

PRAGMATISMO JURÍDICO, ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICA PÚBLICA

Mesmo dentro das lacunas, juizes e juristas percebem a existência de restrições difíceis de definir e que, por mais impalpáveis que sejam, cerceiam e circunscrevem sua ação.

(Benjamin N. Cardozo)

*Márcio Oliveira Rocha*¹

Professor de Direito Processual Civil (Graduação e Pós-Graduação); Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL/FDA

RESUMO: *Este artigo pretende apresentar uma abordagem filosófico-pragmática dos fenômenos denominados ativismo judicial e política pública, tendo como análise prática a atuação do Tribunal de Justiça do Estadual de Alagoas em sede de 2º grau na concretização e tutela de políticas públicas de saúde em face do Poder Executivo estadual. Pretende-se averiguar se nesses casos há ou não uma atuação ativa na perspectiva filosófico-pragmática dos membros das Câmaras Cíveis do referido órgão jurisdicional. Assim, busca-se propor uma compreensão destes fenômenos, tendo como método e teoria a filosofia pragmática de Oliver Wendell Holmes e Benjamin N. Cardozo.*

PALAVRAS-CHAVE: *Pragmatismo Jurídico. Ativismo Judicial. Política Pública.*

ABSTRACT: *This article presents an approach to philosophical and pragmatic phenomena called judicial activism and public policy, with the practical analysis of the action the Court of the State of Alagoas in the seat of 2nd degree in the implementation and supervision of health public policy in the face the State Executive Power. It is intended to ascertain whether or not these cases there in an active role in the philosophical and pragmatic perspective of these phenomena, with the method and theory to pragmatic philosophy of Oliver Wendell Holmes and Benjamin N. Cardozo.*

KEY-WORDS: *Juridical Pragmatism. Judicial Activism. Public Policy.*

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende realizar uma abordagem filosófico-pragmática em face dos institutos denominados ativismo judicial (RAMOS, 2010) e políticas públicas. Assim, pretende-se associar a compreensão instituída por estes fenômenos às compreensões da filosofia pragmática como forma de ponderar questões quanto ao exercício da jurisdição contemporânea, quando da criação do direito por parte dos magistrados aplicadores da norma e do ordenamento jurídico aos casos concretos levados a apreciação do Judiciário.

Dentro desta perspectiva filosófica, primeiramente, faz-se necessário situar a genealogia do pragmatismo, compreensões e implicações jurídicas, associando a este estudo a

¹ Professor de Direito Processual Civil (Graduação e Pós-Graduação); Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL/FDA; Membro do grupo de pesquisa Pragmatismo Jurídico, Teorias da Justiça e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL/FDA; Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL/SC; Membro do grupo do IBDP N/NE; Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Alagoas junto ao gabinete do Des. Estácio Luiz Gama de Lima.

noção de ativismo judicial e políticas públicas, utilizando como método a teoria filosófico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin N. Cardozo, a fim de ponderar uma dogmática estruturante da criação do direito, não como fez Robert Alexy (2008) com os direitos fundamentais, mas como uma forma módica de melhor compreender e justificar a dinâmica da criação do direito quando se fala em ativismo judicial na concretização de políticas públicas, pois, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., para compreender o direito e os fenômenos dele decorrentes, exige-se do cientista jurídico “não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Pois só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele” (1994), evidentemente, sem deixar de observar as consequências empíricas e jurídicas que ele nos proporciona.

Empós, ponderando-se estas questões filosófico-jurídicas, analisa-se pragmaticamente a atuação do Tribunal de Justiça do Estadual de Alagoas em sede de 2º grau na concretização e tutela de políticas públicas de saúde em face do Poder Executivo estadual, como forma de averiguar se nesses casos há ou não uma atuação *ativa* na perspectiva filosófico-pragmática dos membros das Câmaras Cíveis do referido órgão jurisdicional. Outrossim, justifica-se a pesquisa neste órgão jurisdicional como meio de retratar a realidade do Judiciário local, o qual todos os dias vivencia as dificuldades e anseios da população alagoana.

1 PRAGMATISMO JURÍDICO

Primeiramente, é de se ressaltar que este tópico não tem o escopo de dissecar a filosofia pragmática jurídica, se é que isso seria possível, uma vez que este estudo epistemológico e filosófico se encontra, desde o século XIX (PIERCE, 1990),² em pleno desenvolvimento, inclusive nos dias presentes, principalmente entre os doutrinadores norte-americanos. Assim, pretende-se desenvolver este tema sob a perspectiva de alicerçar dogmaticamente a proposta do trabalho, o qual tem como objeto de pesquisa a análise do ativismo judicial e da política pública como forma de criação do direito. Sendo que o primeiro, a princípio, não se mostra criação amoldada ao ordenamento jurídico, pois no ato de criação do direito, sem que haja a presença de um texto normativo prévio ou mesmo dentro das lacunas do ordenamento jurídico, “juízes e juristas percebem a existência de restrições difíceis de definir e que, por mais impalpáveis que sejam, cerceiam e circunscrevem sua ação”

² Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em 16.8.11.

(CARDOZO, 2004, p. 83). Portanto, essa atuação de criação do direito sem um ponderado balizamento pode se mostrar prejudicial ao próprio direito e aos ideais de justiça instituídos por uma sociedade.

Ressalte-se que, antes de se adentrar nas compreensões filosóficas dos autores pragmáticos objeto deste estudo, serão tecidas algumas considerações singulares quanto ao movimento chamado pragmatismo; após, associar-se-á este movimento às ideias jurídicas dos juristas norte-americanos Holmes e Cardozo.

Nesse contexto, no campo gnosiológico, como forma de responder a determinadas inquietações, anseios concretos sociais e filosóficos no campo jurídico, destaca-se a seguinte indagação: como os magistrados fundamentam seus julgamentos e criam direitos a partir de casos concretos? O movimento pragmático surge aos poucos como uma filosofia que se preocupa com o *pragma*, ou seja, com a ação, tudo em contraponto a uma filosofia contemplativa, com um fim em si mesma, pois esta somente permanece no campo da abstração ou no da pura especulação. Assim, a filosofia pragmática se mostra “ativa e constitui o instrumento de modificação ou de correção do mundo natural ou humano” (ABBGNANO, 2007, p. 449), preocupando-se com a análise das consequências práticas oriundas das indagações filosóficas em abstrato.

