferrerò. Madrid. Tecnos, 1970, p. 97.

7. E. BULYGIN, *Isonomia*, pp. 12-13.

8. BULYGIN, *Isonomia*, p. 14. Essa posição Bulygin já havia sustentado em capítulo próprio na seguinte obra: C. E. ALCHURRÓN e E. BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-369.

9. BULYGIN, *Isonomia*, p. 14.

10. BULYGIN, *Isonomia*, pp. 14-15.

com caráter geral e de origem jurisprudencial. Arremata afirmando que a criação do Direito pela atividade judicial “se produce tanto en los casos de lagunas normativas como en los de conflicto de normas”,¹¹ embora não trate no artigo desta última hipótese.

3. A posição de Pedro Moniz Lopes

Lopes, no já referido artigo, que foi o que, em verdade, chamou a atenção para a produção do presente, faz um relato circunstanciado da sustentação apresentada por Bulygin e trata de forma mais articulada e com aportes complementares os fundamentos apresentados pelo autor argentino. Lopes foca sua análise especialmente na teoria da criação excepcional do Direito pelo juiz, tratando com propriedade a questão das lacunas normativas, na qual havia parado a análise de Bulygin, especialmente quanto a hipótese de conflitos normativos, que este não enfrentou.¹²

Mesmo reconhecendo a importância da doutrina de Lopes, os limites deste ensaio não permitem um relato mais circunstanciado, razão pela qual se apresenta uma análise mais sintética para noticiar as conclusões a que chega o autor.

Ao fazer um balanço da teoria da criação excepcional das normas, Lopes afirma como precisas as críticas de Bulygin a Kelsen, de forma especial porque este último autor parte de pressupostos que afirmam a completude e a consistência do Direito. Todavia, apesar de concordar com a assertiva de criação do Direito pelo juiz no cenário de lacunas normativas, faz consistente crítica ao posicionamento no que se refere ao âmbito do conflito normativo, afirmando que, neste ponto, pode-se dizer que a teoria incorre no mesmo erro atribuído à doutrina de Kelsen. Isso ocorre porque, segundo entende Lopes, a única possibilidade que poderia levar a compreender a criação do Direito no âmbito do conflito normativo seria pela via da ponderação e esta, afirma, é uma contradição idêntica àquela atribuída a Kelsen, porque a ponderação pressupõe as normas de reconhecimento que integram o sistema jurídico e não se trata, necessariamente, de criação de normas. Além disso, continua, Bulygin desconsidera outros pontos essenciais “constitutivos da actividade judicial”.¹³

A partir dos pressupostos lançados, que estão aqui relatados em apertada síntese, Lopes acresce ao tema da interpretação jurídica no contexto da criação judicial.

A reflexão agora parte da afirmação de que a divisão hermética

11. BULYGIN, *Isonomia*, p. 25.

12. Moniz Lopes enfrenta o tema da lacuna normativa sob o título de “Criação judicial do direito em cenários de ‘too few norms’” e o do conflito com o nome de “Criação judicial do direito em cenários de ‘too many norms’”. V. MONIZ LOPES, *Uma incursão*, pp. 42-53.

13. MONIZ LOPES, *Uma incursão*, pp. 53-55.

entre criação e aplicação do Direito, professada pela corrente tradicional, está completamente infirmada, em razão da possibilidade de uma renovação dos enunciados pela via da aplicação das normas aplicáveis aos casos decididos.

Dado que enunciado normativo é diferente da norma, uma vez que esta corresponde ao significado daquele, a interpretação é necessária para a mediação que determina a passagem “do *Master Book*, enquanto conjunto de enunciados ou ‘fontes do direito’ *stricto sensu*, para o *Master System* enquanto conjunto de normas”.¹⁴ Segue o autor afirmando que a interpretação tem um caráter criativo que advém da indeterminação que caracteriza a quase totalidade dos textos jurídicos.

O caráter criativo da interpretação, diz o autor, foi desconsiderada (não negada¹⁵) por Bulygin, mas ela é, no entanto, muito relevante para a atividade judicial.¹⁶

Com precisão, Lopes difere a interpretação cognitiva, que tem uma finalidade científica e constitui uma atividade neutra que visa somente apontar as diversas possíveis interpretações propiciadas por um determinado enunciado, e a interpretação decisória, que tem uma dimensão política e corresponde à aplicação do Direito. Na dimensão decisória, o aplicador elege um dos significados possíveis e, dessa forma, descarta os demais. Afirmando o caráter criativo desta operação Lopes a chama *adjudicative interpretation*.¹⁷

É a proporção do nível de vagueza dos enunciados normativos que vai determinar a relevância e ocorrência da criação interpretativa decisória.

