

# A COMMOLIZAÇÃO DO DIREITO POSITIVO, O ATIVISMO JUDICIAL E A CRISE DO ESTADO

*THE "COMMONIZATION" OF POSITIVE LAW, JUDICIAL ACTIVISM AND THE CRISIS OF STATE*

*LA "COMMOLIZACIÓN" DEL DERECHO POSITIVO, EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA CRISIS DEL ESTADO*

**Zenildo Bodnar<sup>1</sup>**

**Paulo Márcio Cruz<sup>2</sup>**

**Resumo:** O presente artigo trata de analisar e discutir a crise de algumas das teorias modernas sobre o Direito e o Estado, principalmente a tripartição clássica de poderes e o protagonismo atual

- 
- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Realizou Pós-Doutorado em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina (2008) e na Universidade de Alicante (Espanha). Professor no Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. (zenildo@univali.br)
  - 2 Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI em seus cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br)

do Poder Judiciário, o que permite estabelecer relações teóricas sobre a aproximação e/ou a colaboração entre as famílias jurídicas denominadas de *Common Law* e o *Civil Law* a partir do Ativismo Judicial.

**Palavras chave:** Direito; Estado; Ativismo Judicial; Sustentabilidade.

**Abstract:** This article analyzes and discusses the crisis of some of the modern theories of Law and the State, especially the classic tripartition of powers and the current role of the Judiciary, which allows theoretical relationships to be established in the approach to and/or collaboration between legal families called Common Law and Civil Law based on Judicial Activism.

**Keywords:** Law; State; Judicial Activism; Sustainability.

**Resumen:** El presente artículo trata de analizar y discutir la crisis de algunas de las teorías modernas sobre el Derecho y el Estado, principalmente la tripartición clásica de poderes y el protagonismo actual del Poder Judicial, lo que permite establecer relaciones teóricas sobre la aproximación y/o la colaboración entre las familias jurídicas denominadas *Common Law* y el *Civil Law* a partir del Activismo Judicial.

**Palabras clave:** Derecho; Estado; Activismo Judicial; Sostenibilidad.

## NOTA INTRODUTÓRIA

A necessidade de uma urgente reforma do Estado é inequívoca. A maioria dos estados forjados a partir das estruturas teóricas modernas carece de uma profunda reforma. São teorias, algumas delas, de antes da invenção da máquina a vapor. Não é possível continuar convivendo com essa concepção arcaica de organização estatal concebida a partir das teorias modernas formativas do Estado.

A maioria dos estados em nossa área ocidental de influência, os latino-americanos inclusive, seguem esse mesmo figurino de organização das suas

estruturas públicas e que perderam, se é que algum dia tiveram, a noção e a dimensão republicanas.

E o pior: quase todos, durante a segunda metade do Século XX, copiaram ou tentaram copiar os modelos de constituições programáticas adotadas nos estados de bem-estar europeus após a segunda guerra mundial. O mundo dividido entre o liberalismo capitaneado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos e o socialismo igualitário, liderado pela extinta União Soviética, numa disputa épica entre igualdade e liberdade.

As constituições europeias do pós-segunda guerra mundial, inspiradas na de Weimar, mas também produzidas pela ótica do keynesianismo<sup>3</sup> e pela necessidade de passar às suas sociedades a ideia clara que seria possível viver com âmbitos adequados de igualdade, porém sem abrir mão da liberdade, que afinal de contas é paradigma moderno.

Pois bem, a disputa oeste-leste terminou com o fim da União Soviética e os valores modernos representados pela liberdade retomaram com força seu protagonismo. E o capitalismo tornou-se hegemônico, inclusive com esse grande paradoxo sem qualquer tipo de submissão ao interesse geral da humanidade que se chama China.

Com o fim da guerra fria e com o triunfo do capitalismo já não existe lugar para algo absoluto. Apesar do importante papel que desempenham a China, a União Europeia, os Tigres Asiáticos e os Estados Unidos, o mundo atual vive de autoridades múltiplas e difusas, com a consciência da necessidade da sustentabilidade sendo talvez a única guia existente atualmente<sup>4</sup>.

3 JOHN MAYNARD KEYNES, nobre e economista inglês, nascido em Cambridge em 1883 e morto em Sussex em 1946, foi conselheiro do Tesouro britânico durante a Primeira Guerra Mundial. Após a guerra, publicou o estudo **Consequências Econômicas da Paz** (1919). Autor de **Um Tratado sobre a moeda** (1930) e, depois, de uma **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda** (1936), KEYNES atacou o problema do subemprego que existia na Inglaterra depois de 1930. Ele enxergou, nesta situação, um estado de subequilíbrio permanente que nenhum mecanismo automático de mercado corrigiria. KEYNES pregou, em consequência, um crescimento do consumo, uma baixa taxa de juros, o crescimento dos investimentos públicos, medidas que implicavam a intervenção do Estado. Ele teve um papel muito importante na conferência de Bretton Woods, em 1944.

