

# O IMPRESCINDÍVEL LIMITE DEMOCRÁTICO DA ATUAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR DE ABERTURA COMERCIAL EM MEIO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

*THE ESSENTIAL DEMOCRATIC LIMIT OF JUDICIAL ACTION: ANALYSIS OF THE DECISION THAT REJECTED THE PRELIMINARY REQUEST FOR COMMERCIAL OPENING AMID THE CORONAVIRUS PANDEMIC*

Hilbert Maximiliano Akihito Obara<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo trata dos limites constitucionais e democráticos da atuação judicial no Brasil. A atuação judicial não pode ser abusiva para adquirir o desejado contorno constitucional e democrático. Na observância da tripartição constitucional de poderes é necessário o respeito dos espaços de atuação executiva e legislativa. A harmonia entre os poderes não condiciona a atuação judicial ao modelo do velho juiz boca da lei, mas também não permite o solipsismo judicial. Entre os dois extremos é possível construir uma alternativa constitucional e democrática mais adequada ao contexto brasileiro que, ao reconhecer a viragem-linguística e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, permite respostas judiciais distantes do legalismo, com seus métodos subsuntivos e interpretativos, ao mesmo tempo em que fogem do aprisionamento arbitrário da consciência/vontade do julgador. Nesse enredo é trazido o caso paradigma, a análise da decisão de indeferimento do pedido de antecipação de tutela para funcionamento de estabelecimento comercial em período de pandemia, a confortar o fundamento teórico. A existência de atividade administrativa e de regramento municipal disciplinando as atividades comerciais que poderiam ou não continuar funcionando, sem qualquer demonstração de falha ou antijuridicidade, indicam a correção da decisão ao não incorrer em usurpação da função administrativa pública pelo Judiciário, conformando-a constitucionalmente na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. Assim, o escrito, adotando um procedimento metodológico consistente na análise empírica de decisão judicial, com pesquisa e revisão bibliográfica, busca contribuir para a construção crítica de um Judiciário adequado para a realidade brasileira tendo em vista uma persecução democrática.

**Palavras-chave:** Constituição e democracia. Tripartição de poderes. Atuação judicial.

**Abstract:** *The article deals with the constitutional and democratic limits of judicial action in Brazil. Judicial action cannot be abusive to acquire the desired constitutional and democratic outline. In compliance with the constitutional tripartition of powers, it is necessary to respect the spaces for executive and legislative action. The harmony between the powers does not condition judicial action to the model of the old judge of the law, but it also does not allow judicial solipsism. Between the two extremes, it is possible to build a constitutional and democratic alternative more suited to the Brazilian*

---

<sup>1</sup> Professor do programa de graduação e pós-graduação da Universidade La Salle Canoas, RS, Brasil. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre. Mestre e doutor em direito pela Universidade do rio dos Sinos. Endereço para correspondência na rua Padre João Batista Réus, 1436, Vila Conceição, Porto Alegre - RS. Fone (51) 981864174. Email: hilbert.obara@unilasalle.edu.br

*context, which, recognizing the linguistic turn and the condition of hermeneutic-philosophical possibility, allows judicial responses that are distant from legalism, with its subscriptive and interpretative methods, at the same time. time when they escape the arbitrary imprisonment of the judge's conscience / will. In this scenario, the paradigm case is brought up, the analysis of the decision to reject the request for advance relief for the operation of a commercial establishment in a pandemic period, to comfort the theoretical foundation. The existence of administrative activity and municipal regulation regulating commercial activities that may or may not continue to function, without any demonstration of failure or anti-legality, indicate the correctness of the decision by not incurring a usurpation of the public administrative function by the Judiciary, constitutionally conforming it in the condition of hermeneutic-philosophical possibility. Thus, the writing, adopting a methodological procedure consistent in the empirical analysis of judicial decision, with research and bibliographic review, seeks to contribute to the critical construction of a Judiciary suitable for the Brazilian reality with a view to democratic pursuit.*

**Keywords:** Constitution and democracy. Tripartition of powers. Judicial action.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente é muito controverso o tema sobre o limite da atuação do juiz, singularmente pelo papel democrático e constitucional destacado que lhe é atribuído por muitos pensadores, inclusive fora do direito. Comumente são trazidas perfunctoriamente apenas duas possibilidades diametralmente opostas. Enquanto alguns defendem que o juiz deve ter um palco reduzido de atuação, outros defendem uma dilatação excessiva do agir judicial. O estudo adentra nessa temática e investiga a possibilidade de construção de outras possibilidades entre os dois extremos, trazendo para tanto fundamentos teóricos e pragmáticos. É posta em análise uma decisão recente a respeito de um pedido de antecipação de tutela para funcionamento de estabelecimento comercial em período de pandemia, para que seja alcançado recíproco conforto da proposição jurídica e da resposta prática.

O escrito certifica a capacidade de aprimoramento do jurídico, sobretudo da atuação judicial, com a admissão da *linguisti turn* e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. É feita a verificação dos liames filosóficos ultrapassados, reféns da relação objetificante, a estribar as posturas antagônicas. Os vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos desmistificam os postulados filosóficos justificadores dos perfis do juiz boca da lei e do juiz solipsista. Ainda, permitem o reconhecimento da relação com os perfis minimalistas e ampliadores da atuação judicial. A partir daí é possível descartá-los para uma abertura de novas possibilidades.

