

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

PRISCILA MARQUES DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM UM
REGIME DEMOCRÁTICO**

**São Paulo
2021**

PRISCILA MARQUES DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM UM
REGIME DEMOCRÁTICO**

Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Nove de Julho, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

**São Paulo
2021**

Oliveira, Priscila Marques de.

Ativismo judicial e democracia: o papel do judiciário em um Regime democrático. / Priscila Marques de Oliveira. 2021. 125 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

1. Ativismo judicial. 2. Democracia. 3. Apoio popular. 4. Mora legislativa. 5. Lacunas legislativas.

I. Dantas, Marcelo Navarro Ribeiro. II. Título.

CDU 34

PRISCILA MARQUES DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM UM
REGIME DEMOCRÁTICO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora, formada por:

São Paulo, 28 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Orientador

UNINOVE

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

Examinador Interno

UNINOVE

Profa. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca

Examinador Externo

UNB

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”. (Albert Einstein)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus Autor e Consumador da minha fé pela realização desse trabalho.

Aos meus pais, Paulo Borges e Márcia Cristina pelo amor, apoio incondicional e compreensão por minhas ausências.

Aos meus sogros Maria Jesus e João Batista de Almeida Souza por acreditarem no meu potencial.

Ao meu marido Reinaldo Almeida pela compreensão, apoio e ombro amigo.

A minha filha Paula Marques por suportar a minha ausência e me confortar com palavras de um futuro bom.

A Emylee por seu amor e companheirismo.

Aos meus irmãos e irmãs, principalmente à Ana Luiza e Geovanna pela ajuda e palavras de alinhamento necessárias, sou privilegiada por estar no seio de uma família tão grande que tem muita fé em mim.

Aos meus amigos de jornada do mestrado como Ingrid, Mariana, Nicholas, Alan, Suellen e tantos outros que sempre me apoiaram o mestrado não teria sido o mesmo sem vocês, amizades que levarei para vida toda.

Ao meu orientador Professor Doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas que aprimorou meu trabalho, mostrando a melhor direção para seguir.

À Universidade Nove de Julho pela oportunidade, pelo programa único, sem o qual jamais realizaria esse sonho.

A Viviani e a Camila pela prontidão e compreensão ante os altos e baixos acadêmicos.

Obrigada à todos!

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar as causas e consequências do Ativismo Judicial no Brasil, verificando se as decisões proferidas pelos tribunais têm observado a vontade do constituinte originário e se estão adequadas aos valores sociais hodiernos. Para alcançar este objetivo discute-se a relação conflitante entre ativismo judicial e a democracia representativa, primeiramente sobre a formação do Estado Democrático e a separação de poderes, bem como sobre os movimentos constitucionais e neoconstitucionais que foram precursores do ativismo judicial no Brasil, para então entender as técnicas interpretativas que definem a validade das decisões proferidas. Por fim, analisar-se-á os padrões argumentativos utilizados pelos tribunais para decidir questões controversas, bem como os fatores políticos e institucionais que estimulam a postura ativista, inclusive no Supremo Tribunal Federal e como isso se relaciona com a democracia.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Democracia. Apoio popular. Mora legislativa. Lacunas legislativas.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the causes and consequences of Judicial Activism in Brazil, verifying whether the decisions handed down by the courts have observed the will of the original constituent and whether they are adequate to today's social values. To achieve this objective, the conflicting relationship between judicial activism and representative democracy is discussed, primarily on the formation of the Democratic State and the separation of powers, as well as on the constitutional and neoconstitutional movements that were precursors of judicial activism in Brazil, for then understand the interpretative techniques that define the validity of the rendered decisions. Finally, we will analyze the argumentative patterns used by the courts to decide controversial issues, as well as the political and institutional factors that stimulate the activist stance, including in the Supreme Federal Court and how it relates to democracy.

Keywords: Judicial activism. Democracy. Popular support. Legislative arrears. Legislative gaps.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI-5	Ato Institucional nº 5
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DA FORMAÇÃO DO ESTADO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES	8
1.1 BREVE RELATO SOBRE A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	8
1.2 DA CONCEPÇÃO HISTÓRICA E DA CONSOLIDAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	13
1.3 SURGIMENTO E FINALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	22
1.4 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL	36
1.5 CONCEITO DE DEMOCRACIA MODERNA.....	40
2 CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO	46
2.1 A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO.....	46
2.2 SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	48
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	51
2.4 POSITIVISMO JURÍDICO <i>VERSUS</i> ESTADO DE DIREITO	57
2.5 PÓS-POSITIVISMO	59
2.6 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	62
2.6.1 Ativismo judicial.....	65
3 A FUNÇÃO DE JULGAR E O MODELO DEMOCRÁTICO.....	74
3.1 POR QUE A DEMOCRACIA?.....	74
3.2 DIFERENÇAS DE JULGAMENTO NOS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> . 76	
3.3 PROCESSO INTERPRETATIVO	78
3.4 CONSEQUENCIALISMO <i>VERSUS</i> GARANTISMO.....	89

4 DO ATIVISMO JUDICIAL	97
4.1 O QUE SERIA UM PÁIS DEMOCRÁTICO AVANÇADO?	97
4.2 CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL	99
4.3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	102
4.4. ATIVISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	106
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

Pela Constituição de 1988, fora instituído ao Supremo Tribunal Federal a guarda e plena defesa da ordem constitucional vigente, preservando-se, assim, sua supremacia normativa. Devendo então empenhar-se e exercer esse mister de modo mais eficaz possível, aliado à manutenção da segurança jurídica e do regime democrático, entretanto o ativismo é um elemento fundamental da atividade jurisdicional. O tema desperta paixões e também contradições, por ser visto de maneira negativa e ilegítima.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o ativismo judicial à luz da democracia, observando o fenômeno no sentido de atuações excessivas do Judiciário e analisando o impacto de tais decisões no regime democrático. Para isso, será analisado no primeiro capítulo a formação do Estado de Direito, bem como a concepção de separação de poderes para melhor compreensão da função de cada ente dentro da sociedade.

No capítulo segundo, se discorrerá sobre a historicidade da constituição e serão feitas reflexões sobre o positivismo, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo com o objetivo de esclarecer os métodos de interpretação utilizados em cada momento.

No capítulo terceiro serão ponderados alguns pontos sobre a democracia, a diferença dos sistemas *commow law* e *civil law*, além das técnicas de hermenêutica a fim de facilitar a compreensão e adentrar ao ativismo judicial.

No capítulo quarto, serão enfocadas as causas e consequências do ativismo judicial no Brasil, principalmente no Supremo Tribunal Federal, bem como os efeitos desse fenômeno na democracia. A presente pesquisa está inserida na linha de pesquisa 1: Justiça e o paradigma da eficiência. Utilizou-se aqui o método hipotético-dedutivo.

1 DA FORMAÇÃO DO ESTADO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 BREVE RELATO SOBRE A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Existem diversas teorias sobre o exato momento em que se deu a formação do Estado democrático de direito. Porém, para melhor compreendê-las torna-se necessário distinguir, primeiramente, Estado e Sociedade.

Desde os primórdios dos tempos, o ser humano está incluído em um grupo que possui objetivos em comum que podem ser alcançados apenas de forma coletiva, a isto denomina-se sociedade. O Estado advém desta e configura-se como uma organização política sistematizada da sociedade.

Devido à existência de inúmeros conflitos e da necessidade de estabelecimento do mínimo de paz entre os homens, houve a criação do Estado a fim de intervir nas relações e solucionar os conflitos existentes.

Para Jorge Miranda, o Estado e a comunidade vivem em harmonia ante a existência de um poder conformador que garante a ambos a concretização de garantias de perdurabilidade mútua, sendo, portanto, o Estado uma comunidade juridicamente organizada, conforme se pode ver:

Falar em Estado equivale, portanto, a falar em comunidade e em poder organizado ou, doutro prisma, em organização da comunidade e do poder, equivale a falar em comunidade ao serviço da qual está o poder, em poder conformador da comunidade e em organização que imprime caráter e garantias de perdurabilidade a uma e outro.

[...]

O Estado é institucionalização do poder, mas esta não significa apenas existência de órgãos, ou seja, de instituições com faculdades de transformação de vontade, significa também organização da comunidade, predisposição para os seus membros serem destinatários dos comandos vindos dos órgãos do poder.

[...]

O Estado é comunidade e poder juridicamente organizados, pois só o direito permite passar, na comunidade da simples coexistência à coesão convencional, e no poder, do fato à instituição¹.

¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 3. 10. ed. Lisboa: Editora Coimbra, 2014, p. 20-21.

Hans Kelsen define o Estado como uma ordem jurídica centralizada. Por esta ordem as ações humanas se ajustam, ainda que de forma antagônica, sendo aquele, portanto, politicamente organizado:

O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a ideia à qual os indivíduos adaptam sua conduta.

[...] Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada.

[...] Mas se o Estado é um sistema de normas, então a vontade e a conduta do indivíduo tendem a entrar em conflito com essas normas, e só pode surgir o antagonismo entre o “ser” e o “dever ser” que é um problema fundamental de toda a teoria e prática social.

[...]O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito².

Entretanto, Georg Jellinek prestigia outros elementos constitutivos mediante a conceituação do Estado como “a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”³.

Já Dalmo de Abreu Dallari vislumbra elementos não jurídicos na constituição de um Estado:

[...] a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõe o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território⁴.

No entanto, o Estado Contemporâneo inserido no modelo Democrático de Direito se consolidou após anos de evolução político-social.

No século passado, a burguesia era a classe social que detinha o poder de produção e coordenação da maioria das ações econômicas e domínio sobre a classe proletariada, do século XI até o final do século XIX. No mesmo período iniciou-se o comércio com as rotas marítimas que transportavam iguarias, tecidos e demais obras-primas e também colaborou para o descobrimento de novas terras.

² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 272-273.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118.

Novos modelos de relacionamentos e produções foram se estabelecendo e novos dogmas foram criados, o que gerou a mitigação do poder centralizado dos burgueses para a Igreja Católica.

Dessa forma, o poder fora transferido do clero (poder privado) para o Rei (poder público), alcançando, assim, o monopólio do poder e da força pelo Estado. Por conseguinte, chegou-se ao Poder Soberano do Estado que, na qualidade de nação, transformou a política e a economia. Esse processo de transformação seria classificado posteriormente como: liberal, social e democrático de direito.

A origem do Estado Liberal se deu na Revolução Francesa, que iniciou no século XVIII e perdurou até meados do século XX, momento em que rompeu com o regime absolutista e consagrou-se a separação de poderes públicos e privados, e todos manifestavam vontade livremente sem interferência do Estado.

Após vários anos de injustiças sociais, vez que ainda como minoria numérica, a burguesia detinha a maior parte do poder capital e os trabalhadores, mesmo em maior número, eram submetidos a condições de escravidão, diversos movimentos foram criados e como resultado houve a transformação do Estado Liberal em Social.

Os primeiros traços do Estado Social ou Estado do Bem-Estar surgiram na Áustria, Alemanha e Inglaterra, sendo que as leis aprovadas na Alemanha entre 1883 e 1889 foram consideradas a primeira intervenção do Estado em favor do proletariado, ao criar um seguro obrigatório para acidentes de trabalho. O objetivo, contudo, era apaziguar a revolução social ante a crise industrial.

Entretanto, o Estado Social se originou no século XX ante o clamor da classe trabalhadora, após o término da Primeira Guerra Mundial, o que demonstrou, para muitos, a capacidade do Estado em gerir relações e empregos. Para Grau⁵, a concessão de direitos sociais à massa da população foi o preço da pacificação social necessária ao retorno do funcionamento tranquilo do mercado de trabalho.

Após alcançar a pacificação, o Estado passou então a interferir nas relações sociais, isso porque no liberalismo o direito não ultrapassava as portas das fábricas, agora nesse novo estágio ele adentra, e tudo que ocorre lá dentro também diz respeito ao direito. Assim nasceram as obrigações entre empregadores e empregados e dos empregados entre si (direito sindical). O

⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

poder público passa a intervir nas relações sociais e passa a ser institucionalizado em favor do bem comum.

Para Sônia Miriam Draibe⁶, o Estado do Bem-Estar Social é o que garante à população o mínimo necessário para uma condição digna de vida, como saúde, educação, uma renda mínima e aponta, ainda, três modelos possíveis: (i) modelo residual, no qual a política social intervém quando os meios naturais de obtenção de renda para satisfação das necessidades básicas do cidadão falham; (ii) meritocrático-particularista, parte do pressuposto de que todos são aptos a prover suas próprias necessidades, por seu próprio mérito - neste modelo a intervenção da política social se daria apenas para corrigir ações de mercado, sendo o Estado de Bem-Estar mero complemento às instituições econômicas - (iii) institucional redistributivo, nessa modalidade o Estado de Bem-Estar é parte integrante da sociedade e se destina à distribuição de bens, garantindo a todos acesso às riquezas geradas.

Tais modelos são ideais e não se aplicam à realidade de nenhuma nação, todavia, pode-se afirmar que a Previdência Social é meritocrática-particularista, pois somente os contribuintes têm acesso as benesses do sistema previdenciário (art. 201 caput da CRFB/88 e 10 a 16 da Lei 8.213/91). Eis que apenas os cidadãos inseridos no mercado de trabalho podem ter acesso e somente em situações nas quais o mercado de trabalho não seja mais capaz de lhes garantir o sustento.

Entretanto, pode-se concluir que os serviços constitucionais prestados no campo da saúde e educação são institucionais-redistributivos, conforme os artigos 196 e 208 a 213, §1º da CRFB/88.

Dessa forma, o Estado Social não abandonou as conquistas do Estado Liberal, sendo o Estado Social de Direito uma segunda fase do constitucionalismo moderno, consagrando as liberdades individuais e os direitos sociais, articulando igualdade jurídica à igualdade social. Contudo, passa a se organizar administrativamente e delegar funções, como criar leis, administração e solução de conflitos. Sobre isso, Carlos Ari Sundfeld descreve que:

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a efetivação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)⁷.

⁶ DRAIBE, Sônia Miriam. O 'Welfare State' no Brasil: características e perspectivas. **Núcleo de Estudos de Políticas Públicas**, Caderno n. 08. Unicamp, 1993. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=108804&opt=1>. Acesso em: 23 maio 2020.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed., 7. Tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 55.

Em que pese o Estado Social ter adotado uma posição mais intervencionista, essa ainda se afastava de um ideal democrático. A sociedade ansiava por uma postura estatal mais positivista, dirigente, com políticas fundamentais aptas a garantir o bem-estar social mínimo à população.

Assim, surgiu o Estado Democrático de Direito e esse deve ser visto como uma evolução dos antigos Estados Liberais e Sociais, porém, no curso dessa evolução, alguns aspectos intrínsecos foram incluídos e outros eliminados. Dessa forma, não é possível deduzi-lo, pura e simplesmente, como um resultado dos modelos já existentes.

Segundo Tércio Sampaio⁸, o Estado Democrático de Direito é a junção dos Estados Liberal e Social, eis que a passagem entre os regimes não os excluiu, mas transformou a constituição. O autor aponta, ainda, as dificuldades existentes entre os modelos. No primeiro, Estado Liberal, se tem a vontade e atuação estatal acima de tudo com diversas proibições e restrições como forma de manter a liberdade dos indivíduos, enquanto o segundo, Estado Social, tem como principais características as funções distributivas e desconhece o dualismo entre Estado e Sociedade. Essa oposição pode levar o Estado a ultrapassar os limites que o Estado de Direito tão bem conhece.

Todavia, com o advento das constituições, o Estado Democrático de Direito se consolidou, sempre vinculado à lei e interferente quando preciso nas relações privadas, passando, assim, a tutela estatal a ser a medida exata ou meio de exceção, como denota Alexandre de Moraes:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais [...] adotou o denominado princípio democrático ao afirmar que todo poder emana do povo⁹.

A intervenção estatal mínima é necessária para garantir a igualdade entre todos os cidadãos, sendo que o Estado Democrático de Direito protege o cidadão, limitando os interesses da administração pública, sempre priorizando a necessidade da população. Ademais, a Constituição de 1988 traz em seu seio os direitos e garantias fundamentais.

José Afonso da Silva traduz com precisão o significado do Estado Democrático de Direito:

⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. *In*: _____, et. al. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 45.

A configuração do “Estado Democrático de Direito” não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do ‘status quo’¹⁰

A tarefa de erradicar as desigualdades sociais existentes exige a alteração do *status quo*, todavia, deve observar as lições de Canotilho e os limites ao Direito Constitucional e Administrativo: “a lei, no estado de Direito Democrático-Constitucional não é um acto livre dentro da constituição; é um acto positiva e negativamente, determinado pela lei fundamental”¹¹.

Conforme exposto, é impensável o Estado Democrático de Direito sem a concretização de direitos e garantias fundamentais. Assim, o modelo Democrático de Direito pauta-se nos princípios basilares da democracia e dos direitos fundamentais e afasta qualquer tipo de totalitarismo. Todo poder emana do povo e seus titulares são os eleitos democraticamente que devem sempre atender e priorizar os interesses sociais.

Para garantir maior harmonia constitucional e efetividade, foram criados outros poderes a fim de manter um equilíbrio. Assim, se um deles se mostra ineficaz, cabe ao outro suprir referida lacuna, como será visto adiante.

1.2 DA CONCEPÇÃO HISTÓRICA E DA CONSOLIDAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A Grécia Antiga criou um sistema de organização para o governo que atualmente é conhecido por modelo tripartido de poder. A função é dividir as atividades do Estado para que o poder não se concentre nas mãos de um só, evitando, assim, uma tirania.

Platão defendia a necessidade da divisão de poderes dentro do Estado, chamada descentralização, para melhor funcionamento e cumprimento de suas finalidades. Em sua obra *A República*¹² ele explica as melhores formas para se alcançar a harmonia para administração das *polis*, bem como discorre sobre filosofia, política e sociedade:

Pois entendo como tal aquele de quem falava há pouco, o que é capaz de se sobrepor aos outros; examine-os bem, se quiseres saber até que ponto, no particular, a injustiça é mais vantajosa do que a justiça. Mas irás compreendê-lo mais facilmente se fores

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 243.

¹¹ Ibidem, p. 243.

¹² PLATÃO. **A República**. Livro 1. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Editora Difusão Europeia do Livro, 1985. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-plate3a3o-a-republica.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

até a injustiça mais perfeita, a que leva ao ápice da felicidade o homem que a comete e ao ápice da infelicidade os que sofrem e não querem cometê-lo. Esta injustiça é a tirania que, por fraude, ou violência, se apodera do bem alheio, sagrado, profano, particular, público e não por partes, mas na totalidade.

Nessa senda, Aristóteles defendia que a *polis* estaria sempre em primeiro lugar, depois a família e, por fim, a individualidade de cada um. No livro *A Política*, Aristóteles trata de assuntos relacionados à cidade, à escravidão e à família, sendo que para ele a funcionalidade da política seria a felicidade do homem.

Em sua obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define a política como uma estrutura de ações e produções humanas e define “que a ciência política usa as ciências restantes, e mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo que devemos abster-nos”¹³.