Todavia, Lopes aponta as dificuldades que decorrem de escolhas do enunciado pela via da interpretação. Os intérpretes, sobretudo os juízes, amparados no que chamou de *backgrounds teóricos*, que se tornam em veículo “camuflado no exercício interpretativo”, usam a interpretação para formular normas implícitas que servem como premissas para a resolução dos fatos que lhes são submetidos. Ainda pode ocorrer de essa criação pela via interpretativa se dar no âmbito das chamadas *lacunas de reconhecimento*, que opera no nível das obscuridades decorrentes dos enunciados normativos ou, ainda, do caráter autônomo do Direito Jurisprudencial, assentado em criações jurídicas autônomas (*ex nihilo*), sustentadas em critério naturalista ou em “determinadas mundividências filosóficas, políticas ou religiosas não dotadas de intersubjetividade”.¹⁸

Finaliza Lopes afirmando que as escolhas ponderatórias, levadas em conta por Bulygin, e as escolhas interpretativas, que são objeto de sua contribuição, são modos de criação do direito pelos juízes, ainda que exista diferença entre elas. Há, no entanto, como traço comum o fato de que ambas constituem escolhas,

14. MONIZ LOPES, Uma incursão, p. 56.

15. MONIZ LOPES, Uma incursão, p. 63.

16. MONIZ LOPES, Uma incursão, p. 57.

17. Moniz Lopes informa que usa a expressão *adjudicative interpretation* em alusão ao fato de Bulygin aceitar que a *adjudicative balancing* (ponderação) é uma forma de criação do direito no âmbito de normas conflitantes.

18. MONIZ LOPES, Uma incursão, p. 62-63.

embora no primeiro caso, ainda que frequente, seja contingente, e no segundo seja uma inevitabilidade.¹⁹

4. Iniciando a conversa

A contribuição de Eugenio Bulygin e Pedro Moniz Lopes para o debate da criação do Direito é inegável, pelo próprio conteúdo de cada um dos trabalhos que apresentam, mas também pelas questões que suscitam.

O problema que ambas as visões inserem no estudo do Direito é que elas tratam da criação da norma e, por consequência da criação do Direito, sem levar em conta, ou no mínimo sem enunciar, que o tema leva em conta somente o Direito Continental Europeu, da tradição de *Civil Law* e não pretende enunciar a realidade do Direito típico da *Common Law*. Aliás, essa postura é recorrente na doutrina e na aplicação do Direito na atualidade em grande parte dos países que adotam o sistema de *Civil Law*, servindo de exemplo a realidade do Brasil, onde, talvez, a confusão seja mais pronunciada. A desconsideração da diferença entre essas duas formas de criar norma e Direito tem efeitos tanto no âmbito científico, porque pretende-se dar à norma uma definição abrangente que não atende à realidade, posto que enuncia somente uma das formas de construção, quanto no espaço da pragmática, já que o aplicador do Direito se sente livre para decidir sem qualquer parâmetro, o que coloca em cheque a regra do jogo de qualquer sistema democrático.

A pretensão no presente ensaio é a de inserir no debate o ponto que leva mais adiante o debate e sobre a construção do Direito, a partir de uma visão mais ampla sobre a gênese da norma. Não há, certamente, a intenção de fazer um estudo completo sobre a norma, mas simplesmente de afirmar que o tratamento científico é incompleto, por não enunciar de que sistema de norma está tratando, e demonstrar as consequências práticas dessa postura.

Com foco no que se costuma chamar no Brasil de ativismo judicial e, em especial, no modo como esse ativismo interfere na concretização dos Direitos Fundamentais é que se pretende desenvolver as argumentações que seguem a partir de agora.

Cabe observar que em nenhum momento haverá a pretensão de afirmar que o Direito do sistema de *Civil Law* é completo, coerente e consistente, pois, como salienta Pedro Moniz Lopes, sendo produto do labor humano, muitas “vezes não é”, seria “muito estranho que o fosse” e ainda “mais estranho, especialmente a respeito da consistência, seria que o *tivesse de ser*”.²⁰

Todavia, também se pode afirmar que, ainda que assim não seja, a condição ideal do Direito é a de que ele fosse completo, coerente e consistente

19. MONIZ LOPES, Uma incursão, p. 63.

20. P. MONIZ LOPES, Uma incursão, p. 44.

e o papel daqueles que estão comprometidos com a construção do Direito é o de buscar aproximar o máximo possível o sistema jurídico dessa condição.

Por outro lado, também é possível sustentar que muitas vezes os espaços de incompletude, incoerência e inconsistência estão bem mais aquém daqueles limites enunciados por parte da doutrina. Esta atitude, de exacerbar os limites dessas debilidades do sistema, tem ajudado a desequilibrar o sistema jurídico vigente, ampliando, na contramão do próprio sistema, os poderes criativos de normas pelo juiz e dando oportunidade a uma (falsa) criação de normas. Há um agravamento do problema quando se trata de concretização de Direitos Fundamentais, como será demonstrado em outro tópico.

A falha mais expressiva, no entanto, está em tratar a incompletude do Direito, com foco na ausência de normas, com caráter de generalidade, sem levar em conta que no sistema da *Common Law*, no qual o juiz faz a norma, e quando a constrói parte de um caso concreto sobre o qual a própria norma já terá aplicação, diferentemente do sistema de *Civil Law*, no qual o legislador estabelece a norma a partir da ocorrência de fatos pretéritos sobre os quais a norma elaborada raramente se aplica. Logo, afirmar a incompletude, coerência e consistência do Direito pressupõe entender também se e quando o juiz cria o Direito, o que será objeto do próximo tópico.