4 STRANGE, Susan. **La retirada del estado: quien gobierna el mundo**. Tradução de Josep Ibañez. Cambridge: Cambridge University Press. Icaria Editorial/Intermón Oxfam, 2001, p. 101.

Hoje se está diante de sociedades hipercomplexas nas quais, apesar das evidentes assimetrias<sup>5</sup> que existem num mundo no qual, convivem sociedades muito avançadas e outras que sequer alcançaram a modernidade, as fronteiras já são relativas, assim como o conceito de soberania, cidadania e até de nacionalidade<sup>6</sup>. Há toda uma geração que nasceu e se desenvolveu nesse ambiente digital e que interage empaticamente, desconsiderando boa parte das construções teóricas modernas.

E os estados não conseguem acompanhar esse mundo novo pós-moderno. Sob essa perspectiva, o direito é uma ciência anacrônica em sua base teórica, seus métodos, seus procedimentos, seus processos e, principalmente, em se tratando da sua produção e aplicação.

Os estados, *latu sensu*, uns mais, outros menos, são estruturas que perderam seus objetivos originais, os quais justificavam sua existência como tal. Em diversas partes do mundo o estado funciona como um gigolô da sociedade, promovendo um processo autofágico e gerador de privilégios, castas de funcionários públicos com regalias que ofendem a dignidade do trabalhador privado, incompetente para dar respostas às demandas sociais e, muitas vezes, atrapalha o desenvolvimento social por ser um antro de corrupção, incompetência e inapetência.

Por outro lado, tem-se o avanço dos grandes conglomerados empresariais privados estimulados pela hegemonia capitalista que já se comentou anteriormente. Mesmo que as empresas transnacionais não tenham assumido completamente contornos de “governos de estados de economia”, sem dúvidas já ocupam parcelas significativas de seu poder. É cada vez maior a autoridade que exerce, paralelamente aos governos, principalmente na definição da localização das principais regiões de produção, investimentos públicos e privados. Orientam a inovação tecnológica, dão o tom das relações trabalhistas e praticamente definem as políticas fiscais<sup>7</sup>.

5 Sobre este tema ver CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v. 2, n. 2, p. 96-111, jul.-dez. 2010.

6 CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Sequência**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

7 STRANGE, Susan. **La retirada del estado**: quien gobierna el mundo, p. 275.

Mais ou menos, os estados estão falidos e praticamente inviabilizados. Existem para prestar poucos serviços de baixíssima qualidade, com as exceções de praxe.

Estudos indicam que, caso os estados não promovam as adequações necessárias, não conseguirão chegar até a década de 40 do corrente século com desempenho minimamente razoável de suas atribuições históricas<sup>8</sup>.

O mundo vem mudando com velocidade extraordinária. E os estados – e o direito – insistem em viver a partir de padrões teóricos dos séculos XVII, XVIII e XIX. A impressão que dá é que tudo de mais genial com relação à teoria do estado e do direito foi produzido na modernidade e que se está condenado a ficar dando voltas, tentando saber como as interpretações da constituição programática vão resolver os problemas.

Além disso, o mundo jurídico pouco se dá conta de que a ciência do direito está sendo atropelada pelas outras ciências, que possuem seus “tempos” muito mais desenvolvidos e adequados à atual realidade da sociedade hipercomplexa. É como pretender cruzar hoje o oceano comandando um jato de última geração, tendo como instrumentos de navegação aqueles disponíveis no século XVII ou XVIII. Até seria possível, teoricamente, mas o risco de um desastre seria incrivelmente alto.

Apesar de se estar vivendo uma crise gravíssima, é importante anotar que normalmente é das crises que surgem as condições para que os passos adiante sejam dados. É preciso que todos se conscientizem que a modernidade está chegando ao fim, arrastando com ela todo o seu arsenal teórico que a sustentou. Principalmente sua principal característica, ou seja, a justificação de profundas e desumanas desigualdades em nome do liberalismo capitalista.

O que não é possível é ficar negando o óbvio. O capitalismo atual não é sustentável. Nada cresce ao infinito. A economia não pode crescer indefinidamente. Rawls defende que a existência do liberalismo político é plausível a partir de demonstração da possibilidade de um consenso sobreposto numa sociedade

---

<sup>8</sup> Conforme relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), divulgado em 08 de março de 2016.

com uma tradição democrática caracterizada pelo fato do pluralismo razoável<sup>9</sup>. A contrário senso, é possível supor que há um pluralismo não razoável. O pluralismo transnacional atual por certo não seria razoável na visão Rawls.