Na clareira aberta pela imprescindibilidade de um jurídico mais filosófico, mais atualizado filosoficamente, são esgrimidas as possibilidades de formatação judicial, tornando plausível o abandono de fórmulas antigas, bem como o engessamento a modelos teóricos puros. No reconhecimento de que o perfil democrático e constitucional são os desejáveis, podem ser trabalhadas alternativas que devem, hermenêuticamente falando, partir da temporalidade do ser, do *dasein*. Desse modo, é viável buscar a construção de um perfil de Judiciário contextualizado historicamente, temporalmente adequado ao caso brasileiro, sem prejuízo, muito antes o oposto, de uma constante renovação daquilo que é obtido teoricamente e construído pragmaticamente para aquilo que é esperado de um Judiciário democrático.

O diagnóstico do panorama brasileiro atual é imprescindível. Isso passa pela comparação com outras realidades, de outros países, para reconhecer que o Brasil ocupa uma situação periférica, que torna muitas de suas realidades ocultas para os pensadores inseridos em outros panoramas. Na vivência brasileira é destacado um fosso social gerador de um déficit democrático principalmente ocasionado pela globalização econômica. Assim, o Estado de Direito brasileiro tem inegável responsabilidade no resgate desse problema e nesse enfrentamento o Judiciário não pode ser excluído.

O procedimento metodológico é baseado na análise empírica, de decisão recente, bem como em pesquisa qualitativa e revisão documental bibliográfica. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica traz a reflexão e racionalidade crítica de temáticas constitucionais, políticas e sociais.

## 2 A DECISÃO CONSIDERADA<sup>2</sup>

Vistos.

CASSOL MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA impetrou MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO contra possível ato praticado pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. Afirmou que a empresa impetrante situa-se em um centro comercial e que esta qualifica-se como fornecedora de materiais de ferragem e de construção, atividade descrita como serviço essencial, conforme art. 13, inciso I, do Decreto Municipal nº 20.623/2020. Asseverou, contudo, a ocorrência de contradição com o art. 14, na medida em que há um rol de estabelecimentos que podem funcionar em shopping centers e centros comerciais, sem previsão de que os demais que prestam serviços e ou comercializam produtos de natureza essencial, se enquadram na exceção à regra geral. Em razão disso, sustenta flagrante afronta ao princípio da isonomia e da livre concorrência. Discorreu sobre os decretos federais e estaduais que abarcam a natureza essencial das atividades da impetrante. Assinalou que a estrutura do centro comercial onde está situada possui plenas condições de atender as medidas sanitárias necessárias. Requereu liminarmente a concessão da segurança para que a impetrante não seja impedida de exercer suas atividades. Anexou documentos.

Notificados, prestaram informações em conjunto o Município de Porto Alegre e o Prefeito Municipal, alegando preliminarmente a perda do objeto, porquanto o regramento municipal foi revogado com a superveniência da edição do novo Decreto Municipal nº 20.625, de 23 de junho de 2020. Arguiram que ausência de condições de prosseguimento na via processual eleita pela parte impetrante, já que a iminência de

---

<sup>2</sup> Transcrição de:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado (5. Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre). **Mandado de segurança 5035662-77.2020.8.21.0001/RS**. Impetrante: CASSOL Materiais de Construção Ltda. Impetrado: Prefeito - Município de Porto Alegre. Juiz de direito: Hilbert Maximiliano Akihito Obara, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/> . Acesso em: 28 set. 2020.

afronta a direito líquido e certo não caracteriza a existência de possíveis atos de efeitos concretos a serem praticados pela municipalidade e, ainda, por haver necessidade de dilação probatória. Aduziram que o gestor municipal é quem detém tecnicamente as melhores condições de avaliar, no âmbito da sua regia, qual a melhor forma de prevenção e de combate ao COVID-19, não cabendo ao Poder Judiciário ingressar no mérito do ato administrativo.

### **É o relatório.**

#### **Decido.**

De início, destaco que as informações requisitadas objetivam o julgamento do pedido antecipatório razão pela qual as defesas processuais arguidas pela impetrada serão analisadas posteriormente, em momento oportuno. Certo é que há uma possível situação de ilegalidade concreta, cuja apreciação não pode ser obstada pelos argumentos trazidos nas preliminares.

O Mandado de Segurança é remédio constitucional para assegurar o direito líquido e certo à pessoa física ou jurídica contra ato ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade.

Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, ou seja, o direito que se apresenta manifesto na sua existência, devidamente delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração. Exatamente porque se exige situações e fatos demonstrados de plano é que não existe instrução probatória na ação em comento. A prova, pois, deve ser pré-constituída.

Dito isso, os atos da Administração Pública gozam de presunção de legitimidade. O Poder Executivo tem todas as condições para as pesquisas necessárias e a adoção das medidas mais indicadas para o período de pandemia do coronavírus. Não que se deva concordar com todas as determinações emanadas pela função executiva. Porém, o administrador público, de conformidade com os poderes que lhe são legitimamente outorgados pela Constituição vem tomando as precauções que entende devidas, de conformidade com os elementos de pesquisa e informação que dispõe, buscando adequar os diversos interesses sociais conflitantes. A propósito, o próprio Estado acaba sendo financeiramente prejudicado com o fechamento provisório dos estabelecimentos comerciais, o que reforça a convicção da legalidade e imprescindibilidade de seus agir.

A submissão dos comportamentos da Administração Pública ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito. Nessa perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 107) observa que "de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quanto inválidos, e as reparações patrimoniais cabíveis".