Destarte, pode-se vislumbrar, em forma de uma cognição rasa, o pragmatismo como uma doutrina filosófica segundo a qual as suas discussões se exteriorizam como instrumentos de ação, as quais somente se validam caso produzam efeitos pragmáticos/práticos, ao passo que os magistrados podem se valer desses questionamentos para construir um direito que exteriorize consequências jurídicas práticas na vida social, sem que se fuja da realidade fática dos casos.

Nesse sentido, constata-se de forma singela que Kant já possuía essa preocupação e corroborava o pensamento de se buscar uma filosofia preocupada com a utilidade e com as consequências concretas, práticas. Tal assertiva consta de uma de suas obras, quando menciona que “o amor à ciência e, conseqüentemente, a todo o conhecimento especulativo da razão enquanto ela pode ser útil tanto para aquele conceito como para o princípio prático de determinação” (KANT, 2002, p. 118).

Assim, com estas ideias gnosiológicas, o pragmatismo ganha força como movimento em 1878 (FREITAS, 2011)³ com o artigo de Charles Sanders Peirce, intitulado *Como tornar claras as nossas idéias*, mencionando que “estaremos completamente salvaguardados desde

³ Disponível em <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo/cognitio_estudos/cognitio_estudos.htm>. Acesso em 10.8.11.

que tenhamos presente que a função global do pensamento consiste em produzir hábitos de ação” (PIERCE, 1990, p. 11).

Desta forma, percebe-se nesta obra que Peirce não possuía uma vontade de instituir uma filosofia pragmática, mas tão só uma preocupação com a obscuridade e a imprecisão dos textos clássicos filosóficos; por isso ressaltava que as “nossas ideias se apresentavam obscuras ao entendimento, logo era preciso traduzi-las em fatos empíricos para que se tornassem claras” (FREITAS, 2011, p. 3). Nesse sentido, chegou até a criticar a teologia católica para tentar fortalecer sua argumentação pragmática ao rechaçar a teoria da transubstanciação, constatando que, em que pesem os elementos da eucaristia serem dotados de características diferentes de carne e sangue, “os católicos afirmam que esses elementos são à letra exatamente carne e sangue; embora possuam todas as qualidades sensíveis de pão de hóstia e de vinho diluído” (PIERCE, 1990, p.12). Assim sendo, preocupa-se com a coerência e a clareza das indagações filosóficas em abstrato ante os fenômenos empíricos por elas exteriorizados na vida real.

Desse modo, verifica-se que a proposta do pragmatismo, em linhas gerais, promulga a ideia de comungar as especulações abstratas gnosiológicas com as questões que ensejam consequências práticas, sem as quais seriam inúteis as discussões filosóficas cognitivas.

Aliados a esse pensamento filosófico, os magistrados norte-americanos Oliver Wendell Holmes (1897)⁴ e Benjamin Cardozo (2004), em suas obras *The Path of the Law* (O Caminho do Direito) e *The Nature of the Judicial Process* (A Natureza do Processo Judicial), respectivamente, desenvolveram uma filosofia pragmática com um enfoque jurídico, analisando de que maneira os juízes e analistas do direito se comportam ou/e devem se comportar nos casos levados ao Poder Judiciário, bem como de que forma os magistrados fundamentam e constroem suas decisões jurídicas.

Nesse aspecto, consideram-se as proposições filosóficas destes dois magistrados norte-americanos como uma forma de visualizar e apreender o ativismo judicial e a política pública discutidos atualmente pela doutrina jurídica brasileira, com a finalidade de ponderar uma possível dogmática estruturante da criação do direito, uma vez que, em nosso entender, não há dúvida de que os magistrados ao analisarem um caso concreto criam o direito para as partes envolvidas, principalmente nos casos difíceis (*hard cases*), muito embora renomados doutrinadores⁵ repudiem totalmente tal afirmação, argumentando que não haveria possibilidade de

⁴ The Path of the Law. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

⁵ Destacam-se Marcos Bernardes de Mello em sua obra Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência, Validade e Eficácia, e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Privado.

“juízes legisladores”, mas sim de magistrados que no exercício do seu mister verificam somente a ocorrência ou não da incidência automática da norma jurídica aos casos concretos.

Nesse aspecto, adota-se o pensamento de Benjamin Cardozo, em uma visão pragmática, no sentido de que os magistrados possuem um âmbito de atuação que se alinhava em um ponto comum com a atuação dos legisladores. “Com efeito, cada qual está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas entre as lacunas. Ele preenche as brechas da lei” (CARDOZO, 2004, p. 83). Por esse motivo Oliver Holmes refere-se ao direito como “as profecias do que de fato farão os tribunais” (1897).

Refletindo o pensamento de Holmes, Richard Posner acrescenta que, “na verdade, falar em ‘empregar discricionariedade’ talvez seja muita pretensão. Os juízes alteram regras, ponto final. Ao fim e ao cabo, o direito é aquilo que os juízes fazem com os casos que lhes caem em mãos” (2007, p. 30).

Assim, tendo como fundamento esse pensamento pragmático, o qual promulga a ideia de que as especulações abstratas gnosiológicas devem se voltar à ação, ensejando por sua vez consequências práticas, sem as quais seriam inúteis as discussões cognitivas filosóficas, constata-se hialinamente o que está a se asseverar nas linhas superiores, uma vez que em determinadas questões “a norma da Constituição ou da lei escrita é clara, e então as dificuldades desaparecem. Ainda quando estão presentes, carecem às vezes daquele elemento de mistério que acompanha a energia criativa” (CARDOZO, 2004, p. 8) dos juristas, mesmo em um sistema de *Civil Law*, como é o caso do sistema jurídico brasileiro, no qual “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros” (DAVID, 2002, p. 150).