Já na metade do século XX eram iniciados os debates sobre desenvolvimento sustentável e, depois, sobre sustentabilidade. Durante as décadas seguintes, essas duas categorias acabaram por se fundir. Uma de suas bases foi o importante documento da Comissão do Meio Ambiente das Nações Unidas, organizado por Gro Harlem Brundtland<sup>10</sup>, na época presidente da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, intitulado “Nosso Futuro Comum” e mais conhecido como “Relatório Brundtland”. Esse documento marcou o ponto de inflexão no processo de institucionalização do conceito de desenvolvimento sustentável, que até então era apenas uma mera discussão acadêmica e a partir desse momento passou a fazer parte das principais pautas mundiais.

Além disso, o “Relatório Brundtland” trouxe a definição mais difundida do termo desenvolvimento sustentável como sendo aquele desenvolvimento que satisfaz as necessidades da atual geração sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades<sup>11</sup>.

Desde então o que começou como desenvolvimento sustentável passou a evoluir rapidamente para a consolidação da sustentabilidade como valor geral fundante e que cada vez mais ganha força como paradigma balizador de todas as ciências.

A liberdade como metavalor está em acelerado processo de reconfiguração à condição de um valor civilizatório importante, porém não mais aquele destinado a matizar todas as atividades científicas. Assim como o direito, as demais ciências estão absolutamente envolvidas nessa transição paradigmática. É sempre fundamental notar que o direito produzido com base no paradigma da sustentabilidade será, evidentemente, muito diferente do direito que foi produzido quando a liberdade o matizava.

9 RAWLS, Jhon. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p.219.

10 Gro Harlem Brundtland, diplomata e médica norueguesa e líder internacional em desenvolvimento sustentável e saúde pública. Foi membro do Partido dos Trabalhadores da Noruega.

11 AGUADO MORALES, Itziar; ECHEBARRIA MIGUEL, Carmen; BARRUTIA LEGARRETA, José M<sup>a</sup>. El desarrollo sostenible a lo largo de la historia del pensamiento económico. **Revista de Economía Mundial**, Huelva, España, n. 21, p. 87-110, 2009.

Aliás, é muito clara a convivência de paradigmas atualmente. O paradigma moderno, a liberdade, vai demonstrando sua insuficiência para matizar as concepções científicas, e o possível paradigma pós-moderno chega mostrando sua capacidade de orientar a criação de bases teórico-científicas suficientes para transformar os movimentos da sociedade hipercomplexa em elementos para a criação de alternativas teóricas para as diversas ciências. O direito e o estado incluídos.

## **A ORIGEM DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PÓS-MODERNIDADE**

Há um equívoco recorrente quando se começa a tratar de Estado Democrático de Direito que diz respeito a uma espécie de corte indevido da linha teórica que instruiu, em toda modernidade, a formação do próprio Estado e do Direito.

A maioria das sociedades ocidentais, e de outras partes do mundo, também optou pela república como princípio reitor de todos seus ordenamentos jurídicos.

Ser uma república significa a opção clara pela construção do estado e do ordenamento jurídico a partir do interesse geral ou interesse da maioria. O princípio democrático, aplicado também para viabilizar os instrumentos de democracia representativa, teoricamente permite à sociedade auscultar os cidadãos eleitores, a cada quatro anos, e estabelecer o interesse geral ou interesse da maioria, representado pela opção ideológica – esquerda, centro ou direita e suas variações – majoritária. Essa opção também, teoricamente, irá orientar a criação do direito e a formatação do estado.

E está-se falando de interesse geral ou da maioria, não do direito. As minorias terem direitos é também uma condição republicana. Maiorias num determinado momento poderão deixá-lo de ser e assim a existir como minoria no momento seguinte. Esse tem sido o figurino ideológico moderno básico.

O princípio republicano nas constituições ocidentais permite a transição entre os mundos político e jurídico. O princípio republicano opera, inclusive, nas chamadas monarquias constitucionais. A Espanha, por exemplo, apesar de

formalmente ser uma monarquia, adota *in totum* o princípio republicano como base axiológica para formação de seu ordenamento jurídico.

O problema dos nossos tempos é o aumento da complexidade de maneira exponencial e a existência de sociedades extremamente heterogêneas, sincréticas, mundializadas e conectadas *on-line* ao mundo digital. Isso faz com que o instrumento idealizado pelos modernos para promover a oitiva à sociedade a cada eleição parlamentar não traduza de forma eficiente as tendências da sociedade naquele determinado momento. Sair de casa para votar em um representante já não é o suficiente para a formação do interesse geral ou da maioria<sup>12</sup>. Principalmente nas sociedades heterogêneas e complexas.

É importante entender o mecanismo geral de formação do direito e do estado modernos relatado e verificar que, ao ser cotejado com as atuais características das sociedades contemporâneas, apenas naquelas com alto grau de homogeneidade, como eram os burgueses dos séculos XVII a XIX, os instrumentos de democracia representativa podem funcionar com um mínimo de eficiência. Nos países da Escandinávia, por exemplo, com alto grau de homogeneidade, apesar de serem sociedades hipercomplexas, as democracias representativas modernas ainda são capazes de servir como instrumento formador do direito e conformador do estado.