Inobstante isso, as determinações impostas pelo Decreto Municipal nº 20.625, de 23 de junho de 2020, no tocante ao funcionamento de estabelecimentos situados em *shopping centers* ou centros comerciais, que embora sejam detentores de atividade essencial, passam invariavelmente por uma análise de viabilidade criteriosa. Vale dizer que o aprofundamento dos estudos realizados pelo Poder Executivo encontram amparo substancial e técnico para a adoção das medidas restritivas a determinados seguimentos do comércio, ainda que resultem em desagrado à economia.

Assim, é descabida a análise meritória do Poder Judiciário à exteriorização do ato administrativo que dispõe sobre medidas de prevenção à COVID-19. Nesse ponto, caberia o controle externo nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade coatora, o que não se revela na espécie. A atuação judicial, portanto, é legítima para conformar a atuação administrativa com o jurídico e constitucional. Ignorar o espaço de atuação da administração pública implicaria em desconhecer os freios da tripartição de poderes, configurando o indesejado ativismo judicial, de natureza antidemocrática. Nenhum dos poderes e nenhum de seus representantes pode avocar o poder absoluto ditatorial em nosso Estado democrático de direito. Cabe aos mesmos, dentro de suas respectivas esferas de competência, atuar em prol do asseguramento e concretização dos direitos individuais e sociais.

Por derradeiro, a permissão para funcionamento de estabelecimentos análogos ao do impetrante não configura afronta ao princípio da isonomia e à livre concorrência. Há critérios observados pela administração pública para estabelecer quais e como devem funcionar as atividades comerciais. O momento atual está a exigir a excepcionalidade, fundada na necessidade pública, para o exercício das atividades comerciais. A utilização de elementos analógicos e da indicação de critérios privados, distantes da definição pública governamental, para o delimitamento da necessidade da atividade econômica acabam por permitir o funcionamento de grande parte, senão de todos, os estabelecimentos comerciais. Indubitável que a liberdade econômica tem relevante função na sociedade contemporânea, porém os critérios específicos para abertura em tempos de pandemia devem ser estabelecidos exclusivamente pela administração pública. A proclamada isonomia deve então acrescer uma sensibilidade social, um abrir-se compreensivo para a existência de outras situações de maior urgência, como o reconhecimento de necessidade de preservação da vida e da saúde a exigir sacrifícios em prol do bem comum. Então, a compreensão da igualdade no Estado de direito democrático ultrapassa a concepção formal, neutra e individualista para voltar-se para um sentido compatível com o de justiça social.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Notifique-se a parte impetrada para prestar informações complementares que entender pertinentes, no prazo de 10 dias.

Com as informações, dê-se vista ao Ministério Público.

Dê-se conhecimento do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para, querendo, ingressar no feito, na forma nos termos do art. 7º, II, do diploma legal.

Intimem-se.

### **3 A VIRAGEM-LINGUÍSTICA E A CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE HERMENÊUTICA-FILOSÓFICA NO DIREITO**

A filosofia da relação sujeito-objeto foi permissora do direito em duas perspectivas criticáveis, ora refém de sentidos pré-existentes no texto legal ora, com a dominação da filosofia da consciência, impulsionando o incontrolável decisionismo (STRECK, 2009a, p. 145). Na primeira, a crença era na existência de sentidos escondidos no escrito da lei, sentidos independentes do intérprete, em um cárcere ontológico da objetividade da ciência, sem admitir a historicidade compreensiva (GADAMER, 1999, p. 400). Na segunda, que o intérprete poderia adquirir os sentidos em sua consciência, em seu mundo, independentemente da realidade, como uma ação da subjetividade e não em uma penetração do acontecer (GADAMER, 1999, p. 436). Em ambos, o direito perde seu conteúdo substancial, servindo como instrumento do político, mormente dos interesses dos representantes políticos, dos legisladores, como na crença liberal, e da moral, da subjetividade arbitrária do juiz (STRECK, 2014, p. 77).

A manutenção de um conteúdo substancial no direito, além do mero caráter instrumental, parte do reconhecimento da dualidade incompatível com a viragem-linguística (OLIVEIRA, 1996, p. 133). A linguagem, como abertura de horizontes, como inauguração de mundo ao intérprete, constitui-se no meio de aquisição e expressão de sentidos. Todos os sentidos são, portanto, linguísticos, advindos da relação intersubjetiva, conectando o intérprete com o mundo, com seu contexto histórico temporal (GADAMER, 1999, p. 577). A linguagem é, assim, fenomenológica, pragmática, mas de modo diverso da reflexão transcendental da sujeição à objetividade e do assujeitamento do objeto, com essência diversa, portanto, da linguagem instrumental. Não que a linguagem instrumental, como do texto escrito, não possa ser aperfeiçoada (OLIVEIRA, 1996, p. 165-168) ou que possa ter significações arbitrárias ou aleatórias. Antes o contrário, é imprescindível a receptividade ao texto, de modo ensejar a correspondência compreensiva, muito distante, conseqüentemente, do “saber dominador” (GADAMER, 1999, p. 464).