Para Aristóteles, o homem é um animal cívico e este, civilizado, é melhor que do que todos os animais, entretanto, o que não conhece nem justiça nem lei é pior que todos os animais. Então, a formação de sociedade para o homem é uma necessidade física e intelectual, e o respeito ao direito, a base da vida em sociedade.

Para o autor, a ética está subordinada à política e a finalidade do Estado é facilitar o bem comum. As constituições podem ser justas e injustas, sendo que as justas servem ao bem do povo, enquanto as injustas servem somente ao bem dos governantes e ignora o bem do povo. Quando se menciona injusta, ele se refere, na verdade, à corrupção do regime político e do perecimento do Estado.

As constituições justas são divididas em monarquia, governo de um só, voltado ao bem de todos; aristocracia, governo dos virtuosos que cuidam do bem de todos, sem se atribuir nenhum privilégio; e república, governo popular que cuida do bem de todos e da cidade.

Enquanto as constituições injustas são: tirania, governo de um só que procura interesse próprio; oligarquia, governo de ricos que visa única e exclusivamente o bem econômico próprio; e democracia, comandada pela massa popular, visa a diminuir a diferença social.

Platão e Aristóteles tinham pontos de vista divergentes sobre a *polis*. Para Platão, esta deveria ser governada pelo mais apto, enquanto Aristóteles entendia a *polis* como uma convergência entre os interesses individuais e cuja associação de todos era necessária para o bem comum.

No livro III, capítulo X de *A Política*, Aristóteles define os poderes, estruturas e as funções do Estado, aduz que cabe ao legislador ajustá-los da maneira mais eficiente e

¹³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 119.

conveniente e quando tudo estiver ajustado, o governo será bem sucedido. Define, ainda, que o cidadão será adulto livre e nascido no território da cidade ou do estado e, também, aquele que participar e votar diretamente nos assuntos políticos dos três poderes. Portanto, ser cidadão é ter Poder Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁴

Dessa forma, o primeiro poder seria o deliberativo, ou seja, aquele que discute sobre os assuntos e negócios do Estado, que corresponde ao poder Legislativo e tem competência para declarar a guerra ou a paz, realizar alianças ou quebrá-las, fazer as leis ou suprimi-las, entre outras funções.

Enquanto o segundo poder seriam “todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las”¹⁵. Esse pode ser interpretado como o poder Executivo e é exercido por magistrados¹⁶ governamentais, mas somente os participantes do poder público poderiam ser chamados dessa maneira. Define, ainda, que as funções desse poder seriam promover o abastecimento de alimentos aos mercados, administrar edifícios públicos e privados, dentre outras.

O terceiro poder se relaciona à jurisdição e aponta oito tipos de tribunais e juízes, como: tribunal de contas; malversações financeiras; crimes de Estado ou atentados à constituição; contratos entre particulares, dentre outros. Para o autor, o julgamento correto se dá segundo a verdade, entretanto a verdade é algo subjetivo e se refere a termos pessoais, conforme definido: “cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é um bom juiz em relação ao mesmo, e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz geral”¹⁷.

Desta forma, os poderes deveriam estar distribuídos na constituição de cada Estado, de acordo com “a maneira como são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”¹⁸.

Aristóteles defende que a finalidade da política é o bem comum:

[...] o maior bem é o fim da política, que supera todos os outros. O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam e considerar a justiça como dissemos em nossa *Ética*, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade no tratamento das pessoas iguais¹⁹.

¹⁴ CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos à Aristóteles**. 2 ed. v. I. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

¹⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 113.

¹⁶ Para Aristóteles, todos os participantes dos três poderes eram nomeados de magistrados.

¹⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 123.

¹⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 132.

¹⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 146.

Além de defender o ideal democrático como melhor maneira de organizar a civilização, Aristóteles foi o precursor da teoria da separação dos três poderes:

[...] o fim é um bem, e o maior dos bens e bem em mais alto grau se acha principalmente na ciência toda-poderosa; esta ciência é a política, e o bem, em política é a justiça, ou seja, o interesse comum, todos os homens pensam, por isso, que a justiça é uma espécie de igualdade, e até certo ponto eles concordam de um modo geral com as distinções de ordem filosófica estabelecidas por nós a propósito dos princípios éticos²⁰.

Mais tarde, os ideais Aristotélicos seriam utilizados pelos iluministas para abolir o Estado Absolutista.

Contudo, não se pode seguir adiante sem mencionar os grandes clássicos da teoria da separação de poderes como Hobbes, Locke, dentre outros.

As primeiras lições a serem apontadas são de Nicolau Maquiavel, que em sua obra *O Príncipe*, ensina as qualidades e características que um príncipe deveria ter, bem como as condutas que deveriam ser adotadas a fim de cativar o povo e conquistar a confiança das pessoas:

Naturalmente, seria muito louvável que um príncipe possuísse todas as boas qualidades acima mencionadas, mas como isso não é possível, pois as condições humanas não o permitem, é necessário que tenha a prudência necessária para evitar o escândalo provocado pelos vícios que poderiam fazê-lo perder seus domínios, evitando os outros, se for possível, se não o for, poderá praticá-los com menos escrúpulos. Contudo, não deverá preocupar-se com a prática escandalosa daqueles vícios sem os quais é difícil salvar o Estado; isto porque, se se refletir bem, será fácil perceber que certas qualidades que aprecem virtudes levam à ruína, e outras, que aprecem vícios, trazem como resultado o aumento da segurança e bem estar²¹.

Maquiavel defendia a bipartição de poderes, por entender que a existência de um Poder Judiciário e um Parlamento Legislativo teria imenso valor, pois deteria o poder de criar as leis, haja vista que o controle social ficaria a encargo do rei. Para evitar a ruína do Estado, qualquer ação do príncipe será ética para Maquiavel, mesmo o uso da força e da violência.

Para Maquiavel, “não pode haver boas leis onde não existem bons exércitos”, assim declara no capítulo XVII de *O Príncipe*:

[...] com pouquíssimos julgamentos exemplares, ele será mais piedoso do que aqueles que, por excessiva piedade, deixam acontecer desordens, das quais podem decorrer assassinatos ou rapinas, porquanto estas costumam prejudicar uma

²⁰ SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: Coleção Filosófica 121, 2001, p. 127.

²¹ ARANHA, Maria Lúcia Arruda. **Maquiavel: A lógica da Força**. São Paulo: Moderna, 1993.

comunidade inteira e aquelas execuções que emanam do príncipe atingem apenas um indivíduo.”²²

Maquiavel considera que para evitar a corrupção é necessário o zelo pela liberdade de manifestação política e da possibilidade de haver denúncias, acusações e defesa pública. Um estado é mais sólido quando seus cidadãos são livres, pois “homens em liberdade identificam-se com os negócios de seu Estado e o defendem como coisa sua”²³.

John Locke, filósofo inglês do século XVII, teve como principais obras o *Primeiro Tratado Sobre Governo Civil* e o *Segundo Tratado Sobre Governo Civil*, em ambas o objeto de estudo foi a política. O Estado de natureza, para Locke, é uma condição em que os homens são livres e iguais:

[...] condição natural dos homens, ou seja, um Estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade²⁴.

Porém, a teoria de Locke não é permissiva, pois ele sempre defende “O estado de natureza”, regido pelo direito natural que se impõe a todos, considerando todos os homens iguais e independentes, sendo que ninguém deveria lesar o outro em sua vida, liberdade ou bens, vez que todos os homens são obras de um criador único todo-poderoso e infinitamente sábio e que todos serviam a um único senhor e foram enviados ao mundo pela sua ordem e à seu serviço.

Defende que no estado de natureza cada um tem “o poder executivo da lei da natureza” e cada homem é juiz em causa própria, o que gera muita confusão e desordem, sendo a solução o governo civil²⁵.

Locke garante que há três poderes: Poder Legislativo, Executivo e Federativo, mas que na prática esses se convertem em dois. A competência do Poder Federativo é administrar os interesses públicos externos, enquanto a competência do Executivo é a execução das leis, entretanto, afirma em resumo, que estes poderes estão sempre unidos, e embora sejam distintos entre si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas, pois submeter a força pública a comandos diferentes levaria à desordem e ruína²⁶.

²² MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 2. ed. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 81

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 2. ed. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 22.

²⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 83.

²⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994p. 89.

²⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 171-172.

Por fim, o Legislativo seria o poder supremo na comunidade civil e a primeira atribuição da sociedade deveria ser criá-lo:

[...] primeira lei natural a própria preservação da sociedade e (na medida em que assim autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontrem. (...) O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens [...] ²⁷.

Para Locke, são quatro os limites ao Poder Legislativo: (i) as leis devem ser estabelecidas para todos igualmente e não podem ser modificadas; (ii) todas as leis devem ter como finalidade o bem do povo; (iii) não deve haver imposição de impostos sobre a propriedade do povo sem o consentimento expresso individual ou de seus representantes; e (iv) a competência legislativa não poderia ser delegada a quem o povo não confiou:

Eis os limites que impõe ao poder legislativo de toda sociedade civil, sob todas as formas de governo, a missão de confiança da qual ele foi encarregado pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza. Primeiro: Ele deve governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, e se abster de modificá-las em casos particulares, a fim de que haja uma única regra para ricos e pobres, para o favorito da corte e o camponês que conduz o arado. Segundo: Estas leis só devem ter uma finalidade: o bem do povo. Terceiro: O poder legislativo não deve impor impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes. E isso diz respeito, estritamente falando, só àqueles governos em que o legislativo é permanente, ou pelo menos em que o povo não tenha reservado uma parte do legislativo a representantes que eles mesmos elegem periodicamente. Quarto: O legislativo não deve nem pode transferir para outros o poder de legislar, e nem também depositá-lo em outras mãos que não aquelas a que o povo o confiou. ²⁸

Entende como ponto de equilíbrio a separação entre os poderes Legislativo e Executivo quando afirma:

[...] não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo ²⁹

Locke não reconhece o Poder Judiciário como genuíno, menciona, ainda, algumas situações de litígios, mas não admite que o Judiciário é capaz de apaziguar tais questões, como segue:

²⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 165.

²⁸ *Ibidem*, p. 74

²⁹ *Ibidem*, p. 170.

Entre um Poder executivo constituído, detentor desta prerrogativa, e um legislativo que depende da vontade daquele para reunir, não pode haver juiz na terra [...] Como não pode existir ninguém entre o Legislativo e o povo, quando o Executivo ou o Legislativo, que têm o poder em suas mãos, planejam ou começam a escravizá-lo ou a destruí-lo. Nesse caso, assim como em todos os outros casos que não haver juiz na terra, o povo não teria outro remédio senão apelar aos céus; assim, quando governantes exercem um poder que o povo jamais lhe confiou, pois nunca pensou em consentir que alguém pudesse governá-lo visando o seu mal, agem sem direito.

Contrariamente a Hobbes, que defende que o afastamento de uma autoridade soberana provocaria destruição do Estado e o retorno do caos ao estado de natureza, Locke faz uma distinção entre a dissolução da sociedade e do governo, eis que um governo pode ser dissolvido internamente e um novo governo pode ser estabelecido. Aduz, ainda, que, quando houver litígio entre um governante e um popular e não houver lei que regulamente ou que seja de interpretação duvidosa, o povo que deve decidir o que melhor se aplicará àquele caso, caso contrário, a solução poderá se dar pelo direito fundamental de revolta daquele povo³⁰

Sob o ponto de vista de Locke, não há distinção essencial entre os poderes Legislativo e Executivo, haja vista que estão inseridos um no outro, vez que “a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existirem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos³¹

Bobbio sustenta que a teoria de Locke não corresponde à separação de poderes e equilíbrio, mas de separação e subordinação, é o que se extrai da afirmação de que as ofensas sofridas por qualquer membro da sociedade política serão julgadas por magistrados designados pelo poder Legislativo e em caso de impossibilidade, seriam julgadas pelo próprio Legislativo.

Contudo, Montesquieu inclui expressamente o poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado, diferente do que fora preconizado por Locke, e com clareza dispõe sua teoria de separação de poderes:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo e reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

³⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 234.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem; ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares³²

Para esse autor, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem ter suas próprias atribuições definidas em lei para limitá-los e evitar os abusos entre eles:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos poderes legislativo e executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se tivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor³³.

Portanto, Montesquieu inaugurou a separação de poderes no modelo atual existente, porém, o caráter secundário do Poder Judiciário fica nítido em sua obra, na qual apresenta justificativas para a existência da Câmara Alta, que consistia em um corpo legislativo formado por nobres, contrapondo o corpo legislativo formado pelo povo:

Dos três poderes de que falamos, é o poder de julgar, de certo modo, nulo. Sobraram dois. E, como estes têm necessidades de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito³⁴.

O Poder Legislativo é representante do povo e por isso há a necessidade de suas câmaras do legislativo: uma confiada aos nobres e a segunda confiada aos escolhidos para representar o povo. O Poder Executivo deve estar nas mãos de um monarca, pois essa parte do governo que precisa dar respostas rápidas é melhor administrada por um do que por vários. O Poder Judiciário deve ser nulo e invisível.

Montesquieu defende que existam diferenças de julgamento entre os nobres e o povo, eis que cada um tem que ser julgado por magistrados do mesmo nível, para que os nobres não sejam rebaixados ao nível dos cidadãos comuns e sofram pela inveja ou ódio, bem como para preservar o cidadão comum que, ao ser acusado, não sinta que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a cometer violência contra eles, ou seja, o autor defende que cada acusado seja julgado por seus iguais.

O Executivo e o Legislativo são poderes políticos que vivem buscando equilíbrio por dois modos: o de impedir, definido como direito de tornar nulo ou anular uma resolução tomada

³² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167-168.

³³ *Ibidem*, p. 168.

³⁴ *Ibidem*, p. 173.

por quem quer que seja; e o de estatuir, que atribui a um órgão constitucional o poder de limitar o poder do outro órgão.

O princípio da separação de poderes assumiu uma posição de destaque nas constituições escritas, chegando a ser considerado uma condição para existência da constituição, conforme preceituado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição.”

A divisão dos poderes do Estado foi reconhecida e positivada a fim de proteger as garantias e direitos fundamentais individuais dos cidadãos perante o Estado. A concepção da separação de poderes determina que cada órgão tenha suas funções e atue de forma harmônica, autônoma e independente. Também há a previsão das funções atípicas que cada órgão pode exercer quando houver omissão ou ingerência.

Assim, para regulamentar tais atividades, Dallari discorre sobre o sistema de freios e contrapesos elaborado por Montesquieu:

[...] Os atos que o estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são atos especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo. Consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só se pratica por atos gerais, não se atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências³⁵.

Os poderes são subdivisões da organização do Estado que impedem a tirania. A contribuição de um órgão sobre o outro é imprescindível para que tudo funcione harmonicamente, como assevera José Afonso da Silva:

Os trabalhos do legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco [que, aliás, integra o mecanismo] para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro³⁶.

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219-220.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

Dessa forma, ainda que exista previsão legal para que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exerçam funções atípicas uns dos outros, não se pode negar o princípio da separação de poderes, bem como que tais funções típicas e atípicas devem ser realizadas com moderação para que nenhum poder se sobressaia ao outro.

Destarte, cumpre salientar que conforme previsão do artigo 2º da Constituição Federal, o Brasil adotou o modelo de tripartição de poderes apresentado por Montesquieu, tendo, portanto, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário harmônicos e independentes entre si.

1.3 SURGIMENTO E FINALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira Constituição brasileira foi outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824. A Constituição possuía caráter centralizador, eis que toda autoridade era centralizada na capital do império e nos poderes que a constituição criou. Das sete Constituições que o Brasil já teve, essa durou por 65 anos e teve apenas uma emenda, sendo a mais duradoura da história do Brasil e, reconhecidamente, como a terceira Constituição escrita mais antiga sendo a dos Estados Unidos a mais duradoura escrita em 1787 e a Francesa em 1791.

O Tribunal do Júri foi criado pela lei de 18 de junho de 1822, a qual limitou sua competência ao julgamento dos crimes de imprensa. Era formado por Juizes de Fato, num total de vinte e quatro cidadãos bons, honrados, patriotas e inteligentes, os quais deveriam ser nomeados pelo Corregedor e Ouvidores do crime, e a requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda, que atuava como o Promotor e o Fiscal dos delitos. Pela Constituição de 1824, passou a integrar o Poder Judiciário como um de seus órgãos, tendo sua competência ampliada para julgar causas cíveis e criminais.

O Poder Judiciário foi criado por essa constituição e inicialmente era denominado de Poder Judicial, porém, este não era um poder independente e nem fornecia aos magistrados as garantias constitucionais hoje existentes, como irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, inamovibilidade. As decisões proferidas pelo Poder Judicial eram discutidas e revistas pelo Poder Executivo.

A atribuição de elaborar, interpretar, revogar e suspender as leis pertencia a Assembleia Geral (executivo) por previsão do artigo 15 da Constituição, e aos juizes era vedado interpretar as leis existentes e, assim, não havia jurisprudência no Brasil.

O artigo 163 da Constituição criou o Supremo Tribunal de Justiça, porém este não era uma instância de poder e também não tinha competência para revisar e reformar as decisões proferidas pelo Poder Judicial. Apenas em 23 de outubro de 1875, o Supremo Tribunal de Justiça foi autorizado a julgar em definitivo as causas que lhe eram submetidas à revisão, e com isso iniciou-se a unificação da jurisprudência brasileira.

Por força dos artigos 156 e 157 da Constituição, os magistrados respondiam por eventuais abusos, peculatos, prevaricação e concussão, cabendo ação popular proposta pela própria parte prejudicada com prazo máximo de um ano e um dia. Apesar do Poder Judiciário não ser um poder independente, a Constituição de 1824 foi precursora em jurisdição voluntária, pois nos artigos 161 e 162 havia a previsão de sessão conciliatória antes do início do processo, evitando, assim, demandas desnecessárias.

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira constituição republicana brasileira, que previa a representatividade presidencial e a forma federativa dos estados (províncias, naquela época) e trouxe novidades que perduram até hoje no Judiciário. Aos magistrados foram concedidas garantias constitucionais como irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, salvo em caso de sentença condenatória.

Ao Executivo foi vedado suspender os juízes, como autorizava a Constituição anterior. Foram criadas as Justiças Federal e Estaduais e o Supremo Tribunal Federal (STF). A Justiça Federal era composta pelo STF e por juízes federais. A estes competia julgar as causas referentes à constituição, de interesse da União, os crimes políticos e contra a União, direito marítimo e as de cidadãos brasileiros e estrangeiros contra a União.

O Poder Judiciário, antes submisso ao Executivo, adquire nessa Constituição a competência para julgar o Presidente da República e os ministros, e estes deveriam ser julgados pelo STF. Os presidentes dos tribunais eram eleitos pelos juízes do tribunal e o procurador geral da República era um dos ministros do Supremo Tribunal, nomeado pelo Presidente da República. Nesse período, era permitida a declaração de inconstitucionalidades de leis e decretos por juízes e tribunais, mas somente em casos concretos e de sua competência. O efeito das decisões não fazia coisa julgada contra todos, abrangendo somente as partes do processo. Também por essa Constituição houve alteração do nome de Poder Judicial para Poder Judiciário. Em 24 de fevereiro de 1891, foi aprovada a emenda que dava ao art. 72, § 31, a disposição de que seria mantida a instituição do Júri. Assim, o Júri foi mantido e sua soberania, preservada.