5. Pressupostos para o questionamento inicial: os juízes criam Direito?

Não há nenhuma discordância com as afirmações de Bulygin e Lopes no que se refere à crítica dirigida por ambos à primeira das posições que pretendem responder ao questionamento sobre a criação judicial do Direito.

No entanto, as sustentações no que se refere ao tratamento dado por Bulygin às duas posições seguintes é que constituem o mote da presente conversa. Adere-se à crítica de Lopes afirmando que Bulygin aponta falhas no raciocínio de Kelsen e recai na mesma falha que havia apontado.

Sem repetir a crítica no mesmo plano que a de Lopes, é importante abordar o tema fazendo algumas diferenciações necessárias.

O direito é um sistema de normas. E é um sistema formado por normas que se originam de formas e lugares diversos, dependendo de circunstâncias sociais ou históricas, “pois não há uniformidade entre os diversos países e nas diferentes épocas quanto às formas de elaboração do direito”.²¹

Enunciar que o Direito é um sistema de normas significa dar caráter de generalidade para qualquer Direito e em qualquer época. Todavia, é de suma importância observar que a forma de construção das normas em cada um dos sistemas de Direito é diferente e isso faz dispar também as formas de aplicação

21. M. REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 27.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 141.

dessas mesmas normas e de garantia de direitos no interior de cada um. Por isso, é impossível definir as fontes normativas sem levar em conta, inicialmente, a marcante diferença existente entre o sistema da *Common Law* e o sistema da *Civil Law*.

Em rápida e apertada síntese, veja-se a seguir as razões que determinam a afirmada diferença.

O Direito Anglo-Americano, da tradição da *Common Law* tem seu nascimento vinculado com o Poder do Soberano. Em 1066, quando Guilherme foi entronado Rei, após submeter os povos anglo-saxões, prometeu, espontaneamente, respeitar os direitos costumeiros dos diversos povos conquistados e determinou que seus juízes (delegados do Poder Soberano) trouxessem ao centro do poder toda a experiência e todas as soluções advindos dessa experiência e formassem, naquilo que fosse possível compatibilizar, um “direito comum” aplicável a todos. A tradição jurídica e judicial da Inglaterra, ainda que tenha sofrido algumas transformações, mantém como base de seu sistema jurídico aquela tradição de Direito iniciada com a atitude de Guilherme.²²

O direito dos Estados Unidos da América segue essa mesma trajetória, com modificações importantes, mas sem alterar a estrutura principal do Direito Inglês. Ainda tem na *Common Law* o principal elemento formativo de seu Direito.²³

Em uma síntese do Direito Anglo-Americano, ao menos como princípio majoritário da produção do Direito, o juiz faz a lei!

A tradição da Família Romano-Germânica, também conhecida como *Civil Law* (para fazer contraponto com a *Common Law*) ou Direito Continental Europeu, tem no Poder Legislativo o principal artífice da construção das normas jurídicas, é importante reter essa informação, e do sistema jurídico.

A origem desta última tradição está na longa construção filosófica sobre o Estado que iniciou com Maquiavel, passando, entre outros, por Hobbes, Locke e Montesquieu, entre outros, e se concretizou na Revolução Francesa. Para esta concepção, fundada na separação dos Poderes, a aplicação do Direito é diversa da sua criação.²⁴

22. Sobre a síntese ver: M. G. LOSANO, *Os grandes sistemas jurídicos*, Tradução de Marcela Varejão, Rio de Janeiro, Martins Fontes, 2007.; R. DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Tradução de Herminio A. Carvalho, 4.^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002.; G. CRISCUOLI, *Sintesi delle fonti del diritto inglese*, Palermo, CELUP, 1977, p. 17.; P. G. LUCIFREDI, *Apunti di diritto costituzionale comparato: Il sistema Britannico*, Milano, Giuffrè, 1973.; G. F. S. SOARES, *Common Law: introdução ao direito dos EUA*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

23. A respeito, consultar, em especial: J. C. ADAMS, *Il Diritto Costituzionale americano*, 2.^a ed., Firenze, La Nuova Italia, 1967; SOARES, *Common Law*; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, 2.^a ed., Torino, G. Giappichelli, 1995.; G. CRISCUOLI, *Il Diritto Costituzionale Americano*, Palermo, Celup, 1997.

24. A afirmação pode ser conferida nas seguintes fontes: D. A. DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 20.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1998.; N. D. FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade An-*

Não escapa, nem deve escapar, ao leitor que a síntese trata de conceito puro dos sistemas, mas não leva em conta as transformações que ambos experimentaram no decurso do tempo, tampouco as peculiaridades de cada um dos países que se inserem nessas tradições.

De outro lado, também é preciso considerar, no contexto, o que se entende por Direito. Como já ficou afirmado acima o Direito é um sistema de normas, mas não se confunde com a norma jurídica.

Diante desses dois pressupostos é possível entender melhor a diferença entre as duas outras posições apresentadas por Bulygin: a teoria que afirma que o Direito é um conjunto de normas gerais e individuais e a teoria que define o Direito como um sistema de normas gerais.