As filosofias objetificante e subjetiva são perceptíveis no direito. Na análise objetificante jurídica as respostas são dadas pelo texto da lei e na ausência do texto da lei abre-se a senda da subjetividade, por meio da discricionariedade judicial (ENGELMANN, 2001, p. 71) ou por uma aplicação principiológica (ENGELMANN, 2001, p. 167-168). O raciocínio jurídico era de confiar nos métodos jurídicos (subsunção e interpretação) e na insuficiência dos mesmos autorizar a razão prática, tendo na subjetividade uma fatalidade (STRECK, 2014, p. 53). Contudo, seja nos supostos sentidos pré-dados pela dogmática dominante, forjada em uma confiança em uma consciência mítica, que na realidade era vazia (GADAMER, 1999, p. 412), uma vez que o sentido do

texto é sempre nova e além do leitor, nunca reprodutivo de um saber superior (GADAMER, 1999, p. 444), ou no exercício do julgamento arbitrário/discricionário/principiológico, equivocadamente desprendido do mundo porque o desvelamento é inevitavelmente compartilhado e nunca propriedade exclusiva de quem quer que seja (HEIDEGGER, 2009, p. 127), sempre esteve presente a vontade/poder do sujeito (STRECK, 2014, p. 38). Em todas as possibilidades criticadas, de qualquer modo, está a sujeição do direito a um elemento externo incontrolável, a uma vontade dominadora solipsística ou política.

A modernidade sempre conviveu com a problemática do sujeito dominador do jurídico, ignorando que o sujeito inevitavelmente é em relação a algo, que é inalterável e independente do intérprete (HEIDEGGER, 2009, p. 98-100). Na atualidade, a insuficiência do modelo agrava ainda mais as crises, em face da formação de uma sociedade ampliada de complexidades, onde o direito parece não conseguir superar a perspectiva da objetivação (STRECK, 2014, p.78), a superação da diferenciação de texto e norma (GUASTINI, 2005, p. 131). O acolhimento da intersubjetividade compreensiva, da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, desmonta a metafísica de sentidos contidos no texto, de compreensões unívocas, camufladoras da vontade da fala dominante, oriunda do poder político prevalente (STRECK, 2009a, p. 208), da mesma forma que obsta o eu agigantado do discurso solipsista (STEINER, 1997, p. 36), na medida em que o ser, mesmo sozinho, será sempre junto a algo e que o algo sempre é desvelado pelo ser-aí, onde o desvelamento pertence ao ser-aí (HEIDEGGER, 2009, p. 118).

As respostas judiciais, na admissão da viragem linguística, permitem a reconexão do sujeito ao mundo, no *dasein*, onde suas compreensões projetam-se, de forma incompleta por ser passiva de ininterrupta revisão, no avanço de penetração semântica em direção ao ente (GADAMER, 1999, p. 402), em um inevitável compartilhamento de sentidos desvelados (HEIDEGGER, 2009, p. 128). O engodo da dualidade, da transmissão da essência do ente ao ser, é descoberto com a constatação de que os sentidos advêm da linguagem, no círculo hermenêutico, quando a interpretação pressupõe, como primeira de todas as condições interpretativas, a pré-compreensão a ser afetada pela alteridade (GADAMER, 1999, p. 441), no inevitável e originário projeto vital de cada ser humano (REALE, 1993, p.103-104.). Está aí a essência da própria existência, limitativa da compreensão, da qual as ciências e qualquer conhecimento não podem abdicar. O homem e o jurista não podem ser fechados ao mundo, eles são seres no mundo e, como tal, devem permanecer receptivos, acolher, receber, deixar-*vir-ao-encontro*, para a apropriação compreensiva (HEIDEGGER, 2009, p. 75-77), inclusive no jurídico.

A linguagem é condição especialíssima e exclusiva do homem, “[...] a linguagem humana deve ser pensada como um processo vital particular e único, pelo fato de que no entendimento linguístico torna-se manifesto o ‘mundo’” (GADAMER, 1999, p. 647). Nessa abertura linguística o ser há de ser junto às coisas, na medida em que “[...] pertence essencialmente ao sujeito o fato dele não estar encapsulado em si, mas sempre já ser junto ao ente por si subsistente” (HEIDEGGER, 2009, p. 120). O diferencial linguístico que lhe é inerente, portanto, não é autorizativo do assujeitamento de sentidos, de relativização de mundo, pois há um pertencimento, um liame inevitável com o tempo e o espaço (MARMOR, 2005, p. 83). A linguagem não cria um intérprete

assujeitador do mundo, uma vez que o mundo foi, pode ser e provavelmente será sem o homem, mas a acepção de mundo é estruturada humano-linguisticamente (GADAMER, 1999, p. 649). Nesse desenvolvimento, o ser está ancorado em conhecimentos prévios, gestados na historicidade (GADAMER, 1999, p. 415-416), dos quais inexistente arbítrio na sua utilização ou não, vinculando-o à história, vinculando todo conhecimento humano, todas as ciências, o direito, à história (OLIVEIRA, 1996, p. 229). O ser em sua temporalidade, na historicidade da pré-compreensão, em comunhão com a tradição (GADAMER, 1999, p.440), nas suas circunstâncias (REALE, 2010, p. 103) é, portanto, incompatível com o eu dominador do mundo.