A terceira Constituição foi consequência das revoluções ocorridas entre 1930 e 1934. O anteprojeto da Constituição pretendia estabelecer no Brasil o unicameralismo judiciário

acabando, portanto, com as justiças estaduais e federal. O Poder Judiciário se limitaria aos tribunais e juízes distribuídos pelo país, e o Supremo Tribunal Federal teria como principal função formar a jurisprudência, manter a unidade do direito e interpretar a constituição de maneira exclusiva, conforme previsão do artigo 47.

Já o artigo 49 do anteprojeto previa que a justiça seria regida por lei orgânica votada por Assembleia Nacional, projeto este defendido anteriormente por Rui Barbosa na elaboração da Constituição de 1891, chamado de unidade da magistratura.

Também foi instituído o controle de constitucionalidade das leis, pois era de competência do Supremo, por voto de dois terços de seus ministros, interpretar a Constituição.

Em 16 de julho de 1934, houve a retirada do antigo texto, referente ao Júri, das declarações de direitos e garantias individuais, passando para a parte destinada ao Poder Judiciário previsto no art. 72, que mantinha a instituição do Júri, com a organização e as atribuições que a lei lhe atribuísse.

O *habeas corpus* teve sua garantia limitada e foi criado o mandado de segurança no artigo 102, §21 da comissão do Itamaraty. Pelo anteprojeto seriam abolidos os tribunais regionais e criados os tribunais das reclamações, com objetivo de reduzir as demandas do STF.

Outra inovação foi a escolha de nomeação para o cargo de procurador geral da República dentre os ministros do STF que não eram mais nomeados pelo Presidente da República, mas sim por seus próprios pares. E, ainda, assegurou-se aos pobres a benesse da justiça gratuita.

Em 16 de novembro de 1934 foi promulgada a Constituição e a abolição das Justiças Estaduais e Federal, que antes defendidas no anteprojeto, foram negadas. As estruturas do Judiciário foram ampliadas criando as justiças Eleitoral, Militar e o Tribunal Especial. O Tribunal Especial previsto no artigo 58, §7º, tinha competência para julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, os ministros da Suprema Corte e os ministros do Estado, quando havia ligação com o Presidente da República.

O Tribunal Especial era composto pelo presidente da Suprema Corte, formada pelo próprio Tribunal Especial e mais nove juízes, sendo que três eram do Tribunal Especial, três senadores e três deputados

Porém, a Constituição de 1934 foi rasgada pelo golpe de 1937.

Em 10 de novembro de 1937 foi promulgada a Constituição do Estado Novo. Nesta, o poder executivo era fortalecido e se concedia ao Presidente da República o poder de adiar as sessões do Parlamento e dissolver o Legislativo. Estudos realizados pela Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro consideram cada modificação feita por Vargas na Constituição de

1937 um novo golpe de Estado complementar, e assim não considera a Constituição de 1937 como uma Constituição, e sim uma norma de fato³⁷.

No tocante à inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República, a Carta de 1937, artigo 96, não divergiu do artigo 179 da Carta de 1934, declarando que apenas pela maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato do presidente. Entretanto, o parágrafo único do artigo 96 estabeleceu que quando a inconstitucionalidade de lei fosse declarada e, a juízo do Presidente da República, essa lei fosse considerada necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, o Presidente poderia submetê-la ao exame do Parlamento; caso fosse confirmada a inconstitucionalidade por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, a decisão do Tribunal ficaria sem efeito.

A Constituição de 1937 não se referiu ao Júri, causando grande insegurança jurídica, vez que restou dúvidas sobre a extinção do Tribunal do Júri. Entretanto, foi promulgada a primeira lei nacional de processo penal do Brasil republicano, o Decreto-lei n 167, em 5 de janeiro de 1938, instituindo e regulando a instituição.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal eram nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com idade mínima de trinta e cinco anos e máxima de cinquenta e oito anos.

Este ponto causava controvérsias entre os ministros da Corte Suprema que, apesar de serem nomeados pelo Presidente da República, deviam ser aprovados pelo Senado e a idade mínima era de 35 anos e a máxima de 58 anos. Os ministros do Supremo Tribunal Federal eram processados e julgados pelo Conselho Federal.

Os Tribunais de Apelação, conforme artigo 103, organizavam os concursos para a investidura nos primeiros graus da magistratura, remetendo ao Governador do Estado a lista de três candidatos que houvessem obtido a melhor classificação, caso os classificados atingissem ou excedessem aquele número. O processo e o julgamento de crimes comuns e de responsabilidade cometidos por juízes inferiores competiam privativamente ao Tribunal de Apelação.

Os Estados poderiam criar juízes com investidura limitada no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das que excedesse da sua alçada e substituição

³⁷ PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001, v. IV, p. 61.

dos juízes vitalícios. A Constituição de 1937 silenciou quanto à Justiça Eleitoral; somente em maio de 1945 expediu-se um decreto que estabelecia os órgãos dos serviços eleitorais.

Não havia, dentre os órgãos do Poder Judiciário, um que detivesse competência para julgar os crimes cometidos pelo Presidente da República; entretanto, o artigo 85 da Carta de 1937 definiu os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e o artigo 86 submetia o presidente a processo e a julgamento pelo Conselho Federal, quando declarada procedente a acusação pela Câmara dos Deputados.

O texto constitucional de 1946 deu maior atenção ao setor eleitoral, e a seção V, capítulo IV, fora destinada a Justiça Eleitoral, com o título Dos Juízes e Tribunais Eleitorais. Nessa Constituição foi incorporado o voto secreto, o regime de partidos, a representação proporcional, a validade dos diplomas, a suplência e a Justiça Eleitoral fora reconhecida como competente para dirimir e julgar todos os pleitos dessa natureza. A Constituição democrática de 1946 restabeleceu a soberania do Júri, prevendo-o entre os direitos e garantias constitucionais.

Já a composição do Tribunal Superior Eleitoral fora decidida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais de apelação dos Estados. Com o retorno do Federalismo, foram reestabelecidas as eleições aos cargos do Executivo e Legislativo das Unidades da Federação. Também houve a ampliação do Judiciário com a criação do Tribunal Federal de Recursos e a instituição de juízes e dos Tribunais do Trabalho e Eleitoral, além de que a aprovação dos ministros do STF ainda dependia da aprovação do Senado Federal.

Os concursos para magistratura eram vitalícios novamente e organizados pelo Tribunal de Justiça com auxílio da seção da Ordem dos Advogados do Brasil e a indicação, quando necessária, era realizada em lista tríplice.

A Constituição do Brasil de 1967 foi promulgada pelo Congresso Nacional durante o governo Castelo Branco. Oficializou e institucionalizou a ditadura do Regime Militar de 1964, conservou o bipartidarismo criado no Ato Adicional nº 2, além de estabelecer eleições indiretas, por meio do colégio eleitoral, para a presidência da República com duração de mandato por quatro anos.

A Constituição de 1967 autoriza a expedição de decretos-lei, nomeação de senadores pelas Assembleias Legislativas, prorrogação do mandato presidencial para seis anos e alteração da proporcionalidade de deputados no Congresso.

A Lei Maior de 1967 vigorou juridicamente por 21 anos, mas sofreu reformas com a emenda Constitucional nº 1 de 1969, outorgada pela junta militar, que se apresenta como um complemento às leis e regulamentações de 1967.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, determinou o fechamento total do regime por meio do Ato Institucional nº 5 (AI-5), que concedia permissão ao presidente para, dentre outros, fechar o Congresso Nacional, cassar os mandatos dos candidatos eleitos e suspender direitos políticos sem processo legal. As garantias da magistratura foram suspensas. Por meio da figura do ministro da Justiça poderia ocorrer a suspensão dos direitos civis e políticos do cidadão e a aplicação de medidas de segurança, como liberdade vigiada e domicílio determinado.

Permitiu, ainda, aos governos militares, total liberdade para legislar sobre as matérias políticas, eleitorais, econômicas e tributárias. Assim, o Executivo substituiu o Legislativo e o Judiciário. O Júri foi mantido, todavia, omitiu referência a sua soberania. O art. 153, § 18, previa que seria mantida a instituição do Júri, que teria competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

As mudanças mais graves foram: a suspensão do *Habeas Corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, a economia popular e a intervenção estatal na propriedade, por meio do confisco, porém, o diferencial é que esse poderia ser decretado pelo Presidente, cabendo ao interessado provar sua legitimidade da aquisição para reavê-los.

Nesse ponto da História, a Constituição de 1967 já estava completamente extinta e a junta militar no poder havia promulgado 12 atos institucionais. Em 1969 é outorgada a Emenda Constitucional nº 1. Sobre isso, afirma José Afonso da Silva que:

[...] teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.³⁸

Tal formulação justifica o entendimento de que essa Emenda é uma Constituição, chamando-a de Carta Ditatorial.

Apesar de todo o esforço para conferir ao regime ditatorial um pressuposto legal, na prática, a Carta-Emenda não vigorou enquanto o Ato Institucional nº 5 não foi revogado, o que ocorreu somente em 1978.

As características da Carta Ditatorial são a supremacia e a centralização de poderes no Poder Executivo, o que lhe deu grande autoridade, tornando-o realmente efetivo. Fato é que a arbitrariedade desse período é incontestável e conseguiu imprimir na população medo severo

³⁸ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 87.

de autoridade, a sensação de vigilância constante e a quebra das liberdades individuais que, em conjunto, causaram opressão nacional.

A chamada Constituição Cidadã fora outorgada em 1988 e o Poder Judiciário agora assume um papel de poder político, sendo visto como agente transformador da sociedade, influenciador de decisões do governo e participante ativo dos interesses da nação.

A Constituição de 1988 alterou toda a estrutura do Judiciário com a criação de cinco Tribunais Regionais Federais, órgãos de segunda instância da Justiça Federal, criou o Superior Tribunal de Justiça, que agora abarca as competências dos extintos parcialmente Supremo e Tribunal Federal de Recursos.

O sistema democrático exige que o Estado conduza as suas metas com moralidade, transparência e eficiência; quando estes objetivos não são respeitados a sociedade pode recorrer ao Judiciário.

Assim, a Constituição de 1988 acabou por trazer à tona a importância do Poder Judiciário para a sociedade, passando a exigir dele, como Poder da União, transparência, eficiência, celeridade, participação, dentre outras qualidades.

Ao Judiciário compete a função jurisdicional de proteção ao Estado Democrático de Direito e garantia dos direitos fundamentais, todavia, esse não é o caminho exclusivo para tutela jurisdicional e a popularização de outras medidas pode evitar milhares de demandas no Judiciário. Atualmente, a instituição do Júri é reconhecida e está disciplinada no artigo 5º, XXXVIII.

Para se manter sustentável o número de demandas existentes no Judiciário, há alguns anos, tem se criado outros métodos de soluções de conflitos públicos e privados, por exemplo, a Comissão de Conciliação Prévia da Justiça do Trabalho.

Em 2000 foi sancionada a Lei 9.958, que instituiu as comissões de conciliação prévia na Justiça do Trabalho, instituto privado e facultativo, servindo para composição de acordo entre empregados e empregadores, além de permitir a execução de títulos extrajudiciais.

Não obstante, a Justiça Desportiva tem seus próprios regulamentos e tribunais, então as demandas oriundas dela não são submetidas ao Judiciário e respeitam as unicidades do direito, bem como as jurisprudências existentes.

Todavia, não é vedada a solução de conflitos da Justiça Desportiva no Poder Judiciário, é, contudo, um modo mais célere de solução de conflitos.

Ainda nessa senda, o código de processo civil, Lei 13.105/15, prevê, em seu artigo 3º, outros meios de solução de conflito e não unicamente o Judiciário. Consolida o entendimento de que a arbitragem deve ser utilizada na resolução de conflitos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O *caput* faz menção à prestação jurisdicional e o parágrafo segundo assegura que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos independente das medidas judiciais já existentes, ou seja, a pacificação na solução de conflitos.

Ademais, todos os meios extrajudiciais regulamentados que buscam a efetivação dos direitos constitucionais de forma ampla e irrestrita devem ser reconhecidos como meios de acesso à justiça.

Fredie Didier Júnior afirma que:

[...] a arbitragem é atividade jurisdicional, com a diferença apenas quanto ao elemento confiança que preside a arbitragem, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença lhes será imposto de forma coativa³⁹.

É característica do Estado Democrático de Direito conceder aos interessados meios de facilitação ao acesso à justiça, seja pelo Judiciário ou por formas alternativas, garantindo a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

É a existência de um sistema dual de soluções de conflitos, vez que a arbitragem não anula o Poder Judiciário, mas torna eficazes os meios alternativos de solução de conflitos mais rápidos e econômicos. A arbitragem, assim como a mediação, possui regra própria que a rege. A Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, que serviu para aplicação do instituto da arbitragem.

O procedimento da arbitragem é específico, as partes escolhem um árbitro para solucionar seus conflitos e inserem cláusula arbitral em seu contrato, ou seja, se houver algum conflito em relação àquele contrato específico, será resolvido no tribunal arbitral, conforme previamente pactuado.

³⁹ DIDIER, Fredie Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

Em um breve histórico de sua utilização, a obrigatoriedade no Brasil ocorreu a partir da Constituição do Império, artigo 60, porém, foi devido ao Código Comercial de 1850 que seus dispositivos foram se adequando, de modo a estabelecer obrigatoriedade, conforme dispositivo de número 294.

Importante ressaltar que, no artigo 411 do regulamento 737 de 1850, conhecido como primeiro diploma brasileiro codificado, havia a previsão de que o juízo arbitral seria obrigatório se as causas fossem comerciais, porém, tal dispositivo foi revogado pela Lei 1.350 de 1866, antes de ser sancionada a Lei 9.307, em 1996. Nesta época, o instituto da arbitragem estava previsto nos artigos 471, 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (CPC).

Houve um grande estímulo para a arbitragem com a Lei 9.370/96, uma vez que esta excluiu obstáculos que atrapalhavam a utilização do instituto no Brasil, como a homologação judicial da sentença, que não foi mais necessária, passando a ter a mesma eficácia que uma sentença judicial; a cláusula compromissória para instauração da arbitragem tratada com efeito vinculante, dispensando, portanto, a dupla homologação, ou seja, o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Com essa inovação na legislação brasileira, mesmo que condicionada à concordância de ambas as partes, passou a ser respeitada a obrigatoriedade de sua utilização e, uma vez pactuada e inserida a cláusula arbitral no compromisso entre as partes, estas devem cumprir a decisão prolatada.

Com esse avanço, houve ampliação no Brasil do número de instituições arbitrais, assim como houve aumento nos casos a serem administrados por elas, mas algumas entidades, agindo de má fé, sem levar em consideração os princípios éticos e jurídicos previstos na Lei de Arbitragem, acabaram por comprometer a seriedade dessa cultura no Brasil⁴⁰.

Os autores Sampaio e Braga Neto citam, ainda, que diante de todo esse crescimento do instituto da arbitragem, por ter se tornado outra opção de solução de conflitos, o usuário necessita, antecipadamente, conhecer os serviços prestados pelas instituições, bem como seu regulamento e, ainda, quais os profissionais que lá atuam para fazer uma boa escolha e ficar satisfeito com o resultado.

Sobre a arbitragem, cabe aqui ressaltar que esta segue a linha de estudos fundada no acesso à justiça, uma vez que, embora não seja prestada pelo Estado, trata-se de procedimento que se enquadra no conceito de tutela jurisdicional, haja vista que o instituto arbitral, conforme previsto em lei, deve também atender ao devido processo legal, respeitando os princípios do

⁴⁰ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, A. B. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 18

contraditório, igualdade das partes, a imparcialidade dos árbitros, bem como do livre convencimento, previstos na Lei 13.129 de 26 de maio de 2015.

A recepção da Lei de Arbitragem não foi imediata, considerando-se que houve a impetração de Ação de Inconstitucionalidade contra ela junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), cujo fundamento era sob a violação da garantia do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da CF/1988.

Porém, em 2001, enfim, por sete votos a quatro, fora efetivada a confirmação de constitucionalidade da referida lei, com fundamento do instituto estar limitado às demandas que envolvem direito disponível, uma vez que esse representa o direito de ação e não um dever⁴¹.

É por meio da cláusula arbitral, também denominada de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, que a arbitragem se insere. Importante destacar o que difere a cláusula compromissória do compromisso arbitral. O primeiro se trata de uma forma de prevenção de possíveis divergências, já o compromisso trata-se de utilização do instituto em um conflito já existente no momento da efetivação do contrato.

Por fim, poderão as partes se conciliar durante o processo arbitral, observando sempre o princípio da autonomia da vontade, podendo haver negociações extrajudiciais entre as partes de seus representantes.

⁴¹ Sentença estrangeira. Inadmissibilidade de homologação, no Brasil, de laudo arbitral, não chancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente. Precedentes do STF." M.B.V. Commercial and Export Management Establishment, com sede em Gênêbra, Suíça, requer homologação de laudo arbitral proferido pelo Advogado Juan Escudero Claramunt, em Barcelona, Reino da Espanha, em litígio entre a requerente e a empresa Resil Indústria e Comércio Ltda, sediada em território brasileiro. A requerida, tomando conhecimento da ação, deu-se por citada e concordou com o pedido (f. 47). O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo il. Subprocurador-Geral Miguel Frauzino Pereira e pelo em. Procurador-Geral Geraldo Brindeiro, manifestou-se nestes termos (f.62/63): "A requerente pretende a homologação de laudo arbitral, proferido em Barcelona, na forma da lei espanhola nº 36, de 5 de dezembro de 1988. Esclarece que o referido diploma confere força de sentença judicial aos laudos arbitrais, sendo desnecessária, e até vedada, a sua homologação perante as cortes espanholas para que surta efeito. A requerida compareceu espontaneamente a este processo, dando-se por citada e concordando inteiramente com o pedido. Sucede, todavia, que a jurisprudência iterativa do Pretório Excelso, reafirmada no julgamento da S.E. 4.724-2, em 27-04-94, sob a relatoria do ilustrado Ministro, ora Presidente dessa Alta Corte, orientou-se no sentido da impossibilidade de homologação de laudo arbitral, não chancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente. Nestas condições, opinamos pelo indeferimento do pedido." Com efeito, ao julgar a SEC 4.724-2, de que fui Relator, o Supremo Tribunal, em sessão plenária de 27.04.94, reafirmou a firme jurisprudência da Corte no sentido de que "sentença estrangeira", susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham chancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado (cf. SE 1.982 - USA, Plen., 3.6.70, Thompson, RTJ 54/714; SE 2.006, Plen., 18.11.71, Inglaterra, Trigueiro, RTJ 60/28; SE 2.178, Alemanha, sentença, 30.6.79, Neder, RTJ 91/48; SE 2.476, Plen., 9.4.80, Inglaterra, Neder, RTJ 95/23; SE 2.766, Inglaterra, 1.7.83, SE 2.768, França, sent., 19.1.81, Neder, DJ 9.3.81; SE 3.236, França, Plen., 10.5.84, Buzaid, RTJ 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen., 21.9.88, Néri, RTJ 137/132)." Decidiu-se, nessa assentada, que "o que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no forum, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão questionada". Assim sendo, na linha dos precedentes, indefiro o pedido. Brasília, 6 de dezembro de 1995. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Presidente. (STF - SE: 5206 EP, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 06/12/1995).