Ressalte-se, por oportuno, que não se pretende com tais declarações defender uma possível tese de insegurança jurídica com a possibilidade de implementação de uma “juristocracia” ou “ditadura do Judiciário” (ADEODATO, 2010, p. 194), como normalmente se faz quando se fala em ativismo judicial e concretização de políticas públicas, mas sim justificar pragmaticamente a posição de que os magistrados e analistas jurídicos ao resolverem os conflitos de interesses nos casos concretos, principalmente nos casos difíceis (*hard cases*) envolvendo a solidificação de direitos fundamentais, possuem o “poder-dever” de estabelecer o direito das partes envolvidas ou de interessados, seja aplicando, modificando ou criando propriamente as normas jurídicas de conduta nos casos concretos.

Diz-se “poder-dever” em face de o Poder Judiciário possuir como mister a função de resolver os conflitos de interesses nos casos concretos (poder jurisdicional), bem como a obri-

gatoriedade de decidir (dever jurisdicional), de proferir um provimento de mérito da questão levada ao seu conhecimento, devido à aplicação do princípio da proibição do *non liquet*, pois “a proibição justiniana de qualquer comentário sobre o produto de seus codificadores só é lembrada por sua futilidade” (CARDOZO, 2004, p. 8).

Destarte, como dito nas linhas preliminares, tem-se como finalidade ponderar, partindo das predileções de Holmes e Cardozo, uma possível dogmática estruturante da criação do direito, uma vez que o ativismo judicial representa uma forma de energia criativa do direito que não se revela amoldada ao ordenamento jurídico, a qual se mostra bastante difícil de constatar, principalmente em nosso país, onde os Poderes Executivo e Legislativo muitas das vezes se mostram omissos no exercício do seu mister, sendo exigida na maioria das vezes a atuação do Poder Judiciário.

Nesse contexto, ao se falar em criação do direito, deve-se atenção ao positivismo de Herbert Hart, que se relaciona com as assertivas de Oliver Holmes. Hart afirma que nos casos difíceis (*hard cases*) “não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito” (HART, 1994, p. 335), ao passo que compete aos magistrados encontrar uma resposta adequada aos casos fáticos que chegam a seu gabinete, sem, contudo, ultrapassar essa barreira tênue que separa, segundo a visão dos juristas pragmáticos, uma criação do direito amoldada ao sistema de uma criação do direito que não se ache abrangida pelo ordenamento jurídico.

Ademais, ressalte-se que mesmo com base no entendimento de Ronald Dworkin (2005), o qual o magistrado não cria o direito, mas apenas o interpreta de acordo com princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico. Constatase pragmaticamente que o próprio ato de interpretar, um mínimo que seja, induz uma criação, pois toda compreensão se dá em um momento que Gadamer (2008, p. 359) tipifica como “situação hermenêutica” que parte de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia das coisas que estão à volta do sujeito do conhecimento. Disso resulta que toda compreensão parte de uma pré-compreensão que, na verdade, revela-se na expressão daquilo que se é enquanto individualidade subjetiva concreta,⁶ ou seja, criador de situações fáticas ou jurídicas e de compreensões fáticas ou jurídicas.

⁶ Para melhor compreensão Gadamer menciona que “uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. É isso o que Heidegger quer dizer quando exige que se ‘assegure’ o tema científico na elaboração de posição prévia, visão prévia e concepção prévia, a partir das coisas, elas mesmas. A questão portanto não está em assegurar-se ante a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição”.

Nesse sentido, Adrualdo Catão destaca que não compete ao intérprete buscar uma forma única de exegese correta, “mas sim a que, diante das circunstâncias, será considerada pelo intérprete como a mais adequada para aquela situação histórica. Assim é que os textos normativos não contêm ‘em si’ o sentido correto para sua aplicação” (2007, p. 40). Desta forma, mesmo que Dworkin (2005) defenda que o direito é mais uma questão de interpretação do que de criação, constata-se que o próprio ato de interpretar perfaz uma criação do sujeito intérprete em face do objeto a ser conhecido e interpretado, que no nosso caso seria o direito, fato este que leva à conclusão de que realmente os magistrados criam os direitos dos casos concretos seja aplicando, interpretando ou constituindo relações jurídicas concretas.

Ademais, saliente-se que mesmo no positivismo kelseniano pode-se averiguar que há uma margem indeterminada de criação do direito, inclusive assumida pelo próprio Kelsen ao lecionar que “todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica, quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado” (2009, p. 388-389). Assim, mesmo com a lógica da moldura estabelecida pela norma jurídica, vislumbra-se uma margem de livre apreciação do direito por parte do intérprete e aplicador da norma.⁷

Nesse aspecto, em face da finalidade do estudo em ponderar uma possível estrutura da criação do direito para entender a gênese jurídica do ativismo judicial na materialização de política pública, tendo como norte as compreensões da filosofia jurídica pragmática de Oliver Holmes e Benjamin Cardozo, compreende-se a criação do direito pelos magistrados como sendo a maneira de exercício do seu próprio mister, qual seja a resolução de conflitos de interesses levados ao seu conhecimento, ou melhor, a pura possibilidade de criação advinda do seu próprio “poder-dever” jurisdicional, pois os “códigos e leis escritas não dispensam o juiz nem tornam seu trabalho superficial e mecânico. Há lacunas a preencher. Há dúvidas e ambiguidades a esclarecer. Há dificuldades e erros a atenuar, se não evitar” (CARDOZO, 2004, p. 5).

Desta forma, com base nesses esboços e predileções pragmáticas, tem-se como ponderação estruturante a criação do direito primeiramente como gênero, ou seja, a criação do direito *lato sensu*. Esta se desmembrando em duas espécies, a saber: a) a criação do direito não amoldada ao sistema ou ativismo judicial e b) a criação do direito amoldada ao sistema ou *stricto sensu*. Ressalte-se que tal desmembramento não possui a finalidade de construir uma

⁷ Assim, Kelsen destaca que “se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”.

teoria do direito ou de sua criação, mas somente possui a intenção de ponderar sobre a análise filosófico-pragmática dos casos concretos objeto deste estudo.