A fala do outro e a fala do texto são inevitavelmente consideradas na ação compreensiva. O homem não se fecha, mas se abre à opinião alheia e à do texto. Essas opiniões são postas junto, em relação às próprias opiniões, extraíndo uma nova e diferente compreensão. Em tudo isso está a mutabilidade e multiplicidade de sentidos, própria, do outro e do texto. Todavia, essas características não são ilimitáveis, sob pena de uma barreira intransponível comunicativa. No respeito a essa fronteira são construídas as compreensões possíveis, adequadas e na transgressão surge a alternativa inviável, inadequada. Por isso o intérprete é levado pela busca de padrões mais adequados de conformidade com o extrínseco (GADAMER, 1999, p. 456), na atenção ao outro e ao texto. Caso não os escute, não preste a devida atenção, laborará em equívoco, em um mal-entendido, ultrapassando o limite próprio da variedade semântica. Aquilo sobre o que se trata traz em si seus questionamentos e possibilidade de sentidos, sua própria obscuridade a ser desvelada. O sujeito trata desse desvelamento, não estando autorizado a construir em si o desvelamento que melhor lhe aprouver e nem tratar de algo diverso, sob pena de um final esgotamento da possibilidade de ouvir o outro e o texto, de um fechamento para a diferenciação, para a compreensão proporcionada pela alteridade (GADAMER, 1999, p. 404). A janela da compreensão, do inato e universal poder de sínteses do homem, porque lhe permite a comunicação, lhe diferencia, lhe dá plasticidade e a capacidade de superar a si mesmo, de se reinventar continuamente (REALE, 2010, p. 104).

Na compreensão de um texto, inclusive jurídico/legal, a semântica não é fruto daquilo que o intérprete tenha pretendido significar dele, do seu querer, de sua intenção. Antes, a compreensão está sujeita à legitimação, quanto à origem e validade, da contextualização social e histórica da frase (GADAMER, 1999, p. 403). O viver, onde o tempo constitui uma possibilidade produtiva no acontecer (GADAMER, 1999, p. 445), é compreensivo em um momento socialmente histórico e a palavra, seu sentido, está condicionado à utilização pragmática, distante da teorização desvinculada dos contextos (OLIVEIRA, 1996, p. 135). Por isso, a compreensão não é estática, mas produtiva, progressiva, de conformidade com a realidade histórica, na mediação entre os conceitos do passado e do presente (GADAMER, 1999, p. 578) em direção ao futuro, no “ser-adiante-de-si-mesmo” (OLIVEIRA, 1996, p. 211-212). Logo, a manifestação do texto, dos entes, é junto ao ser temporal em seus contextos. O intérprete é, temporalmente, em relação a uma multiplicidade de entes presentes em uma determinada totalidade conjuntural (HEIDEGGER, 2009, p. 78) e junto a outros intérpretes, imprescindendo do compartilhamento, da “mesmidade”, para a formação do nós (HEIDEGGER, 2009, p. 105), para a comunicação e nosso viver comunitário.

O jurídico não pode assim, permanecer preso a sentidos pré-dados imutáveis. Ao mesmo tempo não pode ter modificações dependentes do querer individual solipsista. Na hermenêutica-filosófica, no círculo hermenêutico, na compreensão do todo pelo individual e do individual pelo todo, há a antecipação de sentidos, o projeto semântico em direção ao saber, como no aprendizado de línguas mortas, onde é extraído o projeto de sentido da frase para depois chegar nas palavras componentes da oração, por meio da expectativa de sentido precedente há o aprimoramento semântico da palavra autorizativo do aprimoramento da própria oração. Há, dessa forma, uma constante possibilidade de aperfeiçoamento, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, na busca da melhoria da concordância entre eles (GADAMER, 1999, p. 436-437). O texto e o sentido do texto estão compreendidos no círculo hermenêutico, como a parte, em relação ao contexto histórico, como o todo, do qual deve ser alcançada a concordância, o afinamento entre ambos, na fusão de horizontes do ser (GADAMER, 1999, p. 457).

O direito é, no homem, temporal, devendo conseqüentemente ser pensado historicamente. O juiz não pode, por meio de sua exclusiva subjetividade, querer ultrapassar as construções jurídicas dialéticas (STRECK, 2009a, p. 280-281), com conformação histórica. Não que as mudanças sejam impossíveis, mas que só são permitidas por bons motivos (HABERMAS, 2001, 170-171). Porém, no caso concreto analisado, não havia justificativa suficiente para que o juiz deferisse o pedido de antecipação de tutela, na medida em que o órgão da administração pública, que possuía maiores e mais aprofundados elementos para a política administrativa relativa à abertura ou fechamento de atividades comerciais, não foi omissivo e não ficou comprovado qualquer erro/ilicitude em seu agir. A perspectiva do pragmatismo constitucional, que pressupõe a experiência da subjetividade (VERDÚ, 2004, p. 6-7), impeliu ao reconhecimento do ambiente de atuação administrativa do Município de Porto Alegre. A subjetividade que traz compreensões sempre diferentes, não pode fazer confundir diferença com distorção (GADAMER, 1999, p. 684) e o agir judicial submetendo os demais poderes iria distorcer o mandamento constitucional da tripartição de poderes. As construções semânticas jurídicas pretéritas em consonância com a abertura para as expectativas futuras (HABERMAS, 1993, p. 25) apontaram para o resguardo do espaço da administração pública, conservando a indispensável harmonia entre os poderes do Estado de direito brasileiro.