Portanto, ao atingir sua intenção, que é a eficiência, evita-se o acesso ao Judiciário e, conseqüentemente, sua morosidade para resolver questões que podem ser solucionadas por outro método menos moroso, bem como, aceito por ambas as partes, tendo credibilidade pelo apoio do Poder Judiciário brasileiro.

Outra forma de resolução de conflito é a conciliação, que se caracteriza pela ação intervencionista do terceiro imparcial que, não só aproxima as partes, como ainda realiza atividades de controle das negociações, aparando as arestas porventura existentes, fazendo sugestão de acordos, propostas ou propiciando a apresentação de soluções, salientando as vantagens ou desvantagens, buscando sempre facilitar e alcançar a autocomposição.

A definição de conciliação, para Cardoso, é “derivada do latim *conciliatio* de *concliare* (atrair, harmonizar, ajuntar); tratando-se do ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo negócio põe fim à divergência amigavelmente”⁴².

Conforme as lições de De Plácido e Silva, conciliar “tem o mesmo sentido de concordar, ou melhor, acordar, por força de sua acepção etimológica de unir, ligar, harmonizar” o que “nos dá ideia de ação a ser feita entre mais de uma pessoa com mais de um elemento, que, unidos, harmonizados, se conciliam.”⁴³

Os povos antigos deram início a conciliação, pois buscavam harmonia interna, conseguindo a união necessária para que pudessem se defender dos ataques de outros povos.

A conciliação era imposta na Constituição do Império brasileiro em 1824, no artigo 161 da normativa, no qual estava previsto que sem se provar que a reconciliação já tivesse sido utilizada como meio de resolução amigável, o processo não poderia iniciar, dispondo, ainda, no artigo 162 seguinte, que seria indicado um juiz de paz para esse fim.

Com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1.871, a conciliação foi tratada como uma condição prévia de solução do conflito, diante do juiz e antes do ajuizamento da medida judicial, com previsão nos artigos 185 a 200. Tal normativa se revelou como Consolidação das Leis do Processo Civil, do Conselheiros Ribas, uma homenagem a Antônio Joaquim Ribas, que foi o responsável pela consolidação nas normas processuais existentes na época. Porém, as leis que exigiam a conciliação prévia para propositura de ação foram revogadas pelo Decreto nº 359, de 26 de abril de 1.890⁴⁴.

⁴² CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa**: juizados especiais. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996, p. 95.

⁴³ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 295.

⁴⁴ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 66.

O Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, reservou uma seção sobre conciliação. No capítulo que trata da audiência, na norma revogada, era obrigatório o comparecimento das partes ou de procuradores com poderes especiais. Em seu artigo 331, modificado pela Lei nº 8.952, de 1994, bem como posteriormente alterado pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, estabelecia, desde então, no procedimento ordinário, a realização de uma audiência preliminar para a conciliação, constando, ainda, a previsão de audiência de conciliação antes da apresentação de defesa no procedimento sumário, artigo 277.

No inciso IV do artigo 125 constava a disposição legal da conciliação/mediação, permitindo ao juiz a convocação das partes a qualquer momento em qualquer fase do processo para tentativa de conciliação.

A conciliação no Brasil integrou-se também nas leis processuais, sendo prevista como parte do procedimento, tratando-se, portanto, de uma ferramenta utilizada para solução das relações entre as partes, sendo necessária a intervenção de uma terceira pessoa que exercerá o papel de auxiliador para que as partes possam encontrar a melhor solução para o conflito, levando-as a se questionarem se valerá a pena enfrentar o litígio⁴⁵.

Desde então, passou a ser utilizada em todos os procedimentos para obtenção de acordos, como na Lei de Alimentos, nos Juizados Especiais, e ainda em Juizados Especiais Criminais, como apontaram os autores Sampaio e Braga Neto, sendo aplicado, neste último, como instrumento da justiça restaurativa.

Para atuação, o conciliador judicial recebe curso específico ao tema, que atuará auxiliando as partes para que possam entrar em acordo. Este agente é quem cria um ambiente em que haja entendimento mútuo, aproximação das partes e harmonia de interesses⁴⁶.

Sampaio e Braga Neto ensinam que o conciliador não deve possuir vínculo entre as partes, com isso, poderá atuar com mais liberdade levando-as à reflexão sobre as sugestões apresentadas com o fim de evitar a interposição de medida judicial.

A conciliação se mostra tão importante que no novo CPC- Lei nº 13.105/2015, resta clara a intenção do legislador em incentivar a autocomposição, inclusive, trazendo dispositivos específicos sobre o instrumento.

Pode-se citar alguns deles, como o capítulo que comporta os artigos 165 ao 175, em que é dedicado à conciliação e à mediação. Ainda consta nos artigos 334 e 695 o procedimento

⁴⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, A. B. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 21.

⁴⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 66.

indicando a tentativa de composição antes da defesa do requerido. Ainda nos artigos 515 III e 725 VII, tem-se a permissão da homologação de acordo extrajudicial, entre outros.

Importante destacar que há, ainda, a previsão para que juízes, advogados e todos os usuários do direito estimulem a utilização dos instrumentos de conciliação de conflitos, conforme previsão no rol das normas fundamentais do processo civil §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC.

Sendo efetivada a conciliação, isto é, se as partes se ajustarem e chegarem a um consenso, isso numa demanda judicial em andamento, esse processo é encerrado, julgado extinto e com resolução do mérito⁴⁷.

Como ensina Luchiar⁴⁸, o juiz, por ter a função de impor soluções justas ao caso concreto, pode ser auxiliado por um conciliador habilitado para tal.

O incentivo à conciliação está voltando a demonstrar às partes que elas mesmas conseguem chegar em um acordo que considerem justo para ambas, com auxílio do conciliador e sem a necessidade de intervenção judicial, ou caso a conciliação ocorra durante o curso do processo, não há necessidade de aguardar o sentenciamento para se chegar a uma solução imediata.

A mediação é uma forma de resolução de conflito, na qual é utilizado um terceiro como facilitador para auxiliar as partes a resolverem o litígio. A mediação visa o diálogo entre as partes, considerando os fatores e interesses reais dos litigantes a fim de que as partes possam criar e escolher opções até chegarem a um acordo.

Cabe ao mediador informar as partes sobre o procedimento adotado, o papel do mediador, sobre o sigilo dos atos praticados e a imparcialidade, além de ressaltar a boa-fé e a cooperação de todos os envolvidos. Nesse momento, também deve ser analisada a postura dos envolvidos e se será necessário ou não a distribuição das pessoas de modo a se criar um ambiente de segurança e respeito, a fim de viabilizar melhores resultados. Sobre isso, Calmom afirma:

A mediação não deve transcorrer de forma semelhante aos processos judiciais. Ao contrário, considerando a pré-disposição dos envolvidos à comparação com a justiça, alguns cuidados práticos devem ser tomados de antemão, como por exemplo, o local onde deve se desenvolver. Em primeiro lugar, deve ser um local neutro, de preferência o escritório do mediador. Esse local, evidentemente, não deve ser público, muito menos localizar-se no mesmo edifício onde funcione algum órgão judiciário. As instalações devem ser apropriadas à especialidade do mediador, se houver. O mediador pode valer-se de recursos pedagógicos, mas o ambiente não é uma sessão

⁴⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20.

⁴⁸ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 69.

de psicoterapia, não sendo, portanto, aconselhável, que seja esse o exemplo para as acomodações. Divãs e almofadas são perfeitamente dispensáveis⁴⁹.

A mediação incentiva a negociação, tornando claros os objetivos das partes, e busca formalizar acordo pelas partes, por liberalidade. Moore aduz que:

A mediação é um processo voluntário e que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda de um terceiro. Em geral, se inicia a mediação quando as partes não acreditam que possam resolver o conflito por si mesmas e quando o único recurso possa ser a ajuda de um terceiro imparcial⁵⁰ (tradução nossa).

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, entretanto, quando ocorrem no âmbito judicial os conciliadores e mediadores são incluídos no rol de auxiliares da justiça, razão pela qual são aplicadas regras referentes a impedimento e à suspeição, conforme artigos.148, II, 170 e 173, II, Código de Processo Civil.

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do Código de Processo Civil dispõem:

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada qualquer utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções que gerem benefícios mútuos.

Os artigos 167, 174 e 175 do Código de Processo Civil dispõem que as conciliações e mediações podem acontecer em câmaras públicas institucionais, vinculadas a Tribunais de Justiça, em câmaras privadas, escritórios de advocacia, em câmaras administrativas vinculadas à Administração Pública, dentre outros.

Dentre os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, a mediação tem uma abordagem mais ampla do problema, posto o fato de sua aplicação ser por meio de técnicas que levam à pacificação social, diminuindo e evitando a morosidade dos processos que tramitam no Poder Judiciário.

Para Moore, a mediação é um processo voluntário, de modo que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda de um terceiro:

⁴⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 124.

⁵⁰ MOORE, Christopher W. **El proceso de mediación**. Barcelona: Granica, 1986, p. 32. La mediación es un proceso voluntario en cuanto los participantes deben estar dispuestos a aceptar la ayuda de un terro. En general, se inicia la mediación cuando las partes ya no creen que pueden resolver el conflicto por sí mismos, y cuando el único recurso parece implicar la ayuda de un tercero imparcial.

A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda de um terço. Em geral, a mediação começa quando as partes não acreditam mais que podem resolver a disputa por conta própria e quando o único recurso parece envolver a ajuda de uma terceira parte imparcial (MOORE, 1997, p. 32)⁵¹.

A mediação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.140/2015 e seus principais aspectos são: (i) informalidade, por se tratar de um procedimento simples as negociações podem ser feitas de maneiras verbais e outros métodos mais simples; (ii) voluntariedade, os mediadores são voluntários e não recebem nenhum tipo de remuneração para tal feito; (iii) direitos mediáveis, A lei de mediação autoriza a utilização do procedimento em dois casos: art. 3º, que descreve que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação; (iv) confiabilidade, diferente da regra de publicidade dos atos processuais, os atos praticados a mediação são confidenciais e com isso os mediadores não podem ser chamados a testemunhas nenhum dos assuntos tratados nas negociações; (v) mediação extrajudicial, A lei de mediação autoriza a chamada mediação extrajudicial, realizada por profissional escolhido pelas partes, independentemente de vínculo com o Poder Judiciário. O profissional escolhido deve ser capacitado e ter a confiança dos lados, não sendo necessária sua associação a nenhum conselho ou entidade de classes, as partes também podem estar assistidas por advogados ou defensores públicos. Entretanto, se apenas uma delas tiver constituído um patrono, o procedimento ficará suspenso até que todos os envolvidos estejam devidamente acompanhados; (vi) eficácia do acordo, o acordo realizado entre as partes é título executivo, ou seja, em caso de descumprimento é passível a tomada de medidas coercitivas; (vii) cláusula de mediação, Os contratos podem prever a obrigação de participar da primeira sessão de mediação, inclusive com a fixação de punições pelo não comparecimento. Isso ocorre porque, antes de iniciar as atividades, os mediadores esclarecem os princípios e o funcionamento do procedimento para os presentes, a cláusula, estabelece o dever de conhecer a mediação, com total liberdade para os envolvidos não aderirem ao procedimento; (viii) imparcialidade, os mediadores devem ser imparciais e promover a melhor solução ao conflito.

1.4 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Os federalistas Hamilton e Madison escreveram uma carta direcionada ao povo de Nova York, no dia 8 de fevereiro 1783 no *The New-York Packet* e, posteriormente, a mesma carta foi publicada em 11 de fevereiro do mesmo ano no *The Daily Advertiser*. À época, os federalistas escreviam cartas à população de Nova York que eram publicadas nos jornais, cada

⁵¹ Na tradução castelhana: “La mediación es un proceso voluntario en cuanto los participantes deben estar dispuestos a aceptar la ayuda de un terço. En general, se inicia la mediación cuando las partes ya no creen que pueden resolver el conflicto por sí mismos, y cuando el único recurso parece implicar la ayuda de un tercero imparcial”.

carta recebia um número. A carta intitulada de número 51 na edição McLean e 50 nos jornais, apresentava propostas de freios e contrapesos ao governo e aos demais departamentos e apresentou a possibilidade do Judicial Review, que consistia em controle de constitucionalidade pelo judiciário dos atos praticados por outros poderes.

Naquele momento os Estados Unidos enfrentavam um embate político de federalistas x antifederalistas, vez que os federalistas defendiam, em suma, a centralização de poderes pela União e os antifederalistas não concordavam com tal posicionamento.

Em 1803, o então presidente John Adams nomeou como juiz de paz William Marbury, todavia, a nomeação foi questionada por meio de *writ of mandamus* impetrado diretamente na Suprema Corte, e por decisão do *Chief Justice Marshall*, que reconheceu a irrevogabilidade da nomeação, o caso não poderia ser julgado pela corte, sob a fundamentação de que tal disposição fugia de suas competências originárias atribuídas pelo *Article III* da Constituição. Dessa forma, foi declarada inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act*, que previa a competência originária da Corte para tanto. Em que pese Marbury tenha perdido a ação, os federalistas venceram a guerra, eis que este foi o primeiro precedente de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos e o Brasil, por sua vez, adotou uma forma semelhante de revisão judicial.⁵²

Outro caso de imensa relevância é o *Brown vs Board of Education*⁵³, no qual a Suprema Corte Americana declarou inconstitucional a regra de segregação entre brancos e negros nas escolas públicas e também entendeu que a Lei que determinava a segregação violava a cláusula de proteção da igualdade previsto no artigo 14 da Constituição. Os pais visavam matricular seus filhos (crianças afro-americanas) em escolas próximas às suas residências, todavia, aquelas eram destinadas a crianças brancas, e em primeira instância o caso foi julgado improcedente, tendo em vista o precedente do caso *Plessy v. Ferguson* de 1896⁵⁴, que havia se tornado a base jurídica para validar a segregação racial pelos Estados Unidos (especialmente no Sul) em locais públicos, tais como escolas, hospitais, praças etc.

⁵² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵³ US SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 05 jun. 2020.

⁵⁴ “Plessy buscava o direito de se assentar nos trens destinados aos brancos, vez que a segregação imposta ao seu ver violava a cláusula de proteção da igualdade prevista no artigo 14 da Constituição Americana. O juiz Henry Billings Brown decidiu que a segregação era legal e não apresentava violação contra a igualdade e com isso teve início o marco inicial da segregação amparada pelo lema: “iguais, mas separados.” HISTORY EDITORS. *Plessy v. Ferguson*, **History**, 2020. Disponível em: <https://www.history.com/topics/black-history/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 05 jun. 2020.

A decisão foi tomada em 17 de maio de 1954, quando a Corte, liderada pelo jurista Earl Warren, votou por unanimidade declarando como inconstitucional as leis que determinavam a separação racial entre crianças brancas e pretas, afirmando que instalações educacionais separadas são desiguais e por este motivo as crianças afro-americanas deveriam estudar em conjunto com as crianças brancas. O resultado imediato desta decisão foi o fim da segregação racial nas instituições de ensino público americanas.

Em que pese os casos acima terem ocorrido nos Estados Unidos em 1954 e com um sistema judiciário tão diferente do brasileiro, ainda assim, pode-se ver no Brasil o controle constitucional derivado, inspirado nos precedentes americanos.

No Brasil, não houve segregação racial, entretanto, as guerras territoriais sempre existiram, um grande marco jurídico é o caso de Serra Raposa do Sol, vez que no início da década de 60 havia conflitos sangrentos entre índios e agricultores na região de Raposa Serra do Sol, situada em Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, por causa da ocupação e uso do solo.

Entretanto a situação seguiu sem regulamentação por mais de 50 anos até que por meio da ação popular ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto em face da União, pleiteando a declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, foram definidos os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinado que todos os povos não indígenas deixassem a região no prazo de um ano.

Ocorre que, na região, havia cultivadores de arroz e de uvas, além de militares que também foram afetados e inúmeros conflitos sangrentos estavam ocorrendo ali durante várias décadas. Em 2008 a Polícia Federal iniciou a operação Upatakon 3, que visava à retirada de todos os não indígenas das áreas demarcadas. Essa operação fora suspensa por ordem do Supremo Tribunal Federal até o julgamento da demanda. Em março de 2009, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as demarcações contínuas das terras indígenas deveriam ser respeitadas, incluindo as terras de Raposa Serra do Sol e a retirada dos não indígenas da região.

Ainda que em 2013 tenha sido declarado, em embargos de declaração interpostos, que o efeito da decisão não seria vinculante e que valeria apenas para a ação de Raposa Serra do Sol, em 2017, o então presidente Michel Temer aprovou parecer da Advocacia-Geral da União que manda a União seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal em todos processos administrativos de demarcação de terras indígenas pelo Governo Federal.

Não obstante, na ADI 3.510, que teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, com julgamento finalizado em 29 de março de 2008, considerou-se, por 6 votos a 5, a

constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que permitia e dispunha sobre pesquisas científicas com embriões humanos advindos de fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de 3 anos. A discussão foi levada a julgamento, tendo em vista que os embriões com até 14 dias possuem células exclusivas indiferenciadas que não existem no corpo humano após o nascimento, alavancando as pesquisas científicas médicas e ampliando as chances de encontrar a cura para várias doenças ainda incuráveis, como Mal de Parkinson, diabetes, entre outras. O Tribunal entendeu que a destruição dos referidos embriões (que seriam descartados a qualquer tempo) não violava o direito à vida, nem o princípio da dignidade da pessoa humana. Foi a primeira vez que o Tribunal Brasileiro confrontou a visão secular e a visão religiosa sobre a questão da vida.

Outra decisão de suma importância também proferida pelo STF, em março de 2006, foi acerca do nepotismo. Em sede de medida cautelar concedida, o plenário do STF declarou constitucional a resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que proibia a nomeação de familiares dos membros do Poder Judiciário até terceiro grau para cargos comissionados e com gratificações. O julgamento definitivo ocorreu em agosto de 2008 e o Tribunal estendeu a interpretação de vedação aos Poderes Legislativo e Executivo, aprovando, assim, a súmula vinculante de nº 13, abolindo, dessa forma, uma prática patrimonialista que ocorria desde o descobrimento do Brasil. Os votos vencedores entenderam que não havia necessidade de lei formal, vez que a vedação atende os princípios da moralidade e pessoalidade.

Assim, resta demonstrado que o Brasil segue uma tendência mundial no que refere ao ativismo judicial e isso se dá ante a necessidade de intervenção do Judiciário nos demais Poderes. Pode-se observar que, mesmo com legislações tão distantes, vários países do mundo se veem na mesma situação, como Israel, onde a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade da Constituição e atos internacionais para construção de um muro na fronteira com o território palestino.