A primeira posição, que encontra em Kelsen a sua melhor expressão, entende que o Direito é um sistema de normas e contempla as normas individuais (decisões judiciais e contratos), como normas jurídicas. Tendo em vista que para Kelsen “‘Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”, há criação do Direito (sistema) mesmo no espaço das normas que não tenham caráter geral. Nesse sentido, é clara a ligação com o sistema legislado da tradição Romano-Germânica, para o qual a aplicação implica criação porque interfere no sistema, embora não produza norma com caráter geral. Ou seja, na aplicação, ao encontrar a norma que resolve o caso individual, o juiz pode modificar situação jurídica no sistema ou induzir o legislador a criar novas normas com caráter geral. No entanto, a jurisprudência, por mais uniforme que seja, não cria norma de caráter geral. A razão desse posicionamento, repita-se, decorre do fato de Kelsen ter desenvolvido seus enunciados com foco no sistema da *Civil Law*.

Muito diferente é o que ocorre no sistema de *Common Law*, no qual o juiz, por dever de ofício, cria a norma pelo sistema de precedentes. Neste caso, a decisão judicial cria direito (norma) sempre que houver a necessidade, ou seja, sempre que os sistemas das normas presentes no *Master Book*, para usar a mesma expressão de Lopes, não contemple uma solução para o problema submetido à apreciação do juiz.

Essas duas posições podem enunciar a inexistência de lacuna no

tiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma, Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, 12.^a ed., São Paulo, Hemus, 1975.; F. CHÂTELET, O. DUHAMEL, E. PISIER-KOUCHNER, *História das idéias políticas*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1985.; H. HELLER, *Teoria do Estado*, Tradução de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo, Mestre Jou, 1968.; L. GRUPPI, *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*, Tradução de Dario Canali, 11.^a ed., Porto Alegre, L&PM, 1986.; G. MOSCA, *História das doutrinas políticas desde a Antiguidade*, Completada por Gaston Bouthoul, Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1975.; J. TOUCHARD, *Historia de las Ideas Políticas*, Madrid, Tecnos, 1961.; P. T. BRAN-DÃO, *Ações Constitucionais: ‘novos’ direitos e acesso à Justiça*, 2.^a ed., Florianópolis, OAB/SC, 2006.

Direito, por razões completamente diversas, sem que estejam afirmando que em alguns momentos o juiz efetivamente não tenha uma norma própria para resolver o problema que lhe é submetido.

A visão representada pela lição de Kelsen pode, como faz, contradizer a afirmação de que “o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso”, uma vez que, para ele, nesse caso não é aplicável uma norma jurídica singular, que efetivamente não existe, mas “é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito”. Desse ponto de vista, tem razão essa teoria, porque não identifica o Direito com norma, mas sim com sistema normativo.

A visão de que o juiz efetivamente cria Direito a partir da construção de norma com caráter geral, é típica do sistema de *Common Law*, e pode-se dizer que não é excepcional essa criação, posto que é da atividade do juiz nesse sistema criar normas. É verdade que havendo a norma criada no sistema de precedentes, o juiz a ela está vinculado, mas não existindo a norma, o juiz a constrói. De outro lado, pelo instituto do *overruling*, típico desse sistema, modifica a norma em alguns casos.

A questão é que há uma diferença substancial na atividade judicial do juiz do sistema da *Civil Law* para o juiz da *Common Law*. Essa diferença, inclusive, determina a forma de criação do Direito como sistema. O legislador da *Civil Law* (e claro que o Poder Legislativo da Inglaterra e dos Estados Unidos no espaço de suas competências) quando criam as normas o fazem com o sentido de institutos (microsistemas, poder-se-ia dizer) e tendem a dar maior completude do que ocorre quando o juiz constrói a norma (e não o instituto) para resolver um caso concreto. Claro que, neste caso, ele pode e deve levar em consideração o sistema que eventualmente exista, mas se não existir ele terá uma norma isolada e não um instituto.

Um exemplo pode esclarecer de forma mais didática o que está sendo afirmado.

Ronald Dworkin ao demonstrar a diferença entre regras e princípios – que não é o caso para o qual o exemplo será usado agora – usa o julgamento denominado *Riggs v. Palmer*, de 1889, no qual um cidadão contemplado no testamento de seu avô mata o testador para antecipar o recebimento dos valores decorrentes da sucessão. Neste caso, informa Dworkin, não havia norma própria para resolver o fato específico de herdeiro que mata o autor da herança para se beneficiar com o ato. Com base no princípio de que ninguém pode se beneficiar de sua própria fraude, a *New York Court* negou a possibilidade de o neto receber a herança, criando assim uma norma de caráter geral que passou a regular situações como a que lhe havia sido submetido.²⁵

Em um sistema legislado, por ser tratado o tema como instituto

25. R. DWORKIN, “The model of rules”, *The University of Chicago Law Review*, n.º 1, vol. 35, 1967, pp. 23-24.

(subsistema) legislado, sem que se queira sustentar a completude do Direito repita-se, a situação apresentada por Dworkin dificilmente ocorreria. Esse caso, no Direito brasileiro e português está regulada desde as Ordenações Afonsinas, passando pelas Manoelinas e Filipinas. Esteve previsto no artigo 1595.º, I, do Código Civil do Brasil de 1916, e está consagrado no artigo 1814.º, I, do Código Civil atualmente em vigor. No Código Civil português em vigor, a hipótese está prevista na alínea a) do artigo 2034.º. Também se encontra consagrada no n.º 1 do artigo 463.º do Código Civil italiano e no n.º 1 do artigo 756.º do Código Civil espanhol (este, inclusive, do mesmo ano da decisão da corte americana).