#### **4 A ATUAÇÃO JUDICIAL E O IMPEDIMENTO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO PARA A ULTRAPASSAGEM DO AGIR ADMINISTRATIVO LEGÍTIMO**

Há duas possibilidades jurisdicionais opostas. Em uma a atuação judicial é limitada ao extremo, em um ângulo individualista-liberal ou neo privatística (MOREIRA, 2005, p. 5-6) e a outra adquiriria um cunho paternalista, nos moldes das expectativas do liberalismo clássico e do intervencionismo estatal. Todavia, na contemporaneidade, dentro das diversidades e características peculiares de cada país, é que deve ser buscada a formatação ideal, de conformidade com as expectativas democráticas de cada povo, o que faz com que preponderem as composições híbridas, deixando para o

plano teórico e ideológico a defesa das formas puras (DAMASKA, 2000, p. 125-126). Seguindo o Estado de direito brasileiro está organizado na forma híbrida. Parece ser esse o melhor caminho a ser trilhado. Cabe, então, trazer as justificativas para a afirmação.

O primado da maior contenção do agir judicial, especialmente no tocante à implementação de políticas públicas, é adequado para um Estado de direito com uma política liberal sólida dominante. Nesse Estado, pressupondo a autossuficiência de seus cidadãos, sobretudo a ausência de vulnerabilidades econômicas sociais, basta garantir a liberdade, a livre iniciativa, pois a roda global da economia lhe é benéfica, estando mais próxima dos denominados países desenvolvidos. São prescindíveis e até indesejáveis intervenções estatais, causando estranheza a afirmação da necessidade de implementação de políticas públicas por meio do judiciário. Isso porque, sob essa ótica, é descabido ao Estado, ao poder administrativo, adotar políticas públicas, mesmo promovedoras de transformação social. Até porque essas transformações seriam presumivelmente nocivas ao desenvolvimento social/econômico, ainda mais quando originadas do Poder Judiciário. A função do Estado deve ser restringida à segurança externa e interna, onde estaria a essência da atuação judicial, confiando que tudo o mais, que todos os demais interesses públicos e privados, seriam construídos de forma independente da atuação estatal (HÖFFE, 2005, p. 179).

Na liberdade econômica, maior emblema da perspectiva liberal e da atuação estatal e judicial mínima, não há tanta afetação à igualdade, muito diferente do que acontece com grande parte, senão com a totalidade dos países periféricos, invisíveis para essa lógica. De qualquer forma, a avocação fomenta e seduz, dizendo que o homem é livre e dono de si, portanto, não precisa de qualquer contribuição estatal. O povo, constituído por homens livres, deve ter as rédeas de seu destino. Cada um deve, por si, correr atrás de seus interesses. Cabe deixar reservado para a atuação judicial apenas a tarefa de limitar a injustificável atuação dos demais poderes na esfera privada, bem como o campo de resolução de conflito privado de interesses, na característica marcante da proteção dos direitos subjetivos (ZOLO, 2006, p. 93-94). Basta, portanto, que a atuação judicial seja neutra, concentrada no mínimo, oposta à atuação judicial novecentista, do protagonismo judicial, que desconhece a forte separação entre o público e o privado, bem como entre a atividade administrativa e judicial (CASALINI, 2006, p. 282-283). O Estado brasileiro, o judiciário, lida com um contexto de situações muito diversas dos pressupostos da atuação estatal e judicial mínima. Aqui há um enorme fosso social. Há um déficit democrático enorme a ser resgatado, respaldando a assertiva de melhor cabimento de um modelo híbrido.

No caso brasileiro e de grande parte dos países em desenvolvimento o enunciado de liberdade que se traduziu quase que exclusivamente em liberdade econômica, uma vez que o homem acaba preso ao sistema de produção, às exigências de trabalho, indústria e comércio, além de não consubstanciar, pelo menos para a grande massa, um real liberdade, de capacidade de buscar livremente seus desígnios, ainda afetou fortemente o igualitarismo (BOBBIO, 2000, p. 39). O sentimento de ganância econômica para obter o poder e alcançar as benesses prometidas pelo capitalismo trouxe o culto ao dinheiro, que antes de ser “liberdade” é aprisionamento, trazendo para a maior parte das

peças, ainda que o capitalismo tente torná-las invisíveis, concretamente, apenas miséria e sofrimento (HADOT, 2000, p. 304).

Presentemente, o capitalismo tem, para o lado de cá do hemisfério, mostrado o seu lado sombrio. O dia a dia de grande parte do povo brasileiro é de luta pela sobrevivência, em estado de extrema vulnerabilidade, onde falta comida, medicamentos e atendimentos médicos e hospitalares, moradia, educação, serviços básicos de saneamento, dentre outros tantos problemas. Nas localidades em que o cidadão luta pelo mínimo garantidor de uma vida minimamente digna não pode ser exigível que adquira uma consciência crítica qualificadora da sua condição de cidadão. Cabe ao Estado implementar as condições necessárias para a maioria cidadã, para a emancipação social. Então, quando os demais poderes são omissos e/ou relapsos, deixando de cumprir suas agendas de campanha e compromissos sociais surge a responsabilidade constitucional judicial para, em caráter subsidiário, tornar eficaz os preceitos e regras de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2007, p. 29).

Na perspectiva híbrida da atuação judicial brasileira há a imprescindibilidade de limitação da “mão livre” do mercado, o que implica em atenuar os efeitos socialmente nefastos, ainda que, excepcionalmente, por meio da via judicial (HOFFE, 2005, p. 40). Na situação da decisão, é possível notar a defesa da liberdade econômica tentando burlar o controle administrativo na preservação de outros interesses sociais. Houve o controle administrativo em razão da situação de pandemia que organizou os serviços considerados essenciais e não essenciais e a parte autora sustentando analogias pretendia afastar o devido agir administrativo. Portanto, uma decisão oposta à que foi tomada, na realidade, seria reveladora de um ativismo judicial contrário à realização de políticas públicas, quando a crítica liberal comumente é contra o agir judicial na implementação das políticas públicas.