O problema está, exatamente, nas sociedades heterogêneas e assimétricas. Basta pensar sobre qual percentual de cidadãos, num país subdesenvolvido ou dito emergente, sabe que, ao participar das eleições, estará fazendo a opção por uma matriz ideológica, que poderá ser majoritária, que produzirá um direito típico daquela orientação política e que, por isso, também influenciará decisivamente a própria criação e aplicação.

## A MODERNIDADE ULTRAPASSADA

Melhor então analisar como o direito e o estado chegaram até aqui a partir dos preceitos modernos. Alguns autores trabalham com a existência de duas modernidades. A primeira, representada pelo estado absoluto, e uma segunda,

<sup>12</sup> CRUZ, Paulo Márcio. Sobre el Princípio Republicano. **Revista Jurídicas**, Colômbia – Manizales, v. 06, p. 15-32, 2009.

que passa a existir após as revoluções burguesas. Com todo respeito, mas não é essa a concepção que parece a mais adequada. A modernidade, *stricto sensu*, começa com o fim do antigo regime e com a implantação gradativa dos estados constitucionais. E junto com eles os instrumentos de liberalismo econômico e de liberalismo político.

As sociedades burguesas da Europa continental passaram a adotar esse figurino político-ideológico que lhes interessava e a organizar o estado e a construir seus ordenamentos jurídicos com base nos princípios liberais consagrados. São exemplos a inexistência de crime sem lei que o preveja, o direito de propriedade como um de seus fundamentos mais importantes, os limites ao poder de tributar do estado, entre tantos outros.

Nunca é demais registrar a consolidação do direito público como uma das principais características da modernidade. O direito público, que muitas vezes, é equivocadamente confundido com direito do estado, na verdade é um grande sistema protetivo proposto pelos modernos com relação ao estado.

E vale ressaltar o protagonismo da Inglaterra nesse sentido. E por que a os ingleses desempenharam papéis tão vanguardistas na formação do que se chama de teoria política moderna, que redundou no direito e no estado moderno? Seguramente por sua história e por seus costumes e também, em menor grau, por sua geografia que permitiu algum isolamento que serviu como uma espécie de membrana seletiva. Costuma-se chamar o processo de formação do direito inglês como de "trato sucessivo", o que possibilitou a sua construção ao longo dos séculos, desde a *magna carta*, passando por suas duas importantes revoluções sem uma ruptura como as que aconteceram no continente.

Pode-se dizer que a modernidade chegou um século antes à Inglaterra e que o Direito Inglês (da Inglaterra e do País de Gales) adquiriu sua forma atual por conta desses fatos, com os costumes e os precedentes ocupando lugar de destaque nas fontes primárias do direito daqueles países.

É possível dizer que esses traços específicos da formação do ordenamento jurídico e do estado inglês permitiram que o "tempo" do direito consuetudinário

(e da produção de teorias políticas que o embasaram) inglês historicamente fosse mais ajustado aos tempos das demais ciências e da sociedade, sem a separação entre direito público e direito privado, tão presente no direito europeu continental moderno, e com um parlamento muito mais voltado para o debate político e para a aprovação de regras gerais, com uma constituição formada por documentos aprovados ao longo da história (é incorreto dizer que a Inglaterra não tem constituição escrita, pois o que não possui é uma constituição organizada em um só documento, mas os documentos que a compõem são escritos, sim!). A maior parte do ordenamento jurídico formado por precedentes jurisprudenciais criados a partir dos costumes, a Inglaterra e o direito inglês podem proporcionar excelentes elementos para reflexão sobre o direito – e o estado – que se tem e o direito – e o estado – que provavelmente se terá.

## O PROCESSO DE “COMMONLIZAÇÃO” DO DIREITO MODERNO E O ATIVISMO JUDICIAL

É muito difícil defender, atualmente, que as teorias modernas formadoras do direito e do estado são suficientes para o enfrentamento dos desafios dessa nova era que está começando e que torna as sociedades complexas e hipercomplexas<sup>13</sup>.

Quando a União Soviética entrou em colapso já havia uma clara sinalização em direção a um processo muito rápido de globalização, alavancado principalmente por três motivos: a evolução geométrica das comunicações por satélites, a popularização dos *personal computers* num primeiro momento e dos *smart phones* e *tablets* num segundo momento e o acesso cada vez maior às redes de internet. Isso começou a mudar o mundo em que se vive.

As telecomunicações diminuíram a capacidade de controle dos estados e dos seus governos, que já não possuem o monopólio dessa atividade. Mas são os grandes usuários das tecnologias mais avançadas, as grandes corporações transnacionais, os que desequilibram sensivelmente as relações de força entre as sociedades civis e os grandes produtores da riqueza mundial.