Assim, quanto à ponderação pragmática de criação do direito dita não amoldada ao sistema ou ativismo judicial, tratar-se-á com alguns pormenores no tópico seguinte, mas de antemão considera-se que esta se exterioriza em um exercício de função jurisdicional “inconsciente” por parte dos magistrados ao analisarem os casos concretos, ou seja, quando se constata que “os fins para os quais os tribunais se voltaram, as razões e motivos que os guiaram, muitas vezes foram sentidos de forma vaga, apreendidos de maneira intuitiva ou quase intuitiva, e raras vezes declarados explicitamente” (CARDOZO, 2004, p. 86). Destarte, ultrapassada essa tênue barreira da “consciência”⁸ e “inconsciência” jurídica dos magistrados que suplanta os limites do ordenamento jurídico, percebe-se que esta criação não se revela amoldada ao sistema jurídico, seja no sistema do *Civil Law* ou no *Common Law*, o qual se mostra um aparelho mais aberto, conferindo ao magistrado uma discricionariedade maior no campo da hermenêutica, porém encontrando no precedente e nas experiências de antigos magistrados a sua maior limitação e respeito, ao passo que se utiliza da própria jurisprudência como fonte basilar do direito, e não a lei, como na família romano-germânica.

Já a ponderação pragmática de criação do direito amoldada ao sistema ou *stricto sensu* é levada em conta na efetiva análise do caso concreto, não na mera possibilidade de criação para resolver os conflitos de interesse, uma vez que esta perfaz uma ponderação de gênero da criação do direito, como dito anteriormente. Assim, para uma salutar criação do direito *stricto sensu* não deve haver na conduta do magistrado algo “que cheire a preconceito, favor ou mesmo capricho ou extravagância arbitrários” (CARDOZO, 2004, p. 82), revelando-se uma análise aos auspícios dos interesses democráticos sociais. Desta forma, “a lógica, a história, o costume, a utilidade e os padrões aceitos de conduta correta são as forças que, isoladamente ou combinadas, configuram o processo do Direito” e, conseqüentemente, uma ponderação de criação hígida do direito, tida por nós com um juízo de ponderação pragmática de criação do direito *stricto sensu*.

Qual dessas forças dominará em cada caso vai depender, em grande parte, da importância ou do valor comparativo dos interesses sociais que assim serão promovidos ou prejudicados. Um dos interesses sociais mais fundamentais é que a lei deve ser uniforme e imparcial (CARDOZO, 2004, p. 81).

⁸ Cardozo destaca que “o Direito é também uma evolução consciente ou intencionada, pois a expressão da moralidade costumeira será falsa se a mente do juiz não estiver voltada para a realização da finalidade moral e de sua materialização em formas jurídicas. Nada menos que um esforço consciente será suficiente para que o fim em vista prevaleça. Os critérios ou padrões de utilidade e moral serão encontrados pelo juiz na vida da comunidade”.

No entanto, mostra-se de bom alvitre anotar que a linha tênue que separa essas duas circunscrições de criação do direito somente se pode averiguar com uma análise pragmática dos casos concretos, pois não há como delimitar um espaço de livre atuação ou não do magistrado, principalmente nos casos difíceis (*hard cases*), mesmo quando existir uma norma jurídica para o caso. Deste modo, o juiz e o analista jurídico devem “descobrir isso por si mesmos, à medida que adquirem o senso de adequação e proporção que vem com os anos de hábito na prática de uma arte” (CARDOZO, 2004, p. 83).

Desta forma, pondera-se, tendo por base as assertivas da filosofia pragmática de Oliver Holmes e Benjamin Cardozo, a possível gênese jurídica do que a doutrina moderna vem denominando de ativismo judicial, qual seja a de um juízo de ponderação de criação do direito não amoldada ao sistema, a ultrapassar os limites dos interstícios do sistema jurídico posto, limites estes que somente podem ser verificados com a análise de casos concretos.

2 CRIAÇÃO DO DIREITO NÃO AMOLDADA AO SISTEMA (ATIVISMO JUDICIAL)

Partindo da ponderação filosófico-pragmática da criação do direito considerada nas linhas do tópico anterior, ao apreender que o ativismo judicial encontra sua gênese jurídica na forma de ponderação de criação do direito não amoldada ao sistema jurídico, serão analisadas agora algumas questões quanto à origem da expressão ativismo judicial, bem como as possíveis consequências jurídicas deste tipo de criação jurídica e a possibilidade de se verificar este fenômeno nos casos concretos objeto do estudo.

Nesse contexto, ressalte-se que a expressão ativismo judicial (*judicial activism*) tem sua origem em uma revista norte-americana voltada ao público leigo, denominada *Fortune*. No artigo *The Supreme Court: 1947* (A Corte Suprema: 1947), em que o periodista Arthur Schlesinger Jr. descreveu o perfil dos magistrados da Corte Suprema norte-americana, destacando como “ativistas judiciais” quatro juízes dentre os nove atuantes na Corte (VALLE, 2009, p. 20). Desde então, o termo ativismo não é benquisto por alguns constitucionalistas norte-americanos, os quais ainda hoje travam discussões jurídico-doutrinárias para explicar tal fenômeno, inclusive no que diz respeito à “dignidade da legislação” (WALDRON, 2003) *versus* sua revisão judicial em controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, aliados aos doutrinadores norte-americanos alguns juristas brasileiros⁹ vislumbram o ativismo judicial como o exercício hermenêutico da função

⁹ Cite-se Elival da Silva Ramos em sua obra *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos* e da obra organizada por Vanice Regina Lírio do Valle – *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*.

jurisdicional em descompasso com o papel típico do Poder Judiciário, ou seja, toda atuação que afaste ou suplante de forma ilimitada o previsto pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a separação dos poderes, a segurança jurídica, os ideais de democracia participativa (a soberania popular) e as possibilidades jurídicas do ordenamento são consideradas como condutas ativistas prejudiciais ao desenvolvimento e progresso nacional, uma vez que não refletem os anseios de igualdade de um corpo socialmente organizado.