Para Barroso⁵⁵ os casos mencionados demonstram “a fluidez da fronteira entre a política e a justiça no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume”, e o autor ainda vê a questão do ativismo como parte da solução para concretização dos direitos previstos na constituição, mas, que deve ser utilizado de forma eventual e controlada.

⁵⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 2. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 05 maio 2020.

Contudo, faz-se necessário analisar a questão da judicialização da política e politização do Judiciário e realizar uma diferenciação necessária para melhor compreensão e entendimento das possíveis causas de tal fenômeno.

1.5 CONCEITO DE DEMOCRACIA MODERNA

Passa-se agora a discorrer sobre a democracia. Será analisado se o Brasil é um país plenamente democrático, mesmo ante as insuficiências dos Poderes que causam o ativismo judicial. Para Aristóteles, democracia é quando homens livres governam, enquanto no pensamento político sobre democracia contemporânea há três classificações: a clássica, a medieval e a moderna:

A teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam do direito de cidadania, se distinguem da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república⁵⁶.

Bobbio descreve esses exemplos que são os três tipos de tradições políticas existentes acerca da democracia. Para se analisar a democracia moderna, faz-se necessária a definição do conceito de democracia grega. Para Robert Dahl⁵⁷ “foram os gregos - provavelmente os atenienses - que cunharam o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratos*, governar”. Para Simone Goyard-Fabre, “a palavra democracia designa o poder do povo (*demos*, *kratos*). Corresponde a uma noção surgida precisamente na Grécia Antiga, a partir do século VI antes da nossa era, em Mileto, Megara, Samos e Atenas”⁵⁸. A Grécia Clássica era um país formado por cidades-estado e, “entre as democracias gregas, a de Atenas era de longe a mais importante,

⁵⁶ BOBBIO, Noberto. **Dicionário de Política**. BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13. ed. v. 1. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; (coord.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

⁵⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. 2. reimp. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 21.

⁵⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 9.

a mais conhecida na época e, ainda hoje, de incomparável influência na filosofia política”. Dahl, em seu livro *A democracia e seus críticos*, detalha minuciosamente a democracia grega. Para o autor:

Na visão grega da democracia, o cidadão é uma pessoa íntegra, para quem a política é uma atividade social, natural, não separada nitidamente do resto da vida, e para quem o governo e o Estado – ou melhor, a pólis – não são entidades remotas e alheias, distantes de si. Ao contrário, a vida política é uma extensão dessa pessoa e está em harmonia com ela. Os valores não são fragmentados, mas coesos: a felicidade está vinculada à virtude, a virtude à justiça e a justiça, à felicidade⁵⁹.

Fica evidente que o conceito adotado pelos gregos está bem distante do que se entende por democracia na era moderna ou pós-moderna. Ao analisar a democracia de Atenas, logo se percebe que eles não criaram a democracia representativa que se tem hoje: “Assim, as instituições políticas da Grécia, por mais inovadoras que tenham sido em sua época, foram ignoradas ou mesmo claramente rejeitadas durante o desenvolvimento da moderna democracia representativa⁶⁰”.

Na democracia grega havia seis características que deveriam ser atendidas plenamente: (i) os cidadãos deviam ser suficientemente harmoniosos em seus interesses, de modo a compartilhar um sentido forte de bem geral que não estivesse em contradição evidente com seus interesses e objetivos pessoais; (ii) os cidadãos deviam ser notavelmente homogêneos no que tange às características, que, em alguns casos, poderiam gerar conflitos políticos e profundas divergências ao bem comum, ou seja, não podiam existir diferenças culturais, sociais, econômicas e religiosas, para o bem do país; (iii) “o corpo de cidadãos deve ser bem pequeno, idealmente ainda menor que os quarenta ou cinquenta mil da Atenas de Péricles”⁶¹. O objetivo de limitar a quantidade de pessoas era de suma importância para evitar as divergências entre os cidadãos que deveriam conhecer uns aos outros para poderem tomar as decisões; (iv) “Em quarto lugar, portanto, os cidadãos devem ser capazes de se reunir e decidir, de forma direta, sobre as leis e os cursos de ação política”⁶², os gregos adotavam uma democracia direta e dificilmente aceitavam uma representação; (v) a participação dos cidadãos não se limitava às reuniões da Assembleia. Ela também incluía uma participação ativa na administração da cidade. Atenas possuía vários cargos, que eram ocupados por meio de eleição ou sorteio e tinham

⁵⁹ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF, 2012, p. 22.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹ *Ibidem*, p. 22.

⁶² DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF, 2012, p. 33.

mandatos por prazos determinados por um ano e cada pessoa só poderia ocupar uma vez na vida. (iv) “Por último, a cidade-Estado deve, ao menos idealmente, permanecer completamente autônoma”. Fica evidente que algumas alianças seriam necessárias, mas deveriam evitar depender de outras cidades ou do comércio exterior. Importante perceber através de cada uma dessas condições, típicas da democracia grega, que ela em nada é semelhante à democracia moderna.

No período entre a Idade Média e a Segunda Guerra Mundial, a democracia desapareceu da maioria dos países, voltando a ser analisada após a realização de diversos movimentos que causaram muita morte e destruição como o nazismo, o fascismo, ditaduras, dentre outros.

A necessidade de representação era evidente. Goyard-Fabre define a democracia atual da seguinte maneira:

De acordo com sua etimologia, a Democracia efetivamente designa, tanto hoje como ontem, um modo de governo no qual o povo exerce seu poder, e o exerce de forma direta, ela adota diversas figuras expressas pelos inúmeros adjetivos que a qualificam: é geralmente dita “representativa” (o povo age por meio de seus representantes); fala-se também de democracia “governada” (o povo é soberano, mas delega seus poderes), ou “governante” (caso em que o papel dos partidos é fundamental), ou até “consenciente” (caso em que o povo é passivo)... Declaram-na “liberal” ou “socialista”, e até “popular” ou ainda “plural”⁶³.

A democracia é regime de garantia geral da realização dos direitos fundamentais do homem, que se fundamenta em dois princípios primários: a) o da soberania popular, segundo a qual o povo é a única fonte do poder (o poder emana do povo); b) a participação do povo no poder, para que este seja a efetiva expressão da vontade popular. Nos casos em que essa participação é indireta, surge um princípio secundário: o da representação.

José Afonso da Silva aduz que a democracia é uma garantia legal da concretização dos direitos fundamentais do homem e que a participação do povo no poder é essencial:

A democracia é regime de garantia geral da realização dos direitos fundamentais do homem, que se fundamenta em dois princípios primários: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder (o poder emana do povo); b) a participação do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular. Nos casos em que essa participação é indireta, surge um princípio secundário: o da representação.

Declara, ainda, que “[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato, estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que

⁶³ GOYARD-FABRE. Simone. **O que é democracia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

o povo vai conquistando no decorrer da história”. Para Canotilho, “o processo de formação da vontade democrática não assenta nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstracto da teoria liberal, mas sim em grupos definidos através da frequência de interações sociais”, ou seja, ambos os autores entendem que é necessária a interação do povo no governo para que haja a democracia. A democracia passa, a partir dessa percepção, de uma organização da *polis* para uma possível forma de governo, tornando-se parte do Estado moderno, ou seja, não existe Estado moderno sem democracia. Rosenfeld⁶⁴ descreve que:

A transferência do processo democrático público de tomada de decisões, que dava forma à comunidade, para um centro de poder situado acima da sociedade acarretou uma reorganização política das relações humanas, resultando numa transformação dos próprios conceitos de “espaço público” ou de “governo da maioria”. As categorias da filosofia política clássica tornaram-se insuficientes para a análise de um fenómeno político que, tal como uma substância, aceita várias aparências sem, contudo, modificar a sua significação essencial. A democracia pode inclusive vir a significar uma mera aparência de participação política, embora o seu sentido originário seja precisamente o de uma efetiva participação dos indivíduos nos assuntos públicos.

Quando se fala em democracia logo se pensa em voto, entretanto, o Direito ao voto só é possível ante a Liberdade, haja vista que, para o votar, o cidadão precisa ser livre. Com isso, o que se percebe é que a democracia moderna funciona como uma forma de representação indireta na qual os cidadãos possuem o direito de serem representados nos seus interesses individuais e coletivos por meio do voto. Logo, não existe país democrático sem Direito ao voto. A Constituição de 1988 está a completar 32 anos de existência e, dentre todas as Constituições que já existiram no país, é a mais democrática, logo, seu processo de amadurecimento é visível, pois é algo novo para o povo e para seus governantes.

Contudo, analisando a questão, parece que na democracia brasileira os representantes são eleitos para grupos específicos, bem como a criação de leis aparenta se destinar a grupos particulares, o que faz com que a população não se sinta representada, como foi o caso dos últimos governos federais. Com isso, percebe-se uma crise de representação, fazendo com que os cidadãos recorram a poderes não legitimados democraticamente para se sentirem incluídos e fazerem valer seus direitos e garantias individuais.

Robert Dahl diz que a democracia evita a tirania, garante direitos essenciais, prima pela liberdade geral, garante a autodeterminação, autonomia moral, desenvolve o ser humano, protege os interesses pessoais essenciais, possui igualdade política, ressaltando que as

⁶⁴ ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 3. ed. São Paulo: Ed. brasiliense, 1990, p. 13.

democracias modernas buscam, ainda, a paz e a prosperidade. Rosenfeld passa a descrever em sua obra dez características que representam a democracia moderna:

A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos. A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar). A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável. A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas. Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de auto-determinação-ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha. Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral. A democracia promove desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável. Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política. As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras. Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democrático.⁶⁵

Para que um governo seja considerado democrático são necessárias algumas condições, “uma democracia em grande escala exige: 1. Funcionários eleitos; 2. Eleições livres, justas e frequentes; 3. Liberdade de expressão; 4. Fontes de informação diversificadas; 5. Autonomia para as associações; 6. Cidadania inclusiva”⁶⁶.

Para Rawls, uma sociedade democrática constitucional bem ordenada pressupõe a ideia de razão pública:

Isto porque uma característica básica da democracia consiste no fato do pluralismo - o fato de que uma pluralidade de doutrinas abrangentes, razoáveis, conflitantes, religiosas, filosóficas e morais é o resultado normal de sua cultura de instituições livres. Os cidadãos percebem que não podem chegar a um acordo ou aproximar-se de um entendimento mútuo com base em suas doutrinas abrangentes e reconciliáveis.⁶⁷

Ter acesso à informação e à educação também são características da democracia, pois promovem a inclusão social, afinal, se o poder controla a informação não é possível a formação cívica dos cidadãos. Dahl afirma sobre a “plena inclusão. [...] O corpo dos cidadãos num Estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse Estado, com exceção dos que estão de passagem e dos incapazes de cuidar de si mesmos.”⁶⁸

Dessa forma, pode-se concluir que a democracia envolve diversas características, bem como a formação do Estado Democrático de Direito deve preservar não somente as

⁶⁵ ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 3. ed. São Paulo: Ed. brasiliense, 1990, p.13.

⁶⁶ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. 2. reimp. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 73.

⁶⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões: revisão técnica e tradução de Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 147.

⁶⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. 2. reimp. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 50-51.

características, mas também garantir o acesso aos direitos e garantias individuais dos cidadãos incluídos em determinada sociedade.

2 CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

2.1 A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

A origem do constitucionalismo ocorreu entre meados e o final do século XVIII no liberalismo, emergindo com o movimento ideológico, jurídico, político e social, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais, da mesma maneira que a separação dos poderes em refutação ao absolutismo dominante no Antigo Regime.

O doutrinador Uadi Bulos⁶⁹ o classifica em 6 etapas: “1ª Etapa: - constitucionalismo primitivo; 2ª Etapa: - constitucionalismo antigo; 3ª Etapa: - constitucionalismo medieval; 4ª Etapa: - constitucionalismo moderno; 5ª Etapa: - constitucionalismo contemporâneo; e 6ª Etapa:- constitucionalismo do futuro ou do porvir.”

Constata-se que o povo mais primitivo já vivia o constitucionalismo, possivelmente de maneira informal, devido aos costumes que eram impostos pelos mais velhos de cada povo. No constitucionalismo, as regras de comportamento costumeiro e os sistemas de crenças religiosas também eram a motivação principal do direito constitucional vigente à época.

Entre os hebreus, por exemplo, o constitucionalismo pode ser identificado por intermédio da restrição do poder estatal à frente dos preceitos bíblicos, bem como pela aplicação do termo constituído no período do Baixo Império.

Na Idade Média, o direito constitucional preocupou-se em separar o poder estatal, em razão da disseminação de ideologias jusnaturalistas. Esse período foi de suma importância para a confirmação de liberdades públicas, bem como de direitos e garantias fundamentais.

No ano de 1215, a Inglaterra constitui sua *Magna Charta Libertatum*, promulgada por João Sem-Terra, sendo considerado o primeiro documento formal pensado nos direitos agregados até a atualidade às constituições de todos os países, um bom exemplo é: a criação do Tribunal do Júri e o direito ao acesso à justiça, entre outros.

No final do século XVIII, com a instituição das constituições dos Estados Unidos da América (1787) e França (1791), houve a concretização da separação dos poderes. Inconformados grupos pós-positivistas, baseados nos princípios jurídicos, em prejuízo ao frio do normativismo intenso, passaram a protestar pelos princípios, sendo eles determinados ou não, pois fazem parte da constituição, necessitando ser observados mesmo que não explícitos no texto constitucional.

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

Atualmente, constata-se o constitucionalismo moderno e residual do Estado de Bem Estar Social, período em que as leis se envolvem em novas áreas, não estabelecendo apenas direitos de cunho prestacional, mas também doutrinando temas como os de ordem econômica, cultural, dentre outros.

O constitucionalismo moderno se divide em dois grupos, o neoconstitucionalismo, que é consequente das mudanças do direito constitucional de cada Estado, ou seja, uma constitucionalização do Direito como um todo; e o transconstitucionalismo, diferentes diretrizes jurídicas de um mesmo Estado, ou de Estados distintos, que se cruzam para solucionar impasses constitucionais.

Neste contexto, observa-se que a diferença primordial fundamenta-se na extensão das consequências relativas a cada “movimento” do constitucionalismo moderno. Assim, o neoconstitucionalismo causa repercussão, advinda de mudanças mundiais sucedidas pós-guerra, ao mesmo tempo em que o transconstitucionalismo versa sobre uma reunião de interesses mundiais diante dos impasses constitucionais vistos pelo ordenamento jurídico mundial.

A doutrina procura encontrar possíveis características do constitucionalismo do futuro nomeado como “constitucionalismo do porvir”.

Percebe-se que, independentemente da época, o movimento constitucionalista teve como objetivo impor limites ao desempenho do Estado, Governo ou liderança predominante à sua época, conforme disposição do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “**Art. 16.º** A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição⁷⁰.”

Conclui-se que o progresso constitucionalista dirige-se para a criação de uma instituição normativa supraestatal com a finalidade de impor prestações efetivas ao Estado, moldadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷⁰ MADRID. Universidad Complutense. Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Tradução de Marcus Cláudio Acqua Viva, 1973 apud FERREIRA Filho, Manoel G. et. al. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978, on-line. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 05 jul. 2019.

2.2 SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

No direito constitucional existem diversas discussões doutrinárias, começando pela nomenclatura neoconstitucionalismo, pois, mesmo habitualmente usada, utiliza-se também a nomenclatura constitucionalismo pós-positivista ou constitucionalismo neopositivo.

O neoconstitucionalismo é originário da Europa. No entanto, alguns doutrinadores afirmam que o neoconstitucionalismo teve início na Espanha e Itália, ao mesmo tempo em que outros sustentam como origem a Alemanha e Itália. Contudo, a única certeza que se tem é de que o neoconstitucionalismo surgiu após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Gustavo Binbenbojm⁷¹ entende que houve o fortalecimento da ampliação da jurisdição constitucional após a tragédia causada pelo nazi-fascismo, momento em que houve a necessidade de fixar limites jurídicos para as ações de todos os poderes públicos.

Entende-se que, por pior que tenha sido o líder nazista Adolf Hitler, ele não praticou ilegalidades ou violou inconstitucionalidades, visto que a maioria de seus atos eram consentidos pelas normas jurídicas que autorizavam a utilização das forças armadas, bem como paralisando, provisoriamente, o desempenho total ou parcial dos direitos fundamentais.

Resta demonstrado que não basta que a norma esteja fundada de uma determinação constitucional se o seu objeto não trouxer a igualdade, liberdade e a solidariedade esperadas.

Após a Segunda Guerra Mundial, as constituições futuras passam a ser extensivas, repletas de princípios e valores. Dessa forma, com a reconhecimento normativa de princípios e valores constitucionais, houve o aumento da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, quando aparece o movimento neoconstitucionalista.

Assim sendo, conclui-se que a norma escrita não satisfazia as exigências da sociedade, uma vez que, durante o século XX, houvera barbáries apoiadas na lei formal, levando à conclusão de que os princípios e valores devem ser protegidos.

Para Miguel Carbonell, neoconstitucionalismo se refere a duas questões: (i) fenômenos evolutivos resultantes do Paradigma Constitucional; (ii) a teoria do direito que sustenta essas mudanças e/ou como delas trata. Dessa forma, a teoria do neoconstitucionalismo quer ir além das afeições liberais para atingir uma feição dirigente, visando à legitimação de um regime

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62.

democrático ante a consagração de direitos fundamentais e sociais das Constituições contemporâneas⁷².

Para Ferrajoli, o constitucionalismo principialista, jusnaturalista é uma corrente neoconstitucionalista contrária ao constitucionalismo garantista. Segundo o autor, o constitucionalismo se dá de duas maneiras: (a) como superação em sentido jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico, concepção que denuncia estar classificada como neoconstitucionalista; ou (b) como expansão do positivismo.

Assim, o constitucionalismo principialista (neoconstitucionalista) é criticado por transformar direitos fundamentais em valores ou princípios morais, o que gerou fragilização da normatividade do direito com ponderação. Ademais, o neoconstitucionalismo é um avanço para concretização da força normativa da constituição e, ainda, institucionalizou a recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo norte americano⁷³.

Lenio Streck denomina constitucionalismo contemporâneo para designar o surgimento do constitucionalismo pós-Segunda Guerra, ante o redimensionamento do Poder Judiciário para se manifestar ante a mais diversa gama de assuntos.

A fim de melhor compreender o neoconstitucionalismo é necessário visualizar a constituição como topo normativo com perfil dirigente e compromissário. Nesse sentido, há a transformação social por meio do direito ante a concretização de direitos constitucionais. “A adesão a essa corrente de pensamento exige que reconheçamos, entre outras coisas, a interlocução que se dá entre a moral e o direito [...] através, significativamente, da positivação dos direitos fundamentais⁷⁴”

Antes do neoconstitucionalismo, considerava-se que a aplicação do direito dava-se pela subsunção, entendida como a identificação da ocorrência no mundo fenomênico da hipótese descrita no antecedente da norma jurídica e, tendo em vista essa identificação, a aplicação da norma, imputando-se as consequências previstas.

O método proposto pelo neoconstitucionalismo é o da *ponderação*. Divide-se, basicamente, em três etapas: primeiro, a identificação dos valores (princípios) incidentes no caso concreto e a(s) pretensa(s) medida(s) de concretização; a apuração do peso dos respectivos

⁷² CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 09-10.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-37.