O paradigma diametralmente oposto e igualmente incabível no Brasil é o do Estado de máximo intervencionismo. O Estado intervencionista, como um todo, é identificado por um agir político dilatado, pelo excesso de seus agentes políticos. Comumente, é semeada a ideia antidemocrática do cidadão incapaz e/ou apático (OLIVEIRA JUNIOR, 1997, p. 116), integrante de um povo carente de um guia, de um panóptico, de um pai, a lhe dar acolhida e atender os seus interesses. De forma velada ou não é admitida a noção do povo rebanho, do povo incapaz de correr atrás de seu próprio destino e, por isso, precisa de um pastor, de um herói, de um protagonista, que goza ou tenta gozar de um poder arbitrário, que o faz colocar seus interesses pessoais acima dos interesses comuns ou fundindo os interesses pessoais com os públicos, inevitavelmente prevaricando (ZOLO, 2006, p. 31). É apagada a linha que separa o público do privado, o privado do governante acaba por perpassar todos os interesses do Estado e da sociedade (DAMASKA, 2000, p. 126-127). Por isso, desde sempre o espírito democrático, de construção social de cada um e de todos os cidadãos (REALE, 2010, p. 12), amparado na dialética cidadã legitimadora do político (HABERMAS, 1989, p. 7-8), foi incompatível com a heroização política que pressupõe discriminação e não igualdade, que incumbe a uma pessoa ou determinado grupo de pessoas a liderança em razão de uma imaginada diferenciação moral e/ou intelectual (HÖFFE, 2005, p. 127).

A implementação judicial de políticas públicas é caracterizadora da chamada jurisdição intervencionista que, em sua perspectiva mais enérgica, não encontra limites para o agir judicial. O Judiciário ignora o setor próprio de atuação executiva e legislativa e passa ao exercício autoritário, quando o regime democrático reclama a delimitação da zona de atuação das instituições (HABERMAS, 1997, p. 286-287). É constituída uma perspectiva que prescindir inclusive da diferenciação do jurídico e do político, pois ambos estão sujeitos ao arbítrio do juiz. Desse modo, resta desconfigurado o legítimo lugar do político na produção do democrático (GARAPON, 1999, p. 74-75). Enfim, o excessivo intervencionismo judicial ultrapassa o imprescindível resgate dos interesses sociais produzidos pela globalização econômica que demandaram para diversos países, inclusive o Brasil, preocupações governamentais sociais (COMPARATO, 1999, p. 47) para assumir um nocivo paternalismo e dirigismo social e político pelo juiz, que configura o constitucional e democraticamente indesejado ativismo judicial (TEIXEIRA, 2012, p. 49).

O Brasil convive contemporaneamente com muitas demandas sociais legítimas, exigindo respostas estatais condizentes, o que torna incabível a minimização do Estado (HOFFE, 2005, p. 188). No descortinamento desse cenário o judiciário não pode passar impune, incumbindo-lhe implementar constitucional e democraticamente as omissões e falhas do Executivo e do Legislativo. Contudo, essa responsabilidade do Judiciário não pode ocorrer às custas da harmonia entre as funções do Estado de direito, devendo servir como mediador entre as exigências individuais e sociais em face da condução governamental (DAMASKA, 2000, p. 128), com o que não pode ser o protagonista político e social, ao mesmo tempo em que lhe incumbe fazer cumprir a Constituição na falha e omissão dos outros órgãos políticos estatais, obstando afrontas aos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 73, com o que lhe é conferida uma responsabilidade democrática básica (HOFFE, 2005, p. 40). Nas circunstâncias fáticas da decisão o agir constitucional favoreceu o compromisso da administração pública de contenção da pandemia do coronavírus, impedindo a ampliação das atividades que foram limitadas de conformidade com pressupostos estudos específicos e adequados do agir administrativo adotado. Portanto, a não ingerência atendeu a simetria e harmonia das funções, em atenção aos objetivos constitucionais e democráticos do Estado de direito brasileiro.

Na decisão em análise não houve o indeferimento da pretensão antecipatória na afirmação da adequação contemporânea constitucional e democrática da atuação judicial à clássica pretensão liberal-iluminista de instituição do juiz boca da lei. Muito menos a decisão ocorreu de um decisionismo, de uma vontade individual solipsística. O julgado procurou atender o primado de um Judiciário qualificado e eficiente, concentrado no essencial (HOFFE, 2005, p.190). Porém, tal fato é inconfundível com a defesa do enxugamento e limitação do agir judicial no Brasil de hoje. O escrito intencionou enfatizar que a qualificação e eficiência, bem como a concentração no essencial passa pela assunção, pelo Judiciário, de preocupações coletivas (CAPPELLETTI, 2001, p. 58), mas conservando a sua função secundária (DAMASKA, 2000, p. 129), com o que é anunciada a inadequação de ambos os modelos extremos. As peculiaridades locais é que devem ditar o papel do Judiciário (REALE, 2010, p. 41), que na sociedade brasileira hodierna parece ser cada vez mais relevante para a implementação democrática (CASALINI, 2006, p. 306-307).