13 Conforme Orlando Zanon Junior *in*: \_\_\_\_\_. **Teoria complexa do direito**. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.

Com o ingresso da China no grande cassino mundial capitalista, as mudanças globais ficaram ainda mais rápidas e intensas. A preocupação com as mudanças climáticas ficou imensamente maior com o avanço desenfreado das atividades potencialmente mais poluentes a partir do início do processo de globalização com os Estados Unidos e a China como seus atores principais.

As fronteiras nacionais passaram a ser cada vez mais parecidas com peças de ficção e uma gigantesca comunidade global foi se formando com boa parte da população do planeta acompanhando tudo em tempo real. A chamada primavera árabe, por exemplo, foi produzida tendo as mídias sociais como um de seus principais instrumentos.

Aquilo que era a grande meta a ser alcançada quando a modernidade foi teorizada, ou seja, âmbitos cada vez mais amplos de liberdade, passou a compartilhar espaço com outros valores paradigmáticos.

Com a velocidade imposta pela comunicação digital via internet, o que Rifkin<sup>14</sup> chama de civilização empática foi e vai se formando. A base do raciocínio moderno perde força gradualmente e vai dando lugar a valores superlativos, muito diferentes de liberdade, liberalismo, capitalismo, direito de propriedade, entre tantos outros. Começam a surgir discussões muito sérias em torno de temas até então negligenciados pelos axiomas modernos.

Com isso, o “tempo” do direito e do estado faz com que suas estruturas se tornem cada vez mais anacrônicas e, por isso, incapazes de dar respostas minimamente eficientes às sociedades globalizadas conectadas.

É nesse ambiente que surgiu, na última década do século XX, o que se convencionou chamar de ativismo judicial, o qual começou a transformar o processo de produção do direito, tradicionalmente realizado a partir dos parlamentos, tendo a lei como fonte primária.

O ativismo judicial é a atitude dos membros do Poder Judiciário de, por meio de interpretações estendidas, alargarem os limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes.

---

14 RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis**. Barcelona: Paidós, 2010.

O ativismo judicial, portanto, significa a judicialização de funções até então tidas como típicas dos outros dois poderes do estado. Como já sugerido anteriormente, uma série de fatores concorreu para este fenômeno, mas o principal deles, de fato, decorre da incapacidade dos poderes legislativo e executivo em acompanhar o “tempo” da sociedade hipercomplexa, fazendo com que o princípio da separação dos poderes, tal como foi concebido originalmente, sofra significativa relativização<sup>15</sup>. Daí a transferência dos poderes decisórios de outros poderes ao Poder Judiciário.

Este fenômeno vem, paulatinamente, dando um intenso protagonismo ao Poder Judiciário e fazendo com que o *Civil Law* se aproxime do *Common Law* (não exatamente como o sistema inglês) com um evidente processo gradativo de emparelhamento de fontes primárias do direito entre a lei posta e as decisões judiciais.

A democracia representativa, instrumento fundamental do estado democrático de direito, e a função governativa são incapazes, como concebidas a partir das teorias modernas, de fazer frente às demandas desse mundo novo. E nessa esteira foi que o ativismo judicial evoluiu, ganhou importância e angariou protagonismo.

Em alguns países está-se diante de uma espécie de “estado judiciário” e com as funções mais relevantes da república controladas por magistrados cuja legitimidade democrática é indireta a partir das constitucionais. Porém, parece prevalecer o critério da capacidade técnica sobre a capacidade política, o que a sociedade parece entender como legítimo e adequado.

Em artigos anteriores já se assinalou os claros sinais de insuficiência dos critérios modernos de ordenação jurídica e de organização do estado. Este novo cenário da globalização, patrocinado pelo capitalismo transnacional neoliberal, deve ser motivo de muita preocupação, como destaca Noam Chomsky, um dos maiores críticos à pós-modernidade, impulsionada pelo capitalismo neoliberal e sem capacidade para criar a necessária base teórica para a pós-modernidade. Esse sim, o grande problema a ser enfrentado<sup>16</sup>.

---

15 Sobre isso ver CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. Título original: *Giudici Legislatori?*

16 CHOMSKY, Noam. **Estados fallidos – el abuso de poder y el ataque a la democracia**. Tradução de Gabriel Dols. Barcelona: Ediciones B, 2007, p. 201.

## O SÉCULO XXI E A COABITAÇÃO DE PARADIGMAS: A ERA DA SUSTENTABILIDADE

Existem novos poderes transnacionais desterritorializados que estão absolutamente sem nenhum tipo de controle ou limite que os faça estar submetidos ao interesse geral ou interesse da maioria.