⁷⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53.

valores (princípios), o balanceamento desses pesos, tendo em vista o grau de satisfação e não satisfação dos valores (princípios) caso a medida seja implementada, e a enunciação de uma regra, a partir da ponderação efetuada, que determine a implementação da medida⁷⁵. Toda norma jurídica é fruto de uma ponderação, ainda que implícita. Assim, uma norma abstrata decorre de uma ponderação abstrata e resulta na enunciação de uma medida de concretização no plano abstrato; uma norma concreta decorre de uma ponderação concreta e resulta na enunciação de uma medida de concretização no plano concreto⁷⁶.

Existem diversos autores neoconstitucionalistas como Ferrajoli, Dworkin, Nino e Zagrebelsky. Assim, serão analisadas as principais ideias sobre o movimento neoconstitucionalista, como as de Robert Alexy, por exemplo. Este entende que, frente à alternativa entre o constitucionalismo e o legalismo, corresponde: (a) optar por um constitucionalismo moderado, ou seja o autor não aceita a onipresença da constituição em todas as normas, defendendo a independência do valor ordinário, bem como não acredita nos valores e princípios, acreditando que somente a norma pura deve ser aplicada e reivindicando de maneira clara a autonomia do legislador; (b) a presença de princípios no direito junto às normas, assimilando aqueles como os valores, na medida que seu conteúdo é moral e sua forma jurídica; (c) que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático ou moral; (d) que a aplicação do direito deve estar guiada pela resposta correta para cada caso, como ideia regulativa; (e) o limite da injustiça extrema para que exista o direito, dentre outros posicionamentos;

Enquanto Luigi Ferrajoli⁷⁷ acredita: (a) na renúncia à epistemologia kelseniana e à jusfilosofia analítica italiana do pós-guerra, propondo uma ciência jurídica funcional ao paradigma constitucional com um “papel crítico e construtivo” e “descritiva do ser do direito, e prescritiva de seu dever ser jurídico”, comprometendo aos juristas a assumir a responsabilidade cívica e política de superar as antinomias e as lacunas; (b) uma nova noção de validade das normas não circunscrita a análise meramente formal, mas interessada pela “coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais [...] como, por exemplo, o princípio da igualdade ou os direitos fundamentais”

Gustavo Zagrebelsky aponta: (a) que a distinção entre regra e princípios pode ser identificada com a lei e a Constituição, respectivamente; (b) que o juspositivismo é

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, p. 594.

⁷⁶ CLÉRICO, Laura. **El Examen de proporcionalidad en el derecho constitucional** p. 84-85. Disponível em: file:///C:/Users/Priscila/Downloads/Dialnet-ExamenDeProporcionalidadYObjecionDeIndeterminacion-5231548%20(1).pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2000, p. 60

incompatível com visões ou compreensões de princípios, na medida em que “não seria possível pensar em uma recuperação positivista da temática dos princípios mediante o passo de um positivismo das regras a um positivismo dos princípios”⁷⁸.

As teorias apresentadas esclarecem a compreensão de que o neoconstitucionalismo tem traços centrais, por exemplo: (a) o direito deixa de se resumir a um conjunto de regras que regem uma sociedade para compreender valores e princípios disponíveis para respostas jurídicas ofertadas pelos aplicadores de direito; (b) já não é suficiente um saber meramente descritivo sistematizador, mas busca-se prescrição e valoração do direito aplicado; (c) a aplicação deixa de vincular-se à decisão irracional e volitiva, como em Kelsen ou de fácil desentranhamento da norma, para requerer razões práticas e argumentos que a validem ou justifiquem; (d) a maior judicialização do direito; (e) reconhece-se uma juridicidade indisponível ou limitadora do direito posto as autoridades; e (f) a distinção entre direito e moral se fragiliza, e o jurista deve enfrentar exigências de moral crítica.

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Em 1988 foi proclamada a Constituição da República Federativa do Brasil, rompendo com o modelo militar para legitimar o Estado Democrático de Direito. Com a chegada da constituição pós-ditadura, promulgadora da democracia, do Estado de Direito, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, se incorporam as normas de Estado mediador.

Fica evidente que certas particularidades do neoconstitucionalismo já eram vistas antes da proclamação da Constituição de 1988, por exemplo, o controle de constitucionalidade. Além do mais, a Constituição de 1988 trouxe modificação no ordenamento jurídico.

O direito constitucional, sob a Constituição de 1988, atravessou da irrelevância ao ponto culminante em pouco tempo, surgindo a Nova República, determinada a criar o Estado Democrático de Direito em uma sociedade fundada no exercício dos direitos individuais, sociais e igualdade de justiça.

Após o Brasil passar por 21 anos de ditadura era necessário enfrentar o positivismo, e no Brasil, os autores Daniel Sarmento, Dimitri Dimoulis e Luís Roberto Barroso alavancaram o movimento, levando-o as suas últimas consequências, o que resultou na prática judicial do

⁷⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 1995, p. 118.

neoconstitucionalismo, denominada por Lenio Streck de efeito e não mais causa, como era chamado.

De forma concisa, conceitua-se o neoconstitucionalismo como um método de elucidação do Direito a partir do reconhecimento dos direitos humanos, visto que os direitos fundamentais aplicados nas Cartas Políticas de caráter democrático são a expressão máxima daqueles direitos.

Para melhor compreensão, é necessário rastrear a origem do movimento neoconstitucional e analisar o positivismo, haja vista que, para a História e a Filosofia, o positivismo antecede o neoconstitucionalismo, conhecido também como pós-positivismo.

Luís Roberto Barroso⁷⁹ ensina que o direito constitucional foi o constitucionalismo do segundo pós-guerra. Depois do referido período ficou caracterizado o insucesso do positivismo, cujo principal aspecto era o cunho desprovido de valores na interpretação constitucional, permitindo o aparecimento de novos entendimentos jurídicos, nos quais não havia a preocupação com os direitos humanos.

O conceito positivista é memorável no período das revoluções liberais burguesas até o final da Segunda Guerra Mundial. Sua temática era a instauração da garantia jurídica pela execução rígida das leis, confundida com o discernimento de Direito, não sendo permitidas ponderações quanto a este. Isso importou, por exemplo, na atrocidade causada pelo sistema nacional-socialista alemão, que, sustentado pela lei, matou seis milhões de judeus.

Embora atualmente o positivismo tenha sido superado, ele teve fundamental relevância, pois findou a temporada absolutista que prevaleceu na Europa até a revolução Francesa.

Écio Oto aponta algumas características⁸⁰ do neoconstitucionalismo brasileiro das quais três serão aqui analisadas. Em algumas delas se denota o não emprego da hermenêutica, conforme será visto a seguir.

A primeira característica apontada pelo autor é o pragmatismo – muito similar ao realismo jurídico e também denominada de axiologismo. Sob essa perspectiva as considerações e acontecimentos econômicos, internacionais e políticos e demais setores influenciam o juiz no momento da tomada de decisão. As normas positivadas são pragmáticas, o que faz de cada caso único e costumam deixar a discricionariedade do juiz no julgamento dos casos *sub judice*,

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. (Oto elenca as onze características às p. 55 e seguintes e Streck as comenta no posfácio da obra na p. 171 e seguintes).

autorizando o juiz a decidir de maneira única, sem considerar decisões anteriores sobre o tema, é o que autor chama de quebra do “DNA do Direito” que resulta em “um zero grau de sentido”, podendo ser preenchido pela interpretação do operador de Direito. Esse método apresenta um problema hermenêutico, pois manifesta problemas na aplicação das leis aos casos práticos, pois seria preciso uma teoria adequada a todos os casos, o que não ocorre no positivismo, vez que este não abrange todos os problemas existentes em uma sociedade, deixando muitas relações sem regulamentação.

A segunda característica é o eletismo/sincretismo metodológico – esta se contrapõe ao princípio da ponderação descrito por Robert Alexy, tratado na Teoria da argumentação jurídica, pois, para o autor, o elemento ponderação seria o fundamento da decisão, pré-compreensão e limitação da compreensão. Ou seja, enquanto no eletismo se considera a relação sujeito-objeto existente na filosofia da consciência, que acredita no sujeito solopista (Selbstsüchtiger), o qual Lenio Streck denomina como viciado em si mesmo e se coloca na contramão dos constrangimentos cotidianos, ignorando que o cotidiano ensina que não se pode estabelecer sentido arbitrário às palavras, ele pensa e assim o faz, aplicando às palavras o sentido que quer, enquanto a teoria de Lexy considera o paradigma da Filosofia da Linguagem.

Por último, o principialismo é a conexão entre o Direito e os valores da sociedade, pois a partir dele se permite a inserção de valores no Direito, vez que ao adotar os princípios “pautas axiológicas”, “mandados de otimização”, dentre outros, traz os princípios para o seio da Constituição. O autor elenca essa como uma das principais características do neoconstitucionalismo. Dessa forma, as teorias argumentativas do Direito têm se amparado na distinção entre regra e princípio para justificar e operar o neoconstitucionalismo, sob a fundamentação de que a regra tem o elemento já definido e o princípio, a definir.

Para Sito, a aplicação dos princípios é a razão do neoconstitucionalismo, vez que ao não se obter a resposta, fica em aberto o critério da interpretação:

A pergunta que não fica respondida por tais alegações perpassa justamente o ponto acerca de quem definirá o que será o princípio. Nessa imbricação, a falta de resposta é a própria resposta: deixando-se em aberto (daí a o conteúdo-que-se-fizer-necessário, sempre de forma ad hoc.⁸¹

Streck aduz, ainda, que essa característica gerou dois problemas: (i) panprincipiologismo, nome atribuído pelo Autor às decisões criativas do Direito

⁸¹ SITO. Santiago Artur Geber. **Discursos de Fundamentação e Discursos de Aplicação no direito**. Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 29.

contemporâneo, no qual por diversas vezes se inventa sentido às normas e as palavras positivadas, conforme necessário pela tese jurídica defendida, esse é o princípio otimizador ou “mandado de otimização” para se ponderar o que quiser da maneira que preferir:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável desses “princípios”, é transformada em discurso com pretensão de correções e, no limite ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno a “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de “densa principiologia” e “textura aberta”, tudo isso propicia um novo status ao velho non liquet. Isso, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa-normativo-vinculante” mas, sim, em um conjunto de enunciados criados ad hoc (e com funções ad hoc) que travestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do Direito – que teriam sido constitucionalizados – são incompatíveis com a constituição.⁸²

O segundo problema seria o que o autor denomina de “uso hipossuficiente do conceito de princípio”⁸³ que retira da sociedade de Direito suas conquistas políticas e históricas,

⁸² STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 538-539.

⁸³ Streck aponta o voto do Min. Fux, no julgamento da “lei ficha limpa”. Fora aplicada pela Ministro a presunção de inocência e se utilizando dos princípios da ponderação da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, e considerando a soberania popular. Ou seja, o ministro equiparou regra e princípio, negou a especificação conceitual do neoconstitucionalismo e considerou um princípio como uma regra em seu julgamento. Streck menciona esse fato: “no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF parece ter inaugurado uma forma nova desse fenômeno se manifestar. Com efeito, ao lado do uso inflacionado do conceito de princípio (por exemplo, o panprincipiologismo, é corretamente denunciado pelo ministro Tóffoli em vários votos, inclusive fazendo alusão ao meu verdade e consenso, op. Cit) o voto que até o momento foi apresentado nesse julgamento (Lei da “Ficha Limpa”) produz uma espécie de retratação que, mais do que representar uma contenção ao panprincipiologismo, manifesta-se como um subproduto desse fenômeno. Trata-se de uma espécie de “uso hipossuficiente” do conceito de princípio. Já não se sabe o que é mais grave: o panprincipiologismo ou a hipossuficiência principiológica. O que seria esse “uso hipossuficiente do conceito de princípio”? Explico: ao invés de nomear qualquer standart argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário passa a negar densidade normativa de princípio, aquilo que é, efetivamente, um princípio, verdadeiramente um princípio, anunciando-o como regra. Aliás, nega-se a qualidade de princípio àquilo que está nominado como princípio pela Constituição...! O que ocorreu, afinal? O julgamento em tela trata da adequação da Lei Complementar 115/2010 (chamada “lei da Ficha Limpa” à Constituição. Neste momento, não me preocupa tanto o mérito da ação, mas aquilo que é feito com a Teoria do Direito. Qual é a serventia da Teoria do Direito? Não se trata de uma questão cosmética. Pelo contrário, é da Teoria do Direito que se retiram as condições para construir bons argumentos e fundamentar adequadamente as decisões. Quero dizer: tem-se a discutir o que foi feito da Teoria do Direito nos últimos 50 anos, [...] A afirmação de que a presença de inocência é uma regra e não um princípio, é tão temerária que uniria dois autores que são completamente antagônicos, como Robert Alexy e Ronald Dworkin, na mesma trincheira de combate. Ou seja, ambos se uniriam para destruir tal afirmação. Isso porque a grande novidade das teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos foi demonstrar que, mais do que simples fatores de colmatação das lacunas (como ocorria nas posturas metodológicas derivadas do privatismo novecentista), eles são hoje, normas jurídicas vinculantes, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política. Tanto para Dworkin quanto para Alexy –

transcritas nos textos constitucionais, expondo o autoritarismo, seja pela vontade do poder ou até pelo argumento de autoridade, nesse problema o princípio não representa nada e pode ser minimizado como uma regra qualquer. O autor aponta essa característica ao criticar o voto do ministro Luiz Fux no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, no qual o ministro equiparou o princípio de presunção de inocência a regra e o aplicou, ao ver de Streck, de maneira leviana.

Garantismo – o neoconstitucionalismo presume que os direitos fundamentais de todos os cidadãos inseridos em uma sociedade serão atendidos por meio da estatização das tutelas pretendidas. Veja, o Estado Democrático de Direito está fundamentado na programação pública de democracia e também está amparado e responsabilizado pela realização e garantia dos direitos constitucionais. Nessa modalidade, o Estado não é um inimigo contra quem os cidadãos precisam impor seus direitos, mas sim um provedor do bem-estar e de direitos fundamentais e sociais, além de garantias constitucionais. Luigi Ferrajolli entende que:

Se tudo isso for verdade, o constitucionalismo não é apenas uma conquista e legado do passado, mas talvez o legado mais importante do nosso século. É também, e penso acima de tudo, um programa para o futuro, em duplo sentido. Em primeiro lugar, no sentido de que os direitos fundamentais incorporados pelas constituições devem ser garantidos e concretizados: o garantismo, neste aspecto, é a outra face do constitucionalismo, que visa estabelecer técnicas de garantia adequadas e assegurar o máximo grau eficácia dos direitos reconhecidos constitucionalmente. E também no sentido de que o paradigma da democracia constitucional ainda é um paradigma embrionário, que pode e deve ser ampliado em uma tríplice direção: antes de tudo, para a garantia de todos os direitos, não só dos direitos da liberdade, mas também da liberdade. direitos sociais; em segundo lugar, contra todos os poderes, não apenas contra os poderes públicos, mas também contra os poderes privados; terceiro, em todos os níveis, não apenas no direito estadual, mas também no direito internacional.⁸⁴

que, certamente, são os autores que mais representativamente se debruçaram sobre o problema do conceito de princípio – existe uma diferença entre a regra (que, evidentemente, também é norma) e os princípios. Só para lembrar: cada um dos autores (Alexy e Dworkin) construirá sua posição sob pressupostos metodológicos diferentes que os levarão, no mais das vezes, a identificar pontos distintos para realizar essa diferenciação. No caso do Alexy, sua distinção será estrutural, de natureza semântica: ao passo que Dworkin realiza uma distinção de natureza mais fenomenológica. De todo modo, tanto as posições de Dworkin quanto as de Alexy concordam que um dos fatores a diferenciar os princípios das regras diz respeito ao fato de que sua não-incidência (ou aplicação) em um determinado caso concreto não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro, cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento. As regras, por outro lado, se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros; exigência decorrente de um PRINCÍPIO, que é a igualdade de tratamento. Isso mesmo: a igualdade, que não é uma regra e, sim, um princípio). STRECK. Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. Consultor Jurídico, 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>. Acesso em: 01 out. 2019.

⁸⁴ FERRAJOLI. Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 35, tradução da autora. No original: “ Si todo esto es cierto, el constitucionalismo no sólo es una conquista y legado del pasado sino tal vez el f legado más importante de nuestro siglo. Es también, y creo que ante todo, un programa para el futuro, en doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y también en el sentido de que el

Judicialismo ético ou moralismo do Direito – A promulgação da Constituição Democrática de 1988 trouxe para o Brasil críticas vorazes ao “juiz boca da lei”. Aplicar a lei pura e simplesmente havia se tornado um ato desumano, em virtude das características ditatórias que o Brasil acabara de superar, pois a lei não garantia a aplicação correta da norma, o que gerava situações de imoralidade, e a sua legitimidade decaiu. Enquanto o neoconstitucionalismo traz para o direito a moral, até então negada pelo positivismo, para que esta influencie as instituições estatais. E, com isso, houve a transformação do direito por meio da moral para atender os anseios de transformação da sociedade. Torna-se importante a diferenciação entre deslocamento de tensão em direção do Poder Judiciário e protagonismo judicial.

Para Streck, o deslocamento de tensão em direção ao Poder Judiciário se trata de fenômeno relativo às desigualdades sociais, que, nos países de modernidade tardia, inexoravelmente, conduzem os anseios não satisfeitos ao Judiciário, que passam a operar como balizadores dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição, mas com aplicabilidade fática dos mesmos⁸⁵. Enquanto o protagonismo judicial, que também pode ser visto como “protagonismo processual do juiz”, conforme aduz Motta, trabalha questões vivas do direito processual e se preocupa em demonstrar que o juiz não pode estar “solista” no processo, ou seja, não pode conduzir o processo com base no seu ponto de vista e o que entende de moral, o dever do juiz é trabalhar em equipe com os demais juízes do presente e do passado, constituindo-se, principalmente, em um trabalho construído em conjunto, com os participantes e argumentos trazidos ao processo particularmente considerado, sem isso não é capaz de assegurar jurisdição democrática. Dessa forma, o juiz não pode operar com regras prontas e acabadas e também não pode aplicar qualquer uma delas isoladamente: deve-se ter uma visão da Constituição, o que dela decorre, como um todo, íntegro e coerente, “nesta tarefa, a doutrina (e os precedentes, se forem adequadamente compreendidos, e vistos como corretos) o socorrerá.”⁸⁶

Interpretativismo moral-constitucional - essa característica permite ao intérprete não se tornar solipsista, vez que as teorias do Direito existentes buscam no seio do Constitucionalismo

paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser expantendido en una triple dirección: ante todo, hacíala garantía de todo los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook.

⁸⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 41.

Contemporâneo controlar a subjetividade na aplicação e interpretação do direito, haja vista que anteriormente a existência da moral no direito era negada e inadmitida. Nesse contexto, ela assume a instrumentalidade dos preceitos inseridos na Constituição e passa a balizar os caminhos de quem aplica/interpreta a lei, “múltiplas teorias que pretendem justificar o conhecimento buscam superar o sujeito do esquema sujeito-objeto, eliminando-o ou substituindo-o por estruturas comunicacionais, redes ou sistemas”⁸⁷

As próximas características são positivismo e pós-positivismo e serão tratadas em tópicos próprios.