Nesse aspecto, não se corrobora com o pensamento de que toda possível “releitura” da separação dos poderes, da segurança jurídica ou dos ideais de democracia participativa são possibilidades de quebra do interstício do sistema jurídico, pois tais postulados em contraponto a outros podem ser ultrapassados para que se garanta a própria ordem jurídica por eles estabelecida. No entanto, verificado no caso concreto a quebra “inconsciente” destes postulados, pondera-se que esse tipo de criação do direito não se revela amoldada ao sistema, como visto no tópico anterior.

Registre-se, por relevante, que não se pretende defender um Poder Judiciário que preze pelo “passivismo judicial”, muito menos pelo ativismo judicial, mas sim de ponderar questões e considerar as predileções da filosofia pragmática para se evitar uma atuação jurisdicional “irracional” que não se amolde ao sistema, no que se refere à criação do direito, sob pena de se negar a própria “historicidade constitucional” (CANOTILHO, 2008) e a essência de um Estado Social e democrático de direito.

Destaque-se que nem toda criação do direito perfaz uma atuação ativista do Poder Judiciário, mas em se tratando do objeto deste estudo, qual seja a concretização dos direitos subjetivos fundamentais sociais, mostra-se ativista aquela conduta do Judiciário que utiliza como subterfúgio o seu “poder-dever” de criação e análise do direito, como forma de instituir efetivamente planos de governo e ou políticas públicas.

Assim, em uma análise pragmática, em que pese uma parte da doutrina tente justificar a ingerência temperada do Poder Judiciário no âmbito de atuação dos demais Poderes, principalmente no que se refere à concretização de políticas públicas, propondo uma “nova leitura” (KRELL, 2002, p. 88) do princípio da separação dos poderes, constata-se, na verdade, que do mesmo modo como essa posição poderá promover um combate aos interesses despóticos de quem gere o ente estatal, pode da mesma forma ser utilizada de maneira abstrata e “inconsciente” pelos Tribunais Pátrios, para favorecer interesses pré-determinados, por magistrados que não recolhem em si a “consciência” jurídica dos limites dos interstícios do sistema, ao passo que a separação dos poderes não pode ser vista, de forma geral, como um obstáculo à concretização de políticas públicas, mas sim como uma garantia democrática sob

o aspecto de um juízo de ponderação de criação do direito amoldada ao sistema, impondo-se, pois, “saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção” (HABERMAS, 2003, p. 247).

3 MATERIALIZAÇÃO JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA

Ao se estudar a política pública como forma de concretização de direitos fundamentais, principalmente em uma perspectiva filosófica, inúmeras indagações podem surgir, contudo, debruça-se esse estudo somente quanto a algumas compreensões no âmbito jurídico, tendo como aspecto a possibilidade ou não de controle judicial da política pública, utilizando como método a teoria filosófico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin N. Cardozo.

Destarte, destaque-se que a sociedade, ao longo da história, passou por diversas transformações. Para acompanhá-las, a Ciência do Direito teve de trilhar novos horizontes, envidando outros esforços jurídicos. Entre estes, a valoração da pessoa humana e sua dignidade foram o marco para o surgimento dos chamados direitos fundamentais.¹⁰ Frise-se, para melhor compreensão do tema, que nesse estudo se reconhece os direitos fundamentais como direitos subjetivos dos indivíduos nas relações jurídicas com o Estado, sem, com isso, adentrar nas discussões quanto à supra-estatalidade dos direitos fundamentais mencionada por Pontes de Miranda (1970, p. 621), ou qualquer outra que fuja ao objetivo central deste estudo.

Assim, segundo Alexy, dentro da perspectiva dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, seja classificando seu conteúdo como questões *normativas*, as quais encontram discussões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas; *empíricas*, que são compreensíveis no âmbito dos argumentos históricos e sociológicos; e *analíticas* nas quais buscam uma análise da norma e das posições jurídicas dos sujeitos de direito, recomenda-se que o sentido utilizado para a expressão direito subjetivo siga “seu uso corrente, como um supraconceito para posições em si bastante distintas, para que, a partir daí, sejam feitas diferenciações e classificações terminológicas” (2008, p. 180-190).

¹⁰ Luis M. Cruz menciona em seu artigo La Constitución como Orden de Valores: problemas jurídicos y políticos, que “la garantía de la dignidad humana reconocida en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley Fundamental supone la asunción en el Derecho constitucional de un valor ético fundamental, predominante en la historia espiritual europea, que hace referencia a un fundamento prepositivo y que viene a constituir, al decir de Böckenförde, una suerte de ‘ancla iusnaturalista’. Dicha garantía posee, a su vez, una validez universal, ya que afecta a todo el ordenamiento como un derecho fundamental subjetivo, sino como una norma jurídica-objetiva ‘intangível’, sin limitación alguna”.

Desta forma, com a compreensão de direito subjetivo acima mencionada, a classificação alemã na perspectiva *analítica* é a que melhor acomoda-se ao propósito deste trabalho, uma vez que ela trata das posições jurídicas dos sujeitos nas relações jurídicas, caracterizando-se assim, segundo a doutrina ponteana (MELLO, 2010, p. 210), a relação jurídica de direito absoluto, oriunda dos direitos subjetivos fundamentais dos indivíduos com o Estado. Nessa perspectiva, versar-se de forma detalhada somente a classificação dita *analítica*, para não fugir à temática apresentada por esse estudo.