Vários outros exemplos poderiam ilustrar essa diferença.

Não se está aqui sustentando que o sistema de *Civil Law* é melhor (nem pior) do que o sistema de *Common Law*,²⁶ uma vez que a forma de construção de normas ainda que individuais por meio de decisão judicial dá oportunidade de as razões da construção ficarem explicitadas e servirem de forma mais eficaz no momento da interpretação, da passagem do *Master Book* para o *Master System*, conforme lição de Pedro Moniz Lopes.²⁷

Talvez isso possa explicar a razão porque autores da origem da *Common Law* tenham a tendência de apresentar exemplos para seus argumentos levando em conta uma norma isolada. Essa característica tem sido uma grande armadilha para os autores da tradição da *Civil Law*, quando repetem aqueles exemplos para fazer análise do seu sistema normativo. Por isso Kelsen foi enfático ao afirmar ser “impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada”.²⁸ Evidente que não estava se referindo ao contexto de *Common Law*, porque não era este sistema que estava sob sua análise.

Nessa armadilha, por exemplo, pode-se incluir o caso apresentado por Riccardo Guastini, quando pretende oferecer um exemplo para sustentar o que chama de conflito concreto de normas. Diz o autor que há incompatibilidade de normas quando uma prevê que “os cidadãos devem pagar imposto” e outra estabelece que “nenhum imposto é devido pelos desocupados”.²⁹

Ao levar em conta as normas isoladas, Guastini consegue criar uma situação de conflito em concreto de normas jurídicas. Ocorre que esse exemplo tem muito pouco a dizer ao estudo do Direito como sistema de normas e menos ainda ao sistema legislado da tradição da família Romano-Germânica. Nos sistemas jurídicos dessa natureza, a previsão de pagamento de impostos obedece

26. Tem razão Miguel Reale ao afirmar que “[s]eria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo”. M. REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 27.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 142-143.

27. P. MONIZ LOPES, *Uma incursão*, p. 56.

28. H. KELSEN, *Teoria do Direito e do Estado*, Tradução de Luis Carlos Borges, 3.ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 5.

29. R. GUASTINI, *Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*, *Palestra del Tribunal Constitucional, Revista mensual de jurisprudencia*, Lima, Año 2, n.º 08, 2007, p. 632.

uma regra de incidência que prevê um determinado suporte fático tributário e que incide na forma semelhante à relação de tipicidade penal. Nunca há uma norma genérica determinando que “todos devem pagar imposto”. Basta verificar os diplomas legais de direito tributário do Brasil, de Portugal,³⁰ da Espanha,³¹ da Itália³² e, para esse fim, até mesmo o Internal Revenue Code,³³ dos Estados Unidos da América.

Claro que em contraponto ao argumento acima pode-se sempre afirmar que a existência da norma é contingente. É verdade! Mas também se pode dizer que a própria existência do sistema é contingente. No entanto, não é possível afastar duas conclusões necessárias: todos os países na atualidade possuem sistemas jurídicos composto por um sistema de normas e esses sistemas variam de acordo com as circunstâncias sociais e históricas que os determinaram.

Diante dessas constatações, pode-se afirmar que há pontos comuns capazes de justificar uma teoria geral elaborada para explicar e fundamentar o direito, mas é preciso ter bem claro quais os pontos comuns e quais aqueles que determinam especificidades.

Essa afirmação, de que é preciso encontrar os pontos que são efetivamente comuns e aqueles que são divergentes, vale também para os sistemas jurídicos dos diversos países que integram uma determinada tradição de Direito.

Indo além, também vale a mesma postura para a análise dos subsistemas dentro de um sistema jurídico. Um exemplo interno de subsistemas é o dos enunciados com caráter de generalidade sobre a interpretação das normas, feitos para serem aplicados em quase todos os campos do sistema jurídico, mas que não são compatíveis com a interpretação própria para o Direito Penal ou para os Direitos Fundamentais por exemplo.

Não atentar para todas essas peculiaridades tem dado oportunidade, intencional ou não, à ocorrência do que se convencionou chamar de ativismo, que interfere de forma indevida nos sistemas jurídicos dos Estados e que deve ser objeto de grande preocupação quando se trata de operar o subsistema de garantias inerentes aos Direitos Fundamentais.

No próximo tópico tratar-se-á do chamado ativismo judicial.

30. Código sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, aprovado pelo Decreto-lei n.º 442-A/88, de 30 de novembro, .

31. *Código de Ley Legilación Tributaria 35/2006*, de 28 de novembro, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 445 e seguintes.

32. *Decreto de Presidente della Repubblica 633/1972, de 26 ottobre*, Suplemento Ordinario 1 a Gazzetta Ufficiale Repubblica Italiana, 292, de 11 de novembro.

33. *Internal Revenue Code*, de 1986, *Cornell Legal Information*, Itaca.