2.4 POSITIVISMO JURÍDICO *VERSUS* ESTADO DE DIREITO

Lenio Streck aduz que:

Por positivismo ideológico poderíamos nomear aquelas posturas que defendem a tese de que o Direito positivo possui força obrigatória, devendo ser por todos obedecido e aplicados pelos juízes, independentemente de um “julgamento” acerca dos escrúpulos morais que o envolvem. Vale dizer, deve ser observado ou aplicado pelo simples fato de ser Direito, sendo indiferente o seu conteúdo.⁸⁸

O constitucionalismo foi estabelecido a partir do positivismo, sua função era de ordenar as organizações e poderes dos Estados, sob a influência do pensamento de Montesquieu, obedecendo a uma ordem hierárquica, ficando a Constituição como a base normativa mais elevada da pirâmide.

Ronald Dworkin ensina que:

O sistema positivista é formado unicamente por regras, que respeitam o processo de aplicação binário do tudo ou nada. Ou seja, ou a norma é válida ou inválida ou aplicável ou não ao caso concreto⁸⁹

O sistema binário delimita a hermenêutica a especificações gerais de inclusão da lei ao caso concreto. Tal situação retrata a temática da ideia liberal clássica, na qual as regras, legais ou constitucionais, procuravam equilibrar menor interferência nas liberdades individuais.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p 171.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Cumpra esclarecer que nesse período o Estado era *absenteísta*, ou seja, não cumpria suas funções.

Desta forma, a análise jurídica no sistema positivista é determinada e axiologicamente neutra, assimilando apenas juízos de legalidade e não de valor. O seu processo é automático, motivo pelo qual a análise da lei e da Constituição são efetuadas de forma idêntica, ou seja, restritas aos princípios da interpretação jurídica consagrada.

Bobbio relata que o positivismo jurídico nasceu do esforço de transformar o Direito em uma ciência exata, com as mesmas características da matemática-física, natural e social, vez que a característica principal da ciência é sua valoratividade. Aduz-se, ainda, as divergências entre dois tipos de juízo, o de fato e de valor. O juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, ou seja, sua finalidade é informar, enquanto o juízo de valor é a tomada de posição frente a realidade. Sob esse aspecto, não se verifica a informação sobre a realidade e sim reação frente a realidade. Esse tem o condão de influenciar o outro com sua opinião e o fazer seguir algumas prescrições, “(Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: “o céu é rubro”, formula um juízo de fato; se eu digo “este céu rubro é belo”, formula um juízo de valor)”⁹⁰

O positivismo jurídico analisa o Direito como ele é, e não como deveria ser, analisando o Direito como fato e não como valor, devendo-se descartar qualquer senso de bom, mau, justo e injusto, etc. No positivismo, se aplica o Direito sem se perguntar ou analisar o Direito ideal (natural), ou seja, se haveria alguma outra norma que pudesse atender melhor a situação *sub judice*, sem analisar sua validade ou sobreposição ao Direito ideal. “O romanista, por exemplo, considerará Direito romano o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre Direito “justo” ou “verdadeiro” e “Direito injusto” ou “aparente”. Assim, a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa.”⁹¹

Esse é um ponto de conflito entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, este sustenta que deve fazer parte do estudo real também a sua valoração com base no direito ideal. Importante distinguir os conceitos de valoração de validade do Direito e de valor do Direito: a validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, reconhecer a validade de uma norma significa reconhecer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico de determinada sociedade. Enquanto o valor de norma indica a qualidade de tal norma e que esta corresponde

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Ícone, 1995, p. 35.

⁹¹ BOBBIO, loc. Cit.

ao Direito ideal, entendida como síntese de todos os valores fundamentais nos quais o Direito deve se inspirar.

A razão desta posição é clara: a distinção entre juízo de validade e de juízo de valor e não somente um caso particular (referente ao Direito) da distinção entre juízo de fato e juízo de valor. (A proposição: “este direito é válido” tende, com efeito, somente a dar uma informação que pode servir aos cidadãos, aos juízes etc; a proposição: “este direito é justo ou é injusto” tende, ao contrário, a influir sobre o comportamento dos cidadãos- fazendo com que obedeçam ou, respectivamente, desobedeçam ao Direito.)⁹²

Bobbio aduz, ainda, que o contrário de validade é a invalidade e o contrário de valor (ou justiça) é desvalor (ou injustiça), estes não podem ser superpostos, pois representam dois pares de juízos distintos sobre direitos formulados com base em critérios independentes.

2.5 PÓS-POSITIVISMO

O positivismo não foi bem sucedido, pois conseguiu apenas limitar, pontualmente, o poder do Estado. No absolutismo, a autoridade era dada pela vontade dos soberanos, no Estado de Direito, o poder era executado pela lei, não sendo considerada a violação ou não dos valores humanos, visto que não havia limites para a lei na concepção positivista clássica. Logo, o pós-positivismo pode ser visto como um avanço para além do positivismo.

O insucesso do positivismo só foi admitido após o Holocausto, momento em que a reflexão jurídica começou a se preocupar com a restrição do poder estatal pelo implemento dos direitos humanos ou fundamentais. As Constituições antecedentes à Segunda Guerra Mundial já estabeleciam direitos fundamentais e regimento de caráter econômico e social. No entanto, devido ao padrão positivista, os direitos fundamentais eram considerados insignificantes, enquanto não fosse criada lei que os colocassem em vigor.

Nesse momento surgiu o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, que contrapõe a ideia positivista, pois busca fixar os direitos humanos com o intuito de evitar a crueldade vista no período antecessor, com constituições voltadas à efetivação dos direitos fundamentais. Exemplo disso é a Constituição Italiana de 1947 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949, que criaram cortes de justiça envolvidas com os direitos fundamentais dos indivíduos.

⁹² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Ícone, 1995, p. 35.

O pós-positivismo tenta firmar bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente. Dworkin foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. É ele que, ao iniciar o capítulo sobre a diferenciação entre regras e princípios, demonstra de pronto sua posição antipositivista ao afirmar: “quero lançar um ataque geral contra o positivismo”⁹³. Tempos depois, em 1979, Robert Alexy formula sua teoria dos direitos fundamentais, também em uma visão não-positivista.

Para Barroso, o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”⁹⁴.

André Rufino do Vale⁹⁵ chega a duas conclusões: (a) a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo ou do jusnaturalismo, tampouco do realismo jurídico; e (b) aspectos diferentes de cada uma das teorias são imprescindíveis para poder compreender as normas jusfundamentais no fenômeno constitucional contemporâneo. Assim, conclui o autor que “a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria ao mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas”

Os principais elementos do pós-positivismo são: (a) a abertura valorativa do sistema jurídico da Constituição; (b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; (c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e (d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.

Conforme ensinamentos de Luís Roberto Barroso, em razão dos trabalhos dessas cortes, mais especificamente da alemã, é que se deu início a elaboração doutrinária e jurisprudencial, na qual a Constituição passou a ser o instrumento ditador de direitos, não mais sendo necessária a existência de uma lei para reconhecer o Direito:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de

⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49., jan., 2007, p. 22.

⁹⁵ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009, p. 33.

ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais⁹⁶.

Essas transformações trouxeram alterações em termos hermenêuticos, uma vez que o Estado liberal, controlado pelo princípio da legalidade, não dá brechas para entendimentos variados, enquanto com o Estado Social, impõe maior empenho interpretativo para a execução constitucional.

Assim, é permitido ao juiz concretizar os direitos assegurados na Constituição, mesmo que contra a vontade da lei, pois a Constituição é soberana.

Resumidamente, essa é a temática do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, a reorganização do sistema jurídico, estando a Constituição no centro, transmitindo a todas as áreas a sua determinação. No neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais ganharam notoriedade e seu reconhecimento prescinde de normatização infraconstitucional.

Em um entendimento mais amplo, com o pós-positivismo existe a instituição do Estado Democrático, sendo seu objetivo a concretização do princípio democrático, o respeito às minorias. Dessa forma, não existe a possibilidade de acontecer a crueldade que ocorreu sob o apoio do Estado de Direito, pois o poder se tornou lícito por todos os pontos de vista.

Por fim, conclui-se que o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo é procedimento, visto que determina a relação da Moral com o Direito. Tal determinação é realizada pelos princípios constitucionais, mais especificamente nos que tratam sobre direitos fundamentais. Assim sendo, a compreensão nesse novo cenário faz com que a apuração estimatória dos elementos fáticos seja extensiva, fazendo com que sejam garantidos e promovidos os direitos fundamentais.

Entretanto, qual o limite saudável de promoção dos direitos fundamentais? Até que ponto a Constituição vigente está segura? Ou seja, até que ponto deve-se aplicar princípios e valores em detrimento das normas postas e válidas do direito, sob a argumentação de novas interpretações da constituição? Os métodos de interpretação e a discricionariedade dos aplicadores do direito podem ultrapassar as normas postas? O próximo tópico busca esclarecer tais questões.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49., jan., 2007.

2.6 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

É necessário abordar as diferenças entre judicialização da política e ativismo judicial, especialmente porque em diversos momentos as nomenclaturas se entrelaçam e dificultam a compreensão, ademais, é certo que ambos os conceitos contextualizam a atual situação do Poder Judiciário brasileiro.

Em primeiro plano, é necessário observar a interação entre Direito, Política e Judiciário, notando-se que as diferentes áreas se interpenetram e, em que pese isso ocorra, não está vinculada a um ativismo. Tal observação é de suma importância, pois a articulação de Direito e Política são faces da mesma moeda e as expressões ativismo judicial e judicialização da política confundem o entendimento das pessoas. As fronteiras desses institutos não são de absoluta rigidez e, portanto, trata-se de fronteiras fluidas vez que ora o agente é a Política e ora o Judiciário.

Segundo os critérios adotados pela Constituição de 1988, o Judiciário Brasileiro tem *status* de Poder do Estado não se limitando a somente dizer o direito, pois possui competência para agir juridicamente controlando a constitucionalidade das normas e arbitrando soluções para os conflitos do Estado.

Dessa forma, não se pode olvidar que o Judiciário deve exercer um papel ativo na sociedade e nisso consiste a judicialização como um reflexo da redemocratização do país. Para Luís Roberto Barroso: “A judicialização envolve uma transferência de poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação.”⁹⁷

Para Barroso, a definição do sentido da palavra ativismo corresponde ao movimento da judicialização em uma visão liberal-progressista, haja vista que são várias as causas desse fenômeno - ativismo e judicialização - e decorrem da multiplicidade de fatores que conduzem ao papel de proeminência institucional das cortes constitucionais⁹⁸. O autor resume, ainda, o ativismo como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.”⁹⁹

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, **CONJUR**, 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020, p. 71-91.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 71-91.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 71-91.

Clarissa Tassinari o define “como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.”¹⁰⁰

Em que pese o Estado Democrático de Direito atribua a seus Poderes as competências e delegações de cada um, surgem diversos apontamentos contra o “poder ativista” que age em aparente excesso criativo e inapropriado, seguindo as mesmas diretrizes e programas de desenvolvimento e inclusão de competência dos Poderes Políticos, os quais, por diversas razões, não foram cumpridos. Por falta de desempenho eficaz de suas funções acabam por transferir ao outro poder o dever de realizar citadas funções.

Os tribunais precisam se adequar ao ambiente em que estão inseridos, inclusive às políticas existentes e de acordo com essa realidade os julgamentos são direcionados. Isso faz com que os juízes abdicuem de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política de diálogo com a sociedade e visando a defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático de Direito. Franco descreve com precisão esse novo comportamento do Judiciário:

Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, auto-suficiente e corporativo, E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que a sua legitimação não se apoia na vontade ou nas leis do mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável¹⁰¹.

Para Vanice Lírio do Valle¹⁰², após a Segunda Guerra Mundial, foi necessária a criação de constituições para resguardar e regular todo um contexto político e isso acabou por impulsionar a participação do Estado na Sociedade, abrindo espaço para a jurisdição ante a inércia dos demais poderes. Esse movimento é chamado por Luiz Werneck Vianna¹⁰³ de publicização da esfera privada, remodelando a existência de novos direitos e o Estado, ou seja, tornou o Judiciário sensível as transformações sociais.

¹⁰⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. *In*: MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampedro (org.). **La Administración de Justicia en los albores del tercer milênio**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 99.

¹⁰² VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.) **Ativismo Jurisdicional do Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

¹⁰³ VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel p. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Reavan, 1999, p.15.

Conforme Lenio Streck afirma: “[...] a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado. Pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivos e Legislativos em direção a justiça constitucional”¹⁰⁴.

Após análise dos conceitos relatados, nota-se que a cultura judicante advém da judicialização da política e o ativismo judicial não tem o condão de aumentar as demandas. Ante a inércia, conflito ou até mesmo impossibilidade dos demais poderes agirem, estes recorrem ao Judiciário para fazer valer os seus direitos e prerrogativas.

É do conhecimento de todos que a Segunda Guerra produziu atrocidades enquanto perduraram os regimes totalitários. Em certo momento, chegou-se à conclusão de que era necessário romper com o regime jurídico existente e a estrutura institucional da época.

Após o término da Segunda Guerra Mundial os “Direitos Humanos” foram colocados em pauta no cenário jurídico e a partir de então, como marco histórico dos Direitos Humanos, em 24 de outubro de 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas. A partir daí diversos marcos para os direitos humanos foram alcançados como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1953), o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto Sam José da Costa Rica).

Todos esses feitos foram reflexos das mudanças internas que ocorriam nos países, ou seja, as constituições dos países democráticos positivaram como direitos fundamentais os princípios e valores reconhecidos pela ordem externa¹⁰⁵.

Para Guilherme Amorim Campos da Silva:

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como limitações impostas pela soberania popular aos órgãos que dependem do Estado, aduzindo, em especial, que o Poder Legislativo (bastiat) tem com a crise de legalidade e com a superação do modelo da separação dos Poderes, de Montesquieu.¹⁰⁶

Dessa forma, vislumbra-se que o fim da Segunda Guerra Mundial motivou a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito, tendo como normas fundamentais a garantia aos direitos fundamentais e constitucionalmente assegurados.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 589.

¹⁰⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para além do garantismo processual: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. 2011. 206 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2011, p. 19.

¹⁰⁶ SILVA, Guilherme Amorim Campos. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 27.

Canotilho¹⁰⁷ denota que o Estado Constitucional deve ser um Estado democrático de direito que seria identificado por duas qualidades: o Estado de Direito e o Estado democrático, no qual o poder estatal deve organizar-se em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos, ou seja, baseia-se no princípio da legalidade para que se considerasse direito somente o que fora elaborado pelo órgão competente, enquanto o estado Constitucional de Direito seria caracterizado pelo ordenamento jurídico de constituição rígida com hierarquia superior das normas constitucionais e sujeito à coerência com os significados destas introduzidos ao princípio da legalidade estrita, que diferencia a existência e validade das normas.

Sendo assim, o Estado Constitucional de Direito trouxe uma mutação da democracia, pois deixou de identificar-se somente com o sufrágio universal para adquirir uma dimensão constitucional de determinação jurídica.

É possível afirmar que a judicialização da política é a consequência do que ocorre na contemporaneidade de uma sociedade, pois trata-se do resultado da potencialidade concedida ao Judiciário pela Constituição, buscando efetivar os direitos individuais, em especial das minorias e menos favorecidos, objetivando os princípios de uma democracia.

Pode-se dizer que a judicialização da política é uma questão social e gera diversas demandas que desaguam no Judiciário, independentemente de sua vontade. Os fatores que a originam são alheios aos preceitos do Judiciário e a vontade deste não importa para sua criação, vez que essas surgem pela ineficiência do Estado. Dessa forma, verifica-se que a diminuição da litigiosidade não depende de medidas adotadas pelo Judiciário, mas sim da efetivação de deveres pelos demais poderes.

2.6.1 Ativismo judicial

A constituição de 1988 se tornou deveras abrangente e decorreu de “uma ampliação do papel político-institucional do STF”¹⁰⁸, somando a isso tem-se a judicialização da política, então, fora possível vislumbrar o entrelaçamento de Direito e Política na prática. No Brasil, o ativismo judicial se fortaleceu, por ter se tornado a solução necessária para efetivação de direitos fundamentais ante a possibilidade de discricionariedade do julgador.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 93-98.

¹⁰⁸ VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista de Direito GC**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez., 2008.

Para José Renato Nalini, ativismo judicial é o nome que se dá quando o juiz exercer funções aquém de suas competências/atribuições, seja por atuar como legislador negativo ou até mesmo por implantar políticas públicas ante a inércia dos demais poderes. É “o protagonismo do juiz brasileiro, [...] do modelo da Constituição analítica, abrangente, dirigente e principiológica, tudo agravado pela situação de miséria da população”¹⁰⁹.

O ativismo relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial, pois a interpretação ocorre de maneira expansiva e consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

As vantagens reconhecidas do ativismo judicial são a) a proteção contramajoritária, quando o Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-los no Parlamento; e b) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais. Enquanto as desvantagens mais apontadas são: a) a ausência de legitimidade democrática dos juízes (não são eleitos), impossibilitando-se avaliar a vontade do povo; b) o risco sério e agudo de politização judicial e c) a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário.

Aqui, não se fala mais no juiz como boca da lei, o qual apenas pronuncia o que já foi decidido por outros poderes, pois nesse ponto o juiz pode interpretar a lei e aplicá-la de maneira cabível ao seu ver.

Para Adolfo Alvarado Velloso, o juiz tem a possibilidade de interpretar a lei antes de aplicá-la e aduz que interpreta-se o que não foi compreendido. Aceita a possibilidade de aplicação de um texto sem a sua interpretação, ou seja, interpreta e depois aplica:

[...] o juiz é sempre a norma: ora aplicando a lei abstrata em termos concretos, ora sem interpretação de seu texto, ora integrando a norma abstrata por meio da emissão de uma norma concreta; ora criando a norma concreta na ausência de norma abstrata.¹¹⁰

Todo compreender pressupõe um interpretar. Segundo Gadamer, sua maior contribuição foi desenvolver a arte de interpretar, o que concebe à hermenêutica o poder de evitar os mal-entendidos.

¹⁰⁹ NALINI, José Renato. MARTINS, Ives Gandra da Silva; NALINI, José Renato. A Judicialização da vida e o consequentialismo. In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequentialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 35.

¹¹⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La Terminación del proceso: La sentencia judicial**. Las costas: Editora Astrea, 2014, p. 84, tradução da autora. No original: [...] el juez siempre norma: ora aplicando em concreto la ley abstracta, com a sin inpretación de su texto, ora integrando la norma abstracta mediante la emisión de uma norma concreta; ora creando la norma concreta en caso de inexistencia de norma abstracta.

Ocorre que no Brasil a liberdade de interpretação tem limitado a atividade decisória, pois o termo ativismo tem sido utilizado para legitimar algumas decisões não tão acertadas assim, que poderiam ser classificadas como ilegais ou até mesmo inconstitucionais, tendo por base valores consequencialistas.