Assim, para compreender os direitos subjetivos fundamentais na perspectiva *analítica*, faz-se necessário a distinção e concepção mencionada por Alexy entre *norma* e *posição*, sendo a norma aquilo que um enunciado normativo expressa, seja de forma universal ou individual, e a *posição* consiste exatamente no direito que um indivíduo tem, em face do Estado, de, por exemplo, expressar livremente sua opinião (2008, p. 184). Desta forma, deve-se observar a *posição* sob uma perspectiva estabelecida pelas relações normativas entre pessoas ou entre pessoas e ações, tendo em vista que os sujeitos ativos (indivíduos) se acham em uma posição jurídica mais favorável em relação ao sujeito passivo (Estado), no sentido de exigir direitos subjetivos fundamentais seja, segundo Alexy, por *predicados diádicos* (“01” tem um direito a *y* em face de “02”), ou por *predicados triádicos* (“01” em face de “02” um direito a “03”) (2008, p. 185).

Exemplificando a situação acima referida, Alexy destaca que:

Se a *norma* individual, segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*, é válida, então, *a* encontra-se em uma posição jurídica caracterizada pelo direito a *G* que ele tem em face de *b*; e se uma *posição* jurídica de *a* consiste no fato de *a* ter, em face de *b*, um direito a *G*, então, é válida a norma individual segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*. (2008, p. 185-186)

Estas premissas são claramente constatadas quando observamos o desenvolvimento dos direitos fundamentais em suas fases, as chamadas gerações ou dimensões, estabelecendo, primeiramente assim, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão. Ressalte-se que, para os fins deste estudo, entende-se o desenvolvimento dos direitos fundamentais não como fases, mas como “múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão)” (MARMELSTEIN, 2009, p. 58), e assim por diante, não havendo hierarquia entre as dimensões, uma vez que elas representam uma mesma realidade ativa.

Desse modo, a sociedade passou a observar que o Estado deveria retrair sua atuação e deixar que o indivíduo exercesse seus direitos subjetivos com ampla liberdade, reconhecendo-se as liberdades individuais mencionada por Pontes de Miranda (1970, p. 622), as quais têm o escopo de proteger os indivíduos do poder tirânico do Estado. Classifica-se esta fase como sendo a dos direitos fundamentais em sua dimensão individual-liberal (primeira dimensão).

Tal etapa caracteriza-se pela moderada intervenção do Estado nas relações individuais. Por essa razão, “eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política”; ao passo que constituem um verdadeiro obstáculo à interferência estatal, uma vez que “pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados direitos de caráter ‘negativo’ ou simplesmente ‘liberdades negativas’” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 584-585).

A partir do século XIX, a sociedade começou a perceber que a ausência absoluta da atuação do Estado na esfera dos indivíduos também gerava sérios desequilíbrios sociais, como bem leciona Manuel Gracia-Pelayo (1999, p. 203) ao destacar que o desenvolvimento das sociedades politicamente organizadas acabou por demonstrar que o “Estado não é o único que oprime o desenvolvimento da personalidade”; bem como não se mostra o único ente que “impõe relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas, em sua realização, a situações e poderes extra-estatais”.

Nessa perspectiva surge a chamada dimensão social (segunda dimensão) dos direitos fundamentais, a qual teve como característica fundamental a garantia, por parte do ente estatal, dos direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos, interferindo diretamente em sua esfera jurídica que, nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade (2009, p. 168),

Os direitos a prestações, ao contrário, imporiam ao Estado o dever de agir, quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais. Em qualquer dos casos, o direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial ou prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho ou do arrendamento para habitação).

Portanto, com o surgimento dessa fase, os direitos da dimensão individual-liberal, que proclamavam a liberdade do indivíduo, foram, na verdade, revigorados com os direitos de igualdade, os quais têm em vista a diminuição das desigualdades sociais, econômicas e culturais dos indivíduos, sob o fundamento de uma presença mais ativa do ente estatal e, conseqüentemente, tendo a possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário.

Atualmente, segundo grande parte da doutrina, está-se na fase dos direitos fundamentais em sua dimensão de solidariedade (terceira dimensão), os quais visam amparar os indivíduos em sua coletividade, ou seja, considera-se o indivíduo não apenas na individualidade – como na dimensão individual-liberal –, mas também se busca uma solidariedade fraterna entre os homens. Dentre tais direitos, podem-se relacionar, a título de exemplo, alguns que estão consagrados em nossa Constituição Federal, a saber: o direito à cooperação entre os povos (art. 4º, IX); a defesa da paz (art. 4º, VI); e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), entre outros.

É de se ressaltar, que a doutrina moderna¹¹ já vem especulando sobre uma possível quarta dimensão dos direitos fundamentais, que está surgindo em face da globalização dos direitos fundamentais e em virtude do avanço tecnológico nas ciências humanas, como as manipulações genéticas e pesquisas afins.

Nesse contexto, partindo da perspectiva alemã de direitos subjetivos fundamentais, constata-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/88). Assim, em uma concepção filosófico-pragmática desse dispositivo, o analista jurídico pode se perguntar: há possibilidade de o Judiciário apreciar questões sem que haja um direito envolvido, ou seja, existe a possibilidade de acionar o Judiciário sem que exista um direito lesado ou ameaçado? A princípio, em um juízo comum, tende-se para uma resposta negativa, mesmo que a doutrina ponteana (MELLO, 2010, p. 197) contemple a possibilidade de ação “sem direito”, justificando sua assertiva no caso de ações de interdição por insanidade física ou mental. Pois, entende-se que, mesmo nesses casos, há um conglomerado de direitos envolvidos e questionados no Judiciário, seja da própria integridade do interditado ou de bens e direitos deste e dos seus sucessores e possíveis credores. Aliás, por esse motivo que Oliver Holmes refere-se ao direito como “as profecias do que de fato farão os tribunais” (1897), ou seja, o que se discute no Judiciário envolve o direito em todas as suas acepções.