No Brasil é inegável a responsabilidade constitucional do Judiciário de, em conjunto com as outras funções do Estado, resgatar as promessas sociais pretéritas (STRECK, 2009b, p. 72) e no caso da omissão/falha das outras funções não surge uma faculdade, mas um dever de agir (CADEMARTORI, 2018, p. 509). Sem apelar para o decisionismo judicial, mas agregando “qualidades positivas” adequadas aos interesses dos cidadãos brasileiros, destinatários de serviços de qualidade (HOFFE, 2005, p. 190) é que deve ser repensado o Judiciário brasileiro. Então, nesse repensar, o desacolhimento da pretensão exposta na decisão, ao corroborar o agir administrativo, em face da inexistência de omissão ou erro, primou pelos interesses dos cidadãos, pela preservação da atuação administrativa, na normatização constitucional do caso concreto, sobretudo considerando que a liberdade econômica preponderasse sobre atos administrativos protetivos do interesse público.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo identificou dois modelos de Jurisdição opostos no que pertine à capacidade de intervenção social do juiz. Na grande maioria dos países o Judiciário acaba buscando uma alternativa diversa que fica entre o extremo da mínima e máxima intervenção judicial. Não pode ser diferente no caso brasileiro. Os perfis puros do *laissez faire* e intervencionista subordinante da Constituição são democraticamente inaceitáveis para o Brasil.

A jurisdição da intervenção mínima não encontra adequação em face das promessas constitucionais e democráticas incumpridas, para as quais o Judiciário é co-responsável. Há uma agenda de igualitarismo sufocada pela liberdade econômica, pela globalização capitalista que parece agravar cada dia mais o profundo fosso social existente. Como na decisão em comento, o Judiciário não pode se render a um único interesse do politicamente dominante que é o econômico. Então, quando a administração pública, na sua zona constitucional e democrática de atuação, toma medidas visando tutelar interesses públicos tidos como preponderantes em relação ao econômico, o judiciário deve validar tal atuação.

A jurisdição brasileira angaria responsabilidades sociais, porém o atendimento desses compromissos não pode ocorrer pelo intervencionismo excessivo, consubstanciado no ativismo judicial. A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica garantem que o engajamento do juiz na tarefa democrática de resgate das dívidas sociais aconteça dentro dos limites do direito e da Constituição. O contexto brasileiro é imprescindível para o reconhecimento da demarcação da elasticidade desse agir. Em outros panoramas de Estados de direito diversos poderiam ser outras as respostas para o contorno da face do Judiciário, mas no Brasil o pensar socialmente preocupado, crítico e racional aponta para uma capacidade intervencionista, mas sem exageros antidemocráticos.

A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica desvelam a inviabilidade do direito continuar sendo orientado pela relação sujeito-objeto. As trilhas desse guia são inevitavelmente apenas duas. A primeira redonda na subserviência ao legalismo, à manutenção do poder, na atualidade do econômico. Essa

subserviência está umbilicalmente ligada a uma inércia judicial, a um despreço da função judicial, que principalmente nos dias de hoje é democraticamente contraproducente. A segunda é a do protagonismo judicial, do agigantamento desproporcional do sujeito-juiz, que poderia até levar para o atendimento de interesses sociais, como o contrário, em uma insegurança decorrente da confiança no agir heróico, cuja configuração antidemocrática salta aos olhos. Na atuação judicial guiada pela relação linguística intersubjetiva está a capacidade de aprimoramento do jurídico, do social, de atribuir uma postura ativa, intervencionista, no limite constitucional, inserindo o desejável objetivo democrático no direito, sem soçobrar no solipsismo do juiz.

A decisão observada, na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, ultrapassa a fórmula das posturas minimizadas e maximizadas extremas para buscar uma adequação ao contexto da realidade brasileira contemporânea. No ser histórico, de um tempo e local determinado, foi expressada a capacidade de limitação jurídica do político, que o democrático não é cativo do econômico, muito antes o contrário, que o democrático pode e deve, não tão raras vezes, submeter o econômico. Portanto, quando a administração pública assim o faz em prol da preponderância de um interesse público mais relevante, só resta ao Judiciário, no limite do jurídico e constitucional, endossar esse agir. Assim, o Judiciário, temporalmente adequado ao local de fala, prestigia a harmonia dos poderes, atende à sua co-responsabilidade pelo fim democrático da sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. O Estado Constitucional de Direito, neoconstitucionalismo e políticas públicas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), [S.l.], v. 6, n. 1., p. 493-510, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. (Clássicos do Direito).
- CASALINI, Brunella. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **El discurso filosófico de la modernidad**. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993.

\_\_\_\_\_. Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 21, 1989.

HADOT, Pierre:”. **Qué es la Filosofía Antigua?** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. (Coleção Filosofia, 155).

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, [s.l.], ano VI, n. 34, mar./abril, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado (5. Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre). **Mandado de segurança 5035662-77.2020.8.21.0001/RS**. Impetrante: CASSOL Materiais de Construção Ltda. Impetrado: Prefeito - Município de Porto Alegre. Juiz de direito: Hilbert Maximiliano Akihito Obara, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/> . Acesso em: 28 set. 2020.

STEINER, George. **Pasión intacta**: ensayos 1978-1995. Traducción de Menchú Gutiérrez y Encarna Castejón. Santafé de Bogotá: Ediciones Siruela, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [S.l.], jan.-jun. 2009b.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichikeski: Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.