É possível perceber a aproximação de uma grande revolução relativa ao paradigma da nova ciência ocidental. Nesse sentido, Morin acrescenta que, de modo correlato, também na perspectiva da metafísica, que ora é seu negativo, ora seu complemento<sup>17</sup>. Ao longo da história moderna o desenvolvimento econômico foi uma constante nas metas e nos objetivos das sociedades ocidentais. Mas a partir da segunda metade do século XX, após a segunda grande guerra, o desenvolvimento passa a contar com uma perspectiva interdisciplinar: o conceito de desenvolvimento sustentável passa a ocupar o centro dos debates<sup>18</sup>.

O surgimento desse intenso movimento começou a abalar definitivamente o paradigma moderno como pedra angular de todo um sistema de pensamento, que afetou ao mesmo tempo a ontologia, a metodologia, a epistemologia, a lógica e, por consequência, a prática, a sociedade e a política.

E foi possível antever-se, portanto, a radicalidade e a amplitude da reforma paradigmática. É toda a estrutura do sistema de pensamento que ficou abalada, transformada com esse mundo novo e desterritorializado atual. É toda uma superestrutura de ideias que está desabando e outra que está se formando. É para isso que a humanidade precisa se preparar, conforme escreve Morin<sup>19</sup>.

Caso se queira estar apto a uma nova compreensão do direito, a qual possa fornecer uma resposta ao novo conjunto de demandas ligadas aos novos cenários transnacionais<sup>20</sup>, é preciso superar a construção teórica da modernidade liberal,

17 MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 54

18 AGUADO MORALEJO, Itziar; ECHEBARRIA MIGUEL, Carmen; BARRUTIA LEGARRETA, José M<sup>a</sup>. El desarrollo sostenible a lo largo de la historia del pensamiento económico, p. 87-110.

19 MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**, p. 55.

20 CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. **E-Lex Revista**, Barcelona, v. 5, p. 12-24, 2010.

apesar de se saber que o período que virá conviverá com o atual, ou seja, não se trata de um novo paradigma excludente, mas sim de coabitação.

O direito que advirá desse ambiente político-jurídico transnacional será forjado, muito provavelmente, com base em princípios de inclusão social, direitos humanos e proteção ao meio ambiente<sup>21</sup>. A sustentabilidade, em sua acepção mais ampla, passará a ser, se já não o é, o principal item do debate político-jurídico e, portanto, possivelmente o novo paradigma indutor do direito.

A preservação e a recuperação do ambiente e sua utilização racional sugerem a reinvenção da tensão entre direito e liberalismo capitalista, o que poderá gerar a necessária sustentabilidade. Isso para que uma nova concepção de direito possa contribuir para que o mundo seja cada vez menos confortável para o capitalismo predatório e que um dia se possa ter uma alternativa ou, ao menos, um capitalismo sustentável.

Sabe-se perfeitamente das assimetrias existentes entre as regiões do planeta e entre os países que as formam. Isso indica a necessidade de coabitação entre o paradigma moderno e o pós-moderno do direito, entre a busca por âmbitos cada vez mais amplos de liberdade e a limitação desta mesma liberdade em função de se promover a sustentabilidade. É, *mutatis mutandis*, o que se chama de “republicanização da globalização”<sup>22</sup>, com uma efetiva busca pela distribuição da riqueza e do reequilíbrio ambiental. O grande desafio do ser humano será provar que conseguirá evoluir do individualismo liberal, passando pelas experiências de igualdade relativa dos estados de bem-estar e alcançar a sustentabilidade. Provar que não é um elemento estranho e inadaptável ao planeta Terra, mas que pode não só conviver em harmonia, como melhorar as condições gerais de vida.

Essa perspectiva sugere também, principalmente a partir do novo ritmo civilizacional a que se está submetido, que instâncias de governança institucional, a exemplo do Poder Judiciário, amoldem-se a esta nova realidade.

---

21 RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis, p. 29.

22 BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 432-446, dez. 2010, p. 380.

Isso porque a sociedade hipercomplexa apresenta importantes desafios para a jurisdição, principalmente por demandar uma nova racionalidade jurídica, já que denuncia as limitações da dogmática tradicional e do saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano.

Pode-se ser enfático ao afirmar que os senhores invisíveis da globalização sabem que, para conservar seu poder, têm de construir a torre do pensamento único, globalizar ideias que não admitem a diversidade, o que seria a última versão do universalismo, a nova forma de assegurar a continuidade da razão abstrata<sup>23</sup>. Essa homogeneidade destrutiva é a igualdade como um modelo artificial, o que impede qualquer tipo de sensibilidade ou empatia global que torne a convivência humana mais civilizada<sup>24</sup>.

Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais, como escreve Teubner<sup>25</sup>. A razão decisiva para que atualmente a produção normativa esteja se distanciando cada vez mais da política reside no fato de que o acoplamento do sistema político e do sistema jurídico por meio de constituições não conta com uma instância correspondente no plano da sociedade mundial.