Desta forma, quanto ao controle judicial das políticas públicas em matéria de direito subjetivo fundamental, outra indagação se constata relevante: política pública é um direito? Ou o direito subjetivo fundamental à saúde, por exemplo, é uma coisa e a materialização desse direito através de uma política pública é outra? Nesse aspecto, surgem inúmeras questões quanto à própria natureza jurídica da política pública, a qual, segundo Maria Paula Dallari (2006), não se revela recomendável fixar um conceito jurídico, mas sim uma

¹¹ Destacando-se, entre outros, Paulo Bonavides em sua obra Curso de Direito Constitucional.

compreensão ampla do instituto que se servem os analistas do direito, como forma de conduzir seus trabalhos diante da análise dos casos concretos. Assim, a autora destaca que

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (2006, p. 39).

Portanto, entende-se que a política pública não totaliza um direito subjetivo propriamente dito, pois o cidadão ou o Ministério Público não pleiteia a instituição de algum programa de governo, mas, na realidade, a efetivação de determinados direitos, já que a política pública perfaz um programa governamental que resulta de um conglomerado de procedimentos que tem por finalidade atingir objetivos sociais, concretizando e efetivando direitos subjetivos fundamentais. Assim, em nosso entendimento, a política pública satisfaz um “poder-dever” de iniciativa típica do Poder Executivo que visa à materialização e efetivação de direitos, como forma de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF/88). Diz-se “poder-dever” em face de o Poder Executivo possuir como mister a função de administrar e executar o que a lei determina e autoriza (poder administrativo), bem como a obrigatoriedade de promover os planos de governo (dever administrativo), pois a legislação constitucional nos âmbitos federativos determina que compete à autoridade administrativa (Presidente, Governador e Prefeito) remeter o plano de governo em sessão legislativa solicitando as providências para as situações sociais que entender necessárias. Desta forma, em conjunto (Poder Executivo e as Casas Legislativas) devem programar as políticas públicas necessárias ao bem estar social.

No entanto, no caso do Estado de Alagoas e no Brasil, em geral, os planos de governo a maioria das vezes sequer são remetidos as Casas Legislativas e quando são enviados, apreciados e aprovados não encontram efetividade no seio social. Dessa forma, surge a seguinte indagação: Neste caso, pode o Poder Judiciário instituir efetivamente uma política pública? Com base nas proposições filosófico-pragmáticas de criação do direito, associadas às razões jurídicas até aqui apresentadas, pode-se responder negativamente, pois o Judiciário deve atentar e não confundir ou desvirtuar o seu “poder-dever” de criação e análise do direito

com a instituição de um programa de governo, tendo em vista que este reflete um conglomerado de procedimentos que tem por finalidade atingir objetivos sociais.

Nesse aspecto, pondera-se, tendo por base as assertivas da filosofia pragmática de Oliver Holmes e Benjamin Cardozo, a possível gênese jurídica do que a doutrina moderna vem denominando de ativismo judicial, qual seja a de um juízo de ponderação e criação do direito não amoldada ao sistema jurídico, ultrapassando os limites dos interstícios deste sistema, limites estes que podem ser verificados com a análise de casos concretos.

Ressalte-se, por oportuno, que nem toda criação do direito perfaz uma atuação ativista do Poder Judiciário, mas em se tratando da concretização dos direitos subjetivos fundamentais sociais, mostra-se ativista aquela conduta do Judiciário que utiliza como subterfúgio o seu “poder-dever” de criação e análise do direito, como forma de instituir efetivamente planos de governo/políticas públicas.

Assim sendo, com a análise de casos concretos, pode-se realizar um juízo de ponderação filosófico-pragmático acerca da criação do direito não amoldada ao sistema jurídico, que se contrapõem, mesmo que em grau de “releitura”, ao princípio da separação dos poderes, como se vislumbra nos casos concretos objeto de análise deste estudo, oriundos dos julgados do Tribunal de Justiça de Alagoas em sede de 2º grau, no tocante à concretização de políticas públicas de saúde, cujas ementas são trazidas à baila:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONFIRMOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRELIMINAR DE NECESSÁRIO CHAMAMENTO AO PROCESSO. REJEITADA. MÉRITO: DIREITO À SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE EM LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. DIREITOS SUBJETIVOS INALIENÁVEIS, CONSAGRADOS NA CF, CUJO PRIMADO HÁ DE SUPERAR QUAISQUER RESTRIÇÕES LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA. PROVIMENTO NEGADO. DECISÃO UNÂNIME. (TJAL – 2ª Câmara – Apelação Cível n.º 2011.003315-1 – Data Julgamento: 29.9.11 – Acórdão n.º 2.1116 / 2011.) (grifos adotados)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 188, §1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE ALAGOAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 5ª, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PELO

PODER JUDICIÁRIO. GARANTIA DE INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJAL – 1ª Câmara – Apelação Cível n.º 2011.003394-8 – Data de Julgamento: 10.8.11 – Acórdão n.º 1.1076/2011.) (grifos aditados)
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DO FEITO COM FUNDAMENTO NOS ART. 543-B E 543-C REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELANTE NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DEVER DO ESTADO DE ALAGOAS DE FORNECER O MEDICAMENTO DE QUE NECESSITA A APELADA. À UNANIMIDADE DE VOTOS, RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJAL – 3ª Câmara – Apelação Cível n.º 2011.003419-1 – Data de Julgamento: 29.8.11 – Acórdão n.º 6.1247/2011.) (grifos aditados)

Destarte, a partir de uma análise filosófico-pragmática em Oliver Holmes e Benjamin Cardozo, com juízo de ponderação de criação do direito não amoldada ao sistema jurídico (ativismo judicial), verifica-se que a justificativa abstrata utilizada pela Corte Alagoana, em suas Câmaras Cíveis, perfaz precedentes imprecisos, pois quando se analisa o teor da fundamentação jurídica dos casos supramencionados, constata-se que os magistrados não atentaram para as especificidades da matéria em concreto, sequer para o tipo de doença que acometeu as partes e a possibilidade de implementação de uma medicação efetiva e de custo menor, consistindo tal conduta em uma verdadeira instituição de política pública de saúde, no sentido de que o Estado de Alagoas nada pode alegar em face do direito à vida e à saúde, ao passo que deve sim suplantar qualquer óbice legislativo ou administrativo de lista fornecida pelo Ministério da Saúde e fornecer o tratamento ao indivíduo enfermo custe o que custar.