6. O ativismo judicial como forma de desconstrução do Direito

Importante esclarecer, antes de enfrentar o tema, que falar-se de ativismo judicial não contempla o espaço do protagonismo judicial, uma vez que este é previsto pelo sistema jurídico e corresponde àquele espaço em que o juiz, por força de lei, pode interferir na concretização de políticas públicas por meio de instrumentos jurídicos como, por exemplo, a Ação Civil Pública ou Ação Popular no Direito Brasileiro. Também não se inserem nesse contexto as autorizações para que o Poder Judiciário atue como legislador próprio, como ocorre com a competência exclusiva deferida aos Tribunais para a elaboração de seus regimentos internos, que contém normas que interferem na legislação relativa a procedimentos. No Brasil a autorização está prevista na alínea aI, I, do artigo 96.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O ativismo judicial é aquela conduta do magistrado que ultrapassa os limites do sistema jurídico ao qual está vinculado, colocando-se fora dele utilizando-se, como fundamentação, de teorias inaplicáveis àquele sistema. A principal forma de ativismo judicial é a do juiz que tem competência para atuar em sistema de *Civil Law* (e para isso que foi recrutado e é essa a competência que lhe atribui pela Constituição), pensa poder agir como um juiz do sistema de *Common Law*, sem importar o motivo que o leva a isso, buscando em princípios *extra-legem* a modificação de norma integrante do sistema, ou, ainda, a construção de norma fora do sistema para adotar uma norma contrária.

Quando se estabelece um debate sobre a criação do Direito sem definir claramente qual o âmbito do sistema jurídico para ao qual se está dirigindo, cria-se a falsa ideia de que é possível chegar a um mesmo resultado teórico para qualquer das tradições jurídicas. Neste ponto cabe uma crítica à conclusão de Bulygin, quando adota a terceira possibilidade, entre as três que enuncia, afirmando que o juiz cria norma com caráter de generalidade quando não exista a norma reguladora advinda do legislador.³⁴ Claramente aqui o enunciado é adequado ao sistema de *Common Law* e não de *Civil Law*.

Aproveitando esse vácuo deixado pela doutrina, as tendências ativistas de setores do judiciário do sistema de *Civil Law* aproveitam-se para justificar suas preferências e seus conceitos morais no momento da decisão com conceitos aplicáveis ao sistema de *Common Law*. O pior, no entanto, é que ao assim agir não respeitam qualquer dos parâmetros reguladores da atividade jurisdicional presentes, e necessários, em ambos os sistemas.

Há um equívoco recorrente no qual incidem aqueles que pensam que os juízes da tradição da *Common Law*, por serem artífices de normas, estão liberados para construir a norma que seus conceitos morais determinem.

Em primeiro lugar, segundo a definição de Dworkin, na acepção que interessa ao presente trabalho, princípio é “um padrão que deve ser observado” por ser “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da

34. BULYGIN, *Isonomia*, p. 13-14.

moralidade”.³⁵ O exemplo, antes referido, da decisão no processo Riggs v. Palmer, demonstra que esse padrão determinou a construção normativa da impossibilidade de herdar por parte de quem atenta contra o autor da herança. Além disso, a metáfora de Dworkin sobre o romance em cadeia, que se encontra no contexto de suas lições sobre a integridade do Direito na interpretação criativa,³⁶ típica de Common Law, quer demonstrar que os juízes estão vinculados a um padrão interpretativo que leva em conta inclusive a dimensão da moralidade.

No sistema da família da Civil Law, a “norma funciona como esquema de interpretação”, como diz Kelsen.³⁷ Logo, a norma já estabelece, neste sistema, o padrão que deve ser buscado pelo juiz vinculado ao sistema anglo-americano. Para ambos os juízes, no entanto, a observação do sistema no qual – e para o qual – trabalham, é um imperativo.

É certo que o padrão moral que determinou a solução do caso Riggs v. Palmer também esteve na origem da elaboração legislativa mencionada acima. No entanto, uma vez fixada a norma o juiz vincula-se ao padrão.³⁸

O juiz da *Civil Law* não tem a mesma função do juiz da *Common Law*, mas se tivesse estaria também vinculado a um padrão determinado pelo sistema no qual atuaria.

Os vínculos a que estão submetidos os juízes de um e outro sistema também não são os mesmos.

A pretensão do presente artigo é chamar a atenção para a circunstância de que a ideia de interpretação como mediação para a passagem do *Master Book* para o *Master System*³⁹ é claramente uma operação do sistema de *Common Law*, uma vez que no sistema de *Civil Law*, o legislador entrega ao juiz desde logo o *Master System*. A interpretação, então, leva o juiz a encontrar no sistema, a partir dos enunciados normativos nele presentes, qual a norma que incide sobre o suporte

35. R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 36.

36. R. DWORKIN, *O Império do Direito*, Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 271-331.

37. H. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, 6.^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 4.; KELSEN, *Teoria do Direito e do Estado*, p. 57.