A economia produz a riqueza e a política trata de distribuí-la. Sem uma política transnacional será impossível distribuir a riqueza transnacional, torná-la instrumento de desenvolvimento social efetivo em sintonia com a sustentabilidade nas suas múltiplas dimensões.

A ideia historicamente consolidada de um direito baseado na completude, coerência e não contradição já não é mais suficiente para o enfrentamento dos desafios da sociedade de risco. A crise contemporânea do Estado de direito e da justiça requer também a reformulação do pensamento jurídico com a superação dialética do paradigma moderno<sup>26</sup>. E se deve anotar que não pode haver, a partir

---

23 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. As dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 155-166, jul.-set. 2014.

24 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. As dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental.

25 TEUBNER, Gunther. A Bukowina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba, Unimep, n. 33, v. 14, p. 9-31, 2003, p. 13

26 ARNAUD, André-Jean. **Entre modernité et mondialisation: leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État**. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2004, p. 238 e ss.

do novo paradigma pós-moderno, espaços para a miséria e a pobreza consentidas ou impostas, conforme pautas prioritárias eleitas pela ONU como objetivos do milênio (AGENDA 2030)<sup>27</sup>.

Nesse contexto, incumbe ao direito e, por consequência, à jurisdição, a tarefa de qualificar axiologicamente o agir humano não apenas na perspectiva do comportamento responsável intersubjetivo e comunitário, mas também como um compromisso ético alargado, exercido em longo prazo, tanto em benefício e atenção das futuras gerações como também de toda a comunidade de vida.

O campo de atuação da hermenêutica judiciária sustentável caracteriza-se não apenas pela intensidade das colisões, mas pela quantidade de direitos fundamentais implicados, circunstâncias estas que também exigem especialização, ou seja, o desenvolvimento de uma hermenêutica própria. Na perspectiva ou dimensão material, a construção da justiça para o caso concreto exigirá critérios de ponderação abrangentes, ancoragem constitucional e nos critérios de sustentabilidade e sensibilidade para os bens com ampla repercussão planetária e de suporte da vida. Todas as variáveis intervenientes devem ser criteriosamente sopesadas e avaliadas; o instrumental técnico do direito não pode prescindir do aporte de outros campos do saber e nem do forte substrato ético subjacente aos litígios.

Esse amplo repertório de variáveis a serem consideradas demonstra que a produção judicial do direito não se adstringe a um juízo meramente subsuntivo do fato à norma, sendo, portanto, inevitável conviver com âmbitos de ativismo judicial necessário.

É consabido que existem muitos doutrinadores importantes, como Lênio Streck<sup>28</sup>, que são críticos ao ativismo judicial e, por via de consequência, a esse alargamento da atuação do Poder Judiciário. Mas é possível que esse

27 ONU. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em 17 set. 2016.

28 Sim, há ativismo em excesso. Ao contrário do que diz o novo ministro e ao contrário do que sustenta Thamy Progrenischi (que, aliás, no seu livro critica Barroso, que, paradoxalmente, parece, agora, concordar com a crítica que lhe foi feita), há, sim, excesso de ativismo. E quando digo excesso, não estou admitindo um "ativismo adequado ou necessário". Permito-me dizer: ativismo é vulgata da judicialização. Não há bom ou mau ativismo. Lênio Streck *in*: \_\_\_\_\_. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<https://observadorconstitucional.com/2014/02/17/ativismo-judicial-ou-papel-representativo-do-stf/>>. Acesso em: 17 de set. de 2016.

momento de transição justifique as intervenções dos magistrados em âmbitos tradicionalmente de competência dos poderes legislativo e executivo. Porém, com todo respeito aos posicionamentos contrários, o aspecto subjetivo, ou seja, a quantidade de interessados e as consequências de longo prazo de qualquer atividade interpretativa exigem especial consideração do julgador. Não se trata de não levar a sério o indivíduo, como reivindica Alexy<sup>29</sup>, mas sim de não esquecer a sociedade no seu conjunto, as futuras gerações e, por consequência, garantir ao próprio indivíduo as melhores condições de vida presente e futura.

Um dos direitos fundamentais de feição predominantemente individualista que mais entra em rota de colisão com a sustentabilidade é o direito de propriedade. Na colisão entre o direito de propriedade e o ambiente, é importante que o julgador faça opções conscientes, responsáveis e criativas que, sem aniquilar o núcleo essencial da propriedade, preservem a intangibilidade do ambiente. Não se trata de estabelecer uma tirania apriorística de valores em prol ambiente, mas de uma opção consciente que deve necessariamente prestigiar um bem de toda a comunidade de vida atual e futura.