Neste aspecto, mostra-se extremamente ativista esta conduta do Judiciário Alagoano que utiliza como subterfúgio o seu “poder-dever” de criação e análise do direito, como forma de instituir efetivamente planos de governo e ou políticas públicas saúde.

Ressalte-se que a pesquisa realizada no referido Órgão, ocorreu nos últimos seis meses (1.6.2011 a 21.11.2011), ao passo que se constatou que foram recebidos pelas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Alagoas 604 Apelações Cíveis tratando sobre direitos subjetivos fundamentais de saúde, dos quais 83 recursos foram julgados e analisados por esta pesquisa, encontrando-se com baixa às varas de origem.¹²

Assim, pondera-se que no âmbito de criação do direito, com a análise de casos concretos é possível identificar se uma inovação jurídica se revela ativista ou não, segundo as ponderações da filosofia pragmática de Oliver Holmes e Benjamin Cardozo, e, conseqüentemente, se os magistrados e analistas jurídicos recolhem em si a “consciência”

¹² Consulta realizada em 21.11.2011 às 15h10min, pelo Sistema de Automação do Judiciário Segundo Grau – SAJSG.

jurídica dos limites dos interstícios do sistema jurídico posto, seja no sistema norte-americano ou no romano-germânico.

Nesse contexto, mostra-se de bom alvitre registrar que o anseio de Montesquieu (1982), limita-se a evitar o exercício arbitrário do poder, revelando-se a prova mais inequívoca da afirmação de que há repartição e distribuição das ditas principais funções do Estado, de forma a evitar a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa, caso claro da supervalorização de um dos poderes, o que pode gerar, em um juízo de ponderação, uma criação do direito, por parte dos magistrados, não amoldada ao sistema ou o denominado ativismo judicial.

Assim, no campo de atuação do Poder Judiciário, percebe-se que sob essa ótica os direitos fundamentais, em suas dimensões ou gerações “individual-liberal”, “social” e de “solidariedade”, concretizar-se-ão de forma efetiva e adequada no seio da sociedade, nas predileções de Holmes e Cardozo, por intermédio de um jurista que recolhe em si a “consciência” jurídica dos limites dos interstícios do sistema jurídico, revelando-se estes os critérios jurídicos formais e materiais verificados no ato de sua atuação, seja aplicando, executando ou criando o direito nos casos concretos.

Por fim, destaque-se o preceito de George Sarmento (2008, p. 76) ao mencionar que a efetividade dos direitos fundamentais “está condicionada a uma ambiência democrática em que o Estado de Direito assegure a prevalência do princípio da legalidade, a independência dos três poderes, a eficiência do controle de constitucionalidade e a normalidade das instituições republicanas”.

CONCLUSÃO

Conforme estabelecido na apresentação do tema proposto, este estudo teve como discussão o ativismo judicial e a política pública em uma perspectiva da filosofia pragmático-jurídica, como uma forma de avaliar a atuação do Judiciário Alagoano no exercício de criação do direito, utilizando-se como método a teoria filosófica pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin N. Cardozo, com o escopo de ponderar uma dogmática estruturante da criação do direito como um meio modesto, frise-se não como uma teoria, de melhor compreender esta dinâmica, quando se fala em ativismo judicial na concretização de direitos subjetivos fundamentais através de políticas públicas.

Desta forma considerou-se, com a filosofia pragmática, em uma forma de cognição rasa, uma dogmática estruturante da criação do direito, ponderando-se esta, primeiramente, como gênero, ou seja, a criação do direito *lato sensu*, desmembrando-se em dois juízos de

predileções pragmáticas, a saber, como criação do direito não amoldada ao sistema jurídico ou ativismo judicial ou como criação do direito *stricto sensu*, as quais são constatadas de forma pragmática com a análise de casos concretos.

Assim sendo, é possível arrematar, em uma análise pragmática, que impreterivelmente os magistrados e analistas jurídicos criam o direito ao apreciarem os casos concretos, seja no sistema do *Common Law* ou no do *Civil Law*. Este ato de criação do direito, entretanto, perfaz dois caminhos distintos, conforme as assertivas de Holmes e Cardozo: um revelado por um juízo de ponderação de criação adequada nos moldes do ordenamento jurídico, e o outro por um juízo de ponderação de criação que muitos denominam de ativismo judicial, que se verifica quando os analistas jurídicos ultrapassam os interstícios do sistema, pois ao proferirem decisões judiciais os “juízes e juristas percebem a existência de restrições difíceis de definir e que, por mais impalpáveis que sejam, cerceiam e circunscrevem sua ação” (CARDOZO, 2004, p. 83). Saber identificar essas restrições mostra-se tarefa bastante árdua aos magistrados, porém plenamente possível de se constatar na análise de casos concretos.

REFERÊNCIAS

- ABBGNATO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. Texto: O conceito de política pública em direito. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.
- DAVID, René. Trad. Hermínio A. Carvalho. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios e revisão da tradução: Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FREITAS, Lorena de Melo. **Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para Discussão da Ideologia na Magistratura**. Disponível em <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo/cognitio_estudos/cognitio_estudos.htm> Acesso em 10.8.11.

GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. **Verdade e Método I** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. **Direito e Democracia**: entre a Facticidade e Validade. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. Trad. João Batista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência e Eficácia. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. Trad. Fernando Henrique Cardoso. **O espírito das leis**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar claras nossas ideias**. Trad. António Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf> Acesso em 16.8.11.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução: Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de S. Ação civil pública: Função, deformação, e caminhos para uma Jurisdição de Resultados *apud* KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SARMENTO, George. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional**: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

WALDRON, Jeremy. Trad. Luís Carlos Borges. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.