38. A diferença de postura e vínculos que envolvem a atividade judicial em um e outro sistemas não é obra do acaso e nem significa um sistema é melhor e outro pior. Ela, a diferença, decorre de determinados contextos históricos e sociológicos que marcaram a formação dos sistemas na sua origem. Maurizio Fioravante explica detalhadamente essas circunstâncias, ponderando seu entendimento ser assim resumido: “[p]ara dizer de modo sintético, se pode afirmar que a revolução francesa confia os direitos e liberdades à obra de um *legislador virtuoso*, que é assim porque altamente representativo do povo, ou da nação, para além das facções dos interesses particulares; enquanto a revolução Americana *desconfia das virtudes de todo legislador* – mesmo daquele democraticamente eleito, [...] – e por isso confia os direitos e as liberdades à constituição, ou seja, à possibilidade de limitar o legislador com uma norma de ordem superior”. (FIORAVANTI, *Appunti di storia* p. 84.). De outro lado, Pier Giorgio Lucifredi demonstra a profunda confiança demonstrada pelos cidadãos ingleses na atividade dos juízes. V. LUCIFREDI, *Apunti di diritto*, pp. 2-3.

39. MONIZ LOPES, *Uma incursão*, p. 56

fático que lhe é apresentado para a decisão. Neste último sistema, no qual estão inseridos, por exemplo, o Brasil e Portugal, por consequência, o juiz não cria normas com caráter de generalidade, porque esta é uma construção típica da *Common Law*, como ficou evidenciado no tópico anterior.

Essa percepção é estratégica para a concretização dos Direitos Fundamentais nos sistemas de *Civil Law*.

7. Ativismo judicial e Direitos Fundamentais

O ativismo judicial é uma incompreensão absoluta do papel do juiz e constitui mais uma desconstrução do Direito, entendido com o sistema de normas, do que efetivamente uma construção desse mesmo sistema. Logo, a resposta à pergunta inicial, plasmada no título do artigo de Bulygin, quando o juiz professa o ativismo judicial, deverá ser: o juiz não cria direito, o desconstrói.

Essa desconstrução se revela ainda mais grave quando envolve a concretização de Direitos Fundamentais.⁴⁰

Os Direitos Fundamentais são tratados aqui como aqueles direitos que integram um subsistema dentro do sistema jurídico de um Estado-Nação e que habitam a ordem constitucional.

No entanto, essa definição não é suficiente para dar conta da complexidade que envolve a construção e a garantia dos direitos que integram esse subsistema.

Em primeiro lugar, a construção do Direitos Fundamentais no sistema americano, por exemplo, é muito diversa daquela do sistema da maioria dos países filiados ao sistema de *Civil Law*. Não há na Constituição americana um rol de Direitos Fundamentais como ocorre nas Constituições dos países da tradição do Direito Continental europeu.

A Primeira Emenda acrescentada à Constituição dos Estados Unidos, ratificada em 1791, estabelece que é vedado ao Congresso legislar de forma a cercear a liberdade de palavra e de imprensa. Nesse sentido a norma estabelecida reconhece que o Congresso não pode legislar contra liberdades consideradas pressupostas pelo texto da emenda e não afirmadas em nenhum lugar anteriormente no texto da Constituição. Toda a construção do Direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos, inclusive seus limites, estão consagrados em decisões da Suprema Corte, como ocorreu no caso paradigmático como *The New York Times Co. v. Sullivan*⁴¹ ou, ainda, com o famoso caso *Hustler Magazine, Inc. v.*

40. Adota-se aqui a concepção de que Direitos Fundamentais são aqueles estabelecidos em uma ordem jurídica constitucional, para estabelecer a diferença entre eles e os chamados Direitos Humanos, que estão contemplados nos tratados internacionais.

41. Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, 09/03/1964, pesquisável em <https://supreme.justia.com>.

Falwell.⁴² Em casos como esse, está a cargo da Suprema Corte a construção da norma de proteção aplicável aos suportes fáticos que digam respeito à liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Evidentemente nem tudo pode a Suprema Corte americana, ainda que se reconheça a amplitude que podem alcançar suas decisões, porque diante de uma hipotética situação em que o Congresso resolva legislar restringindo o direito à liberdade de expressão ou de imprensa, não resta outra alternativa que não a de declarar a inconstitucionalidade dessa lei em virtude de disposição expressa na Primeira Emenda. Não poderá, é certo, consagrar como válida a norma decorrente desse ato do Congresso. Mas isso só ocorrerá quando o Congresso violar a norma constitucional. Uma eventual violação ao teor da decisão da Suprema Corte (norma, portanto) por uma empresa jornalística, por exemplo, contra qualquer cidadão, terá uma decisão será baseada na norma estabelecida pela Corte e não pelos termos da Primeira Emenda.

Bem diversa é a situação da liberdade de expressão no Brasil está prevista em norma própria, mais precisamente no inciso IX do artigo 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil,⁴³ ainda a título de exemplo. Trata-se de uma Norma da espécie Princípio e, por isso, sua extensão pode advir, por exemplo, do confronto com o inciso X, também Norma da espécie Princípio, que assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Tratando-se de Norma de Direito Fundamental compete ao Supremo Tribunal Federal encontrar a norma de incidência no caso concreto, usando, se for o caso, da máxima da proporcionalidade. Evidente que nesta competência se insere, também sem criação alguma de caráter geral, a declaração de inconstitucionalidade de ato legislativo que afronte a norma constitucional, assim como compete ao Poder Judiciário como um todo garantir a liberdade de expressão no caso de violação por parte de qualquer agente e com base na mesma norma.