A realização substancial da justiça, na perspectiva também preventiva e com propósitos de uma justiça que transcenda o caso concreto, deve objetivar exatamente a melhora contínua do comportamento humano em relação à natureza numa perspectiva de futuro e não apenas numa focalização da análise dos danos já consumados e muitas vezes irreversíveis, ou seja, deve-se julgar com os olhos voltados para o futuro e não apenas numa perspectiva de passado. Esse enfoque, mais uma vez põe em destaque a dimensão temporal, como justificante da intervenção criativa da jurisdição, mesmo adentre a espaços tradicionalmente reservados ao legislativo e ao executivo.

A importante missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social<sup>30</sup>. O Poder Judiciário como poder político desempenha um papel

29 ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 211.

30 CITTADINO, G. 2002 Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, L.W. (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro, UFMG/ IUPERJ/FAPERJ: 2002, p. 17-42.

proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados.

São inúmeras as omissões dos poderes executivo e legislativo que acontecem nas mais diversas políticas públicas, políticas estas que deveriam ser implementadas para a garantia da sustentabilidade. Este quadro contribui decisivamente com as crises generalizadas pelas quais passam as sociedades humanas e exige essa intervenção alargada e eficiente por parte do Poder Judiciário.

Um protagonismo mais ativo por parte do Poder Judiciário não representa risco à secularizada teoria da tripartição, ao contrário, traduz-se na sua plena afirmação. Afinal, esta é uma precondição para o exercício de poderes que são exercidos de maneira concorrente. Ademais, conforme destacam Neal, C. Tate e Torbjörn Vallinder, o fenômeno é até mais profícuo nas situações em que há a concorrência e a competição entre os poderes<sup>31</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise do estado e do direito moderno impõe novas teorizações acerca da produção e da aplicação do direito, as quais não necessariamente necessitam estar vinculadas a paradigmas como o da liberdade e da igualdade. A necessária perspectiva integrada e holística das novas demandas transnacionais reivindica um paradigma mais versátil e que acolha as dimensões: social, política, econômica ambiental e tecnológica.

Nesta perspectiva, a aproximação teórica e prática dos sistemas dos sistemas jurídicos, das culturas e das disciplinas, representa na atual quadra da história uma possibilidade de respostas mais apropriadas para as novas e complexas demandas.

O legado histórico e inclusive atual do sistema político e jurídico inglês, caracterizado por um parlamentarismo histórico e um direito de base consuetudinária, serve como importante elemento de debate para a compreensão

---

31 TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power: The judicialization of politics*. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. pp. 02 e ss.

de alguns fenômenos que atualmente ocorrem, com reflexos no direito e na sua produção judicial.

Os novos cenários transnacionais e a complexidade crescente da sociedade digital estão ampliando e redefinindo o Poder Judiciário, que passa a atuar em âmbitos antes reservados aos poderes executivo e legislativo. Assim, exerce um novo protagonismo de guardião da sustentabilidade nas suas múltiplas dimensões, inclusive espaciais, o que se pode denominar de um recente e progressivo ativismo judicial para a sustentabilidade.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUADO MORALEJO, Itziar; ECHEBARRIA MIGUEL, Carmen; BARRUTIA LEGARRETA, José M<sup>a</sup>. El desarrollo sostenible a lo largo de la historia del pensamiento económico. **Revista de Economía Mundial**, Huelva, España, n. 21, p. 87-110, 2009.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ARNAUD, André-Jean. **Entre modernité et mondialisation: leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État**. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2004.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 432-446, dez. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. Título original: *Giudici Legislatori?*

CITTADINO, G. 2002 Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, L.W. (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro, UFMG/ IUPERJ/FAPERJ: 2002.

CHOMSKY, Noam. **Estados fallidos – el abuso de poder y el ataque a la democracia**. Tradução de Gabriel Dols. Barcelona: Ediciones B, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. Sobre el Principio Republicano. **Revista Jurídicas**, Colômbia – Manizales, v. 06, p. 15-32, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. As dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 155-166, jul.-set. 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Sequência**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. **E-Lex Revista**, Barcelona, v. 5, p. 12-24, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v. 2, n. 2, p. 96-111, jul.-dez. 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

ONU. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em 17 set. 2016.

RAWLS, Jhon. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis**. Barcelona: Paidós, 2010.

STRANGE, Susan. **La retirada del estado: quien gobierna el mundo**. Tradução de Josep Ibáñez. Cambridge: Cambridge University Press. Icaria Editorial/Intermón Oxfam, 2001.

STRECK, Lênio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<https://oobservadorconstitucional.com/2014/02/17/ativismo-judicial-ou-papel-representativo-do-stf/>>. Acesso em: 17 de set. de 2016.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The judicialization of politics. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba, Unimep, n. 33, v. 14, p. 9-31, 2003.

ZANON JUNIOR, Orlando. **Teoria complexa do direito**. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.