Nesse sentido, a Suprema Corte americana pode construir a norma e pode inclusive modificá-la, mas não pode jamais dizer que é constitucional eventual legislação advinda do Poder Legislativo contrário ao comando da Primeira Emenda, para ficar no âmbito do exemplo dado. Não ocorre o mesmo com o Supremo Tribunal Federal do Brasil que pode, no máximo, aplicar a norma decorrente da ponderação entre a garantia da liberdade de expressão e a garantia do direito à intimidade, por exemplo, também previsto em norma da espécie princípio.

De outro prisma, também há levar-se em conta a diferença que existe nas opções que os países da tradição da Civil Law fazem, pela via do legislador constitucional, ao estabelecer quais os direitos que consideram fundamentais e

42. Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, de 24/02/1988, pesquisável em <https://supreme.justia.com>.

43. BRASIL, *Constituições dos países do Mercosul 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai*, Brasília, Câmara dos Deputados / Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2001.

qual a extensão que eles terão.⁴⁴

Um expressivo exemplo, que abrange todos os ângulos da sustentação acima, pode ser encontrado no tratamento adotado por diversos países para a possibilidade de condenação à pena de trabalhos forçados. A Décima Terceira emenda à Constituição dos Estados Unidos veda expressamente a utilização de trabalhos forçados, em norma excepcional de previsão de direito fundamental, mas admite “como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado”. A Lei Fundamental alemã, no parágrafo 3.º do seu artigo 12.º, prevê que eles “só são admissíveis no caso de penas privativas de liberdade impostas por sentença judicial”. A Constituição portuguesa não possui qualquer norma prevendo expressamente o trabalho forçado, mas estabelece, no número 2 do seu artigo 25.º, a proibição de penas ou penas cruéis, degradantes ou desumanas. Já a Constituição brasileira, no artigo 5.º, XLVII, c, contém uma regra que veda a aplicação de pena “de trabalhos forçados”, sem exceção.

Nenhuma decisão ou jurisprudência de um desses países poderá servir de fundamento para a resolução de uma eventual situação concreta em outro. Todos os países diferem ente si no conteúdo e/ou na forma de tratar esse direito que é, em todos, Direito Fundamental. Qualquer juiz ou tribunal que pretenda utilizar o fundamento de outro para “construir” outra norma, estará certamente desconstruindo de alguma forma o subsistema de Direitos Fundamentais, do qual deve ser o guardião, e isso funciona como “desconstrução” do Direito. Nesse caso, clara e novamente, o juiz não cria direito.

Com os exemplos e com as observações lançadas neste tópico fica reiterada a razão de ser do artigo, que é afirmar que o estudo de todo e qualquer instituto ou conceito jurídico deve sempre levar em conta o sistema de Direito para o qual ele foi concebido e no qual deve ser aplicado. A tendência da Ciência Jurídica de pretender dar um conceito único para norma e declarar a incompletude, a falta de coerência e a inconsistência do Direito, por exemplo, com caráter de generalidade e, pior, daí tirar consequências e oferecer soluções, tem gerado duas ordens de problemas: a) os enunciados não dão conta da realidade jurídica para o sistema no qual pretendem operar; b) as soluções apresentadas, por aparentarem caráter de generalidade (ou seja, aplicável a todo e qualquer sistema jurídico), são adotados em sistemas díspares e viram problemas para ordens jurídicas com certo grau de estabilidade.

Exatamente nesse ambiente de incerteza doutrinária que o ativismo judicial floresce e se desenvolve, buscando justificativas em um ou outro sistema jurídico para opções políticas e morais, conforme a conveniência, desconstruindo o Direito e, com mais gravidade, escavando internamente os Direitos Fundamentais.⁴⁵

44. A referência diz respeito aos limites dos Direitos Fundamentais, que não poderá ser desenvolvido aqui.

45. Escavação interna de Direitos Fundamentais é expressão tomada de Konrad Hesse que, sinteticamente, quer indicar: “direitos fundamentais, apesar de sua vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva”. V. K.HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da Re-*

8. Considerações finais

As contribuições de Eugenio Bulygin e Pedro Moniz Lopes sobre a função do juiz na criação do Direito são expressivas. Explicitar a diferença entre a teoria que admite que o juiz crie direito porque estabelece norma individual e a teoria que admite que o juiz em situação excepcional cria norma de caráter geral é especialmente importante para entender a função da decisão judicial no contexto de criação do Direito e, portanto, de interferência no sistema jurídico.

No entanto, é preciso ir mais longe para dizer que essas teorias não são opções que operam perfeita e indistintamente nos sistemas de *Common Law* e de *Civil Law*. Elas, salvo as exceções também sistêmicas, obedecem a lógicas diversas que estão relacionadas com a origem e a construção do Direito em cada uma delas.

Fruto dessa incompreensão é a postura que tem sido chamada de ativismo judicial.⁴⁶ O ativismo é grave por constituir uma forma de desconstrução do sistema normativo. Do Direito, portanto. A gravidade aumenta consideravelmente quando se trata da desconstrução de Direitos Fundamentais.

pública Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 264.

46. Não se pode afirmar que seja essa a única causa do ativismo judicial, mas certamente explica em larga medida a sua existência no Brasil.