O viés consequencialista preocupa-se com as consequências práticas das decisões judiciais. A atenção da decisão judicial volta-se para o problema prático da decisão. De acordo com Dworkin, os argumentos pragmáticos orientam-se para as consequências futuras da decisão sem levar em consideração as práticas do passado.

Para Gabriel Chalita, os julgadores devem empregar a interpretação científica jurídica, sendo utilizada para resolver antinomias e, se necessário, produzir normas individuais, para se atingir, dessa forma, um grau máximo de segurança jurídica:

A distinção remonta à discussão inicial sobre a interpretação autêntica, tendo em vista, que nessa proposta teórica apenas a interpretação feita pelo órgão julgador cria Direito, responsável por resolver antinomias e, se necessário, produzir norma individual fora da moldura que a lei a aplicar determina. Daí, aliás, a noção de jurisprudência, que permite a aplicação do direito novo individual a casos idênticos quando, a sentença que a produz, transitada em julgado, se torna um precedente. [...] as palavras da lei são plurívocas e, por isso, a missão de interpretação “científica” é mostrar o caminho para que a formulação das leis seja o mais inequívoco possível, de modo a se chegar a um grau máximo de segurança jurídica¹¹¹.

Para Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial se dá por 3 questões distintas: o controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito. Para o autor, o ativismo judicial busca legitimidade do controle de constitucionalidade que ocorre por uma via externa – axiologicamente. Ainda em sua obra, o autor levanta o questionamento acerca de qual modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria o mais adequado para se implantar uma democracia.

Não se pode ignorar que Direito e Política são faces da mesma moeda, bem como a existência do ativismo judicial ser mais comum no ordenamento jurídico brasileiro do que pode imaginar. Os princípios basilares do ativismo judicial surgiram nos países com sistema *Common Law*. Nesse sistema é possível decidir e argumentar legislativamente, sendo consequência da própria separação de poderes, ainda que possam surgir inseguranças jurídicas por conta das decisões discricionárias e ativistas.

¹¹¹ NALINI, José Renato. MARTINS, Ives Gandra da Silva; NALINI, José Renato. A Judicialização da vida e o consequencialismo. In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p.10.

A Constituição de 1988 está repleta de direitos e garantias fundamentais e sociais, enquanto o modelo anterior era baseado no direito privado dos sistemas francês-gêrmanico que carregavam ideias liberais-individualistas. O texto constitucional anterior ignorava os direitos fundamentais de segunda e terceira geração.

O ativismo judicial é fascínio de muitos e defendido por tantos autores de grande renome nacional como Ada Pellegrine Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, entre outros. Com isso, o Judiciário tem se movido para atender valores sociais e concretizar o texto constitucional, adentrando em searas estranhas à sua competência, seja por lacunas legislativas ou até mesmo por provocação dos outros órgãos.

O ativismo pode ser visto como algo que fragiliza o Estado Democrático de Direito e afronta a autonomia do direito. O ativismo teve início nos Estados Unidos, país que possui sistema no qual os precedentes são a principal fonte do direito e a atuação jurisdicional é a própria criação do direito¹¹². Isso porque o texto constitucional americano é conciso, não havendo róis expositivos ou exemplificativos como o texto constitucional brasileiro. Dessa forma, os tribunais americanos devem tutelar qualquer direito não previsto, gerando, assim, decisões ativistas, criando leis e consagrando precedentes.

O tema clama por atenção da sociedade e Clarissa Tassinari aponta a grande dimensão do ativismo judicial pelos seguintes motivos: i) da atuação pelo *judicial review*; ii) como sinônimo de interferência do Judiciário nos demais poderes; iii) abertura da discricionariedade do ato decisório e iv) aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.

Tassinari repete o entendimento de Elival da Silva Ramos ao afirmar que o ativismo judicial constitui invasão na competência dos demais poderes nas esferas administrativas e de administração pública:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)¹¹³.

No Brasil, há diversos juristas que defendem o ativismo judicial e o entendem como uma resposta mais ativa do Judiciário às demandas que lhe são propostas, a fim de atingir os

¹¹² TRINDADE, André Karan. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. *In*: _____; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio (orgs). **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis***. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p.110.

¹¹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição, ainda que signifique maior interferência nos demais poderes¹¹⁴.

Referidos autores defendem que o ativismo judicial é bom para a democracia, pois é um antídoto forte e eficaz para os problemas sem solução apresentados, seja por inércia dos demais poderes ou por não haver previsão legal no texto constitucional ou nas normas infraconstitucionais.

Fato é que ativismo judicial e controle de constitucionalidade estão interligados. O controle de constitucionalidade está previsto pela Constituição de modo híbrido (difuso e concentrado) e não é viável questioná-lo. De modo que a possibilidade de revisão das decisões judiciais constitui o Estado Democrático de Direito. Não há que se questionar a importância da existência do Judiciário brasileiro, vez que isso fora superado com o advento da Constituição de 1988, que concedeu aos juízes e tribunais papel estratégico ao prever o controle de constitucionalidade a fim de evitar novos golpes, como o de 1937. Sendo assim, há de se reconhecer que o controle de constitucionalidade concretiza sua legitimidade quando alcança a Constituição¹¹⁵.

Mauro Cappelletti advertiu para os perigos que seriam inerentes a qualquer tentativa de introduzir o sistema difuso de controle de constitucionalidade em países de tradição jurídica ligada à família da *civil law*, nos quais não existe a doutrina do *stare decisis* ou da vinculação pelo precedente:

[...] a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método 'americano' de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros". Prosseguindo adiante com seu espanto diante dessa possibilidade, diz Cappelletti que "a consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado¹¹⁶.

Marcos Paulo Veríssimo advertiu, contudo, em sua obra intitulada *Ativismo Judicial* (à brasileira), quanto a necessidade de vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, isso porque, com na Constituição de 1988 foi retirada a discricionariedade da corte de escolher quais casos seriam julgados e, com isso, a Corte recebe toda a sorte de demandas

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto M.N. de Miranda. GRAGALLE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs). **Constituição e Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 279.

¹¹⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013, p. 23.

¹¹⁶ CAPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores. Editora SAFE. Porto Alegre. 1993. p. 77-78.

indistintamente. Ademais, a Corte decide diversas vezes, diferentes casos com o mesmo tema, gerando assim desperdício de tempo e de recursos judiciais valorosos:

O hibridismo de nosso sistema não atentou para essas advertências. Assim, se de um lado gerou um sistema especialmente aberto à participação de atores sociais na jurisdição constitucional, com conseqüente ampliação do papel político institucional do STF (Vieira, 2002), não permitiu, por outro, que esse tribunal pudesse exercer qualquer papel relevante de uniformização do direito no uso de sua competência recursal extraordinária ligada ao sistema de controle difuso. Isso, aliado à existência de uma constituição vasta e por vezes contraditória, gerou um ambiente em que a jurisdição constitucional tornou-se especialmente caracterizada por incertezas, processos contraditórios de aplicação e tratamentos por vezes desiguais de situações que deveriam merecer tratamento jurídico uniforme¹¹⁷.

Por outro lado, Rosenn analisou que a Constituição de 1988 tentou somar as vantagens dos sistemas *Common Law* e *Civil Law* de controle de constitucionalidade, o que criou “sérios problemas” ao Judiciário brasileiro. Segundo o autor, para que a prestação jurisdicional se torne eficaz, deveriam ser realizadas mudanças, dentre elas, o STF deveria escolher quais temas seriam acolhidos e julgados pela Corte:

O Brasil tem um sistema de controle de constitucionalidade extenso e complicado. Tem também uma Constituição enorme, carregada de direitos individuais específicos e de objetivos sociais e econômicos de longo alcance. Colocar direitos e objetivos por escrito, no entanto, mesmo em uma constituição nacional, não assegura seu respeito por aqueles encarregados de administrar as operações diárias do governo. Em virtude da existência no Brasil de um sistema judicial acessível, muitas dessas violações constitucionais estão nas secretarias dos tribunais esperando solução judicial. Como o Brasil tem apenas um sistema mínimo de vinculação por precedentes, as cortes decidem as mesmas questões constitucionais muitas vezes seguidas. Além de isso consumir recursos judiciais valiosos, isso produz interpretações conflitantes das disposições constitucionais.

Para Veríssimo, o ativismo judicial se resumiria em números, vez que para o referido autor o “processo de judicialização decorre de um judiciário ativista que não se restringe a realizar revisões cada vez mais amplas”¹¹⁸. A interpretação do texto de Veríssimo leva a crer que o ativismo judicial está imbricado ao controle de constitucionalidade previsto na Constituição de 1988. O autor atribui a isso a alta carga de volumes de demandas e aponta que a causa do ativismo judicial nasce dessas questões. Porém, Veríssimo entende que o ativismo judicial é um controle incidente sobre “as políticas de ação social do governo”.

¹¹⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial (à brasileira). *Revista GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440. jul/dez., 2008, p. 442.

¹¹⁸ VERÍSSIMO, *loc. Cit.*

Contudo, a questão em prisma não é controle de constitucionalidade e sim o papel político que o Judiciário incumbe em determinadas situações, assumindo posições de governo como no caso da Comarca de São Luís do Maranhão, em que um juiz de primeira instância, determinou *lockdown* da capital do Estado por 10 dias ante a iminência de propagação do coronavírus na cidade, tendo em vista a morosidade do Legislativo para decidir a questão, com a fundamentação de que há probabilidade do direito e risco da demora que justificam a concessão da tutela de urgência, uma vez que a saúde dos maranhenses corre risco. Ele apontou que, mesmo com as medidas de isolamento social estabelecidas pelo estado e pela capital, o coronavírus tem se propagado, e até o sistema privado de saúde já está quase no limite.

Esse cenário justifica a adoção do bloqueio total, destacou o julgador. Afinal:

Essa é a única medida possível e eficaz no cenário para contenção da proliferação da doença e para possibilitar que o sistema de saúde público e privado se reorganize, a fim de que se consiga destinar tratamento adequado aos doentes. [...] Do contrário, conforme se viu em outros lugares do mundo, viveremos um período de barbárie.

Contudo, o ativismo judicial não se dá por meio de controle de constitucionalidade das normas e atos da administração, mas sim da análise de qual forma essa revisão judicial é realizada.

O ponto centralizador da questão é: há problemas normativos a serem superados na Constituição Federal vigente? Há risco para segurança jurídica em face de tantas decisões diversas proferidas por força do ativismo judicial?

Ademais, o papel apropriado do Poder Judiciário pressupõe resolver conflitos políticos de caráter constitucional e por certo uma das partes sempre ficará insatisfeita e tal decisão será considerada ativismo judicial. Por tal razão, sempre deve-se considerar que o termo ativismo judicial encontra-se desgastado e encontra diversas conotações. Para este trabalho sempre será considerado ativismo judicial a atuação excessiva do Poder Judiciário, isto é, quando este adentra a outras esferas de poderes.

2.6.2. – Ativismo Judicial e Autocontenção

Como já demonstrado, o ativismo judicial contribui para destaque do Poder Judiciário, entretanto, em contrapartida existe o oposto chamado de autocontenção judicial, denominado por Barroso como “o oposto de ativismo judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir

sua interferência nas ações de outros Poderes”. Por isso, de acordo com o autor, os juízes e tribunais:

evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.¹¹⁹

A contraface do Ativismo Judicial pressupõe uma atuação limitada do julgador que envolve: a não aplicação da Constituição em situações sem previsão expressa; a adoção de critérios rigorosos para declaração de inconstitucionalidade; a não interferência em políticas públicas; e a deferência do legislador no caso de omissões legislativas. Nesse mesmo sentido, definindo o caráter oposto do ativismo judicial, Vitório assevera:

Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao Judicial activism, a qual é denominada self restraint (autorrestrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes pelo povo.¹²⁰

Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto, em artigo intitulado “Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade” entendem que:

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e freqüentes na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (self-restraint) do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos. Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a “regra do caso duvidoso”. Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: in dubio pro legislatore.¹²¹

Os autores defendem que, em se tratando de controle de constitucionalidade, é necessário conceber ao Poder Judiciário tão somente o controle judicial de forma plural e em reciprocidade com outros poderes, mas não uma supremacia judicial no sentido de que caberia

¹¹⁹ Barroso. Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.p.7

¹²⁰ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.p.76

¹²¹ LUNARDI, S., DIMOULIS, D. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade In: As novas faces do ativismo judicial Salvador : Juspodium, 2011.p.468

exclusivamente aos Tribunais, em especial ao STF, proferir a “última palavra” em controle de constitucionalidade:

(...) é muito difundida a opinião que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O Supremo Tribunal Federal se considera “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis”. Entende que sua função “de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102 ‘caput’), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”. E com uma formulação mais simples: “Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último”. A tese da “última palavra” é adotada por alguns autores como forma de ordenação e pacificação definitiva das relações jurídicas, propiciando segurança jurídica.¹²²

Entretanto, pelos mesmos autores é apresentado o risco a democracia com a possibilidade de um ente autoritário e majoritário entre os poderes, defendendo que não existe supremacia judicial e não se deve falar em governo de juízes ante a ilegitimidade democrática dos mesmos:

Outros juristas indicam o risco de violação do princípio democrático, caso os julgadores se sobreponham às autoridades legitimadas pelo voto popular, despolitizando o direito público e transformando a democracia representativa em “governo de juízes” ou em “juristocracia”. Nos EUA, os críticos do controle judicial lamentam a confusão entre o exercício do controle judicial e a tese da “supremacia judicial”. Temos supremacia judicial quando o Judiciário reivindica não somente o exercício de suas competências, mas também o poder da última palavra (the final say). Ao fazer isso, o Judiciário não respeita as divergentes interpretações constitucionais dadas pelos demais poderes no legítimo exercício de suas competências, mas insiste que só ele pode enunciar a “lei suprema” mediante interpretação.¹²³

Importa ainda destacar que os autores defendem o equilíbrio e harmonia dos poderes para evitar que o judiciário seja enfraquecido por conflito de poderes, evitando-se assim que o Legislativo se valha de processos legislativos para anular ou reverter decisões judiciais que poderiam forçar o Judiciário a realizar o controle repressivo de constitucionalidade

Juridicamente, tal poder de última palavra inexistente no Brasil e em muitos outros países, onde o Legislador não é vinculado pelas declarações judiciais de inconstitucionalidade. E ainda que o legislador se submetesse a elas, como ocorre na Colômbia, seria sempre possível ele aprovar uma Emenda constitucional para reverter decisões do Judiciário. Também seria possível o Legislativo aprovar lei idêntica após certo prazo, na expectativa de que a mudança na composição da Corte e no contexto

¹²² LUNARDI, S., DIMOULIS, D. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade In: As novas faces do ativismo judicial Salvador : Juspodium, 2011.p467

¹²³ Ibidem

político modifique a orientação jurisprudencial. Isso gera riscos de insegurança e de instabilidade institucional, mas apresenta uma forte vantagem: afasta o autoritarismo que consistiria na criação de um Estado judicial (Jurisdiktionstaat) ou na supremacia plena do “Estado legislativo” (Gesetzgebungsstaat).¹²⁴

As divergências entre ativismo a autocontenção são incontestáveis, deve-se ter cautela para que não confundir ativismo judicial com supremacia judicial. Ademais, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro admite tanto controle judicial quanto legislativo, vislumbrando-se, portanto, certo contrapeso entre ativismo a autocontenção.

3 A FUNÇÃO DE JULGAR E O MODELO DEMOCRÁTICO

3.1 POR QUE A DEMOCRACIA?

Robert Dahl aponta em sua obra dez consequências que a democracia traz a uma nação: 1. Evita a tirania; 2. Direitos essenciais; 3. Liberdade geral; 4. Autodeterminação; 5. Autonomia moral; 6. Desenvolvimento humano; 7. Proteção dos interesses pessoais essenciais; 8. Igualdade política. Além disso, as democracias modernas apresentam: 9. A busca pela paz; 10. A prosperidade. Certo é que a democracia ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos¹²⁵.

O domínio autocrático é o perigo mais eminente na política. Em toda a história registrada e ainda nos dias de hoje se revelam líderes megalomaniacos, fanáticos, dentre outras características que causam prejuízo aos cidadãos. Pode-se analisar melhor, no caso de Josef Stalin, da União Soviética que, com medo de uma perseguição que não existia, matou mais de 20 milhões de pessoas, executadas ou por fome, e forçou outras tantas a trabalho escravo nos campos para evitar uma conspiração contra si.

Outro líder tirânico fora Adolf Hitler. Governante autocrata da Alemanha nazista, que sem contabilizar as mortes pela Segunda Guerra Mundial, fora diretamente responsável pela morte de mais de seis milhões de judeus nos campos de concentração, além de diversos opositores poloneses, homossexuais e membros de outros grupos que desejava exterminar.

Pode-se ainda questionar se a democracia não seria a tirania da maioria, contudo, Robert Dahl descreve que em qualquer sistema de governo, as pessoas serão obrigadas a cumprir leis, mas são privadas de participar do governo e entende que a solução para esse problema é

¹²⁴ LUNARDI, S., DIMOULIS, D. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade In: As novas faces do ativismo judicial Salvador : Juspodium, 2011.p.468

¹²⁵ DAHL. Robert A. **Sobre a democracia**. 2. reimp. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 58.

estender os direitos democráticos aos grupos excluídos. Ainda, quanto à suposição de que a democracia é a tirania da maioria, o autor explica que a resposta não é tão simples assim, pois toda lei ou política pública adotada por um ditador benevolente, por maioria democrática ou minoria oligárquica, tende a prejudicar de alguma forma algumas pessoas. Aponta, ainda, que a questão é saber se a longo prazo há probabilidade de um processo democrático prejudicar menos os direitos e os interesses fundamentais de seus cidadãos do que qualquer alternativa não democrática¹²⁶.

Outra vantagem da democracia é que ela garante direitos fundamentais aos seus cidadãos que outros sistemas não garantem e não podem garanti-los, pois a democracia é mais que um processo de governar e como os direitos são elementos fundamentais em uma democracia, esta também é inerente de uma série de direitos. Robert Dahl afirma que os direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de governo democrático.

A democracia garante aos seus cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla do que qualquer alternativa viável a ela, pois além dos direitos inerentes à democracia, os cidadãos gozam de ampla liberdade em todos os sentidos. Entretanto, não é possível imaginar um mundo sem nenhuma forma de governo, vez que as pessoas não respeitariam os direitos fundamentais umas das outras espontaneamente e não seria possível resolver conflitos de maneira pacífica pelos membros da sociedade em consenso unânime. Logo, a coerção de pessoas ou grupos seria inevitável, “se rejeitamos o anarquismo e pressupomos a necessidade de um estado, é claro que um estado com um governo democrático proporcionará uma amplitude maior de liberdade do que qualquer outra¹²⁷”.

A democracia é capaz, ainda, de proteger as pessoas dos próprios interesses fundamentais, pois o ser humano só está seguro dos próprios interesses enquanto restam forças para defendê-los de quem quer seja. Assim, só é possível proteger os seus direitos e interesses dos desmandos do governo e dos que o influenciam ou controlam, se puder participar plenamente na determinação da conduta do governo. A democracia garante a livre escolha dos cidadãos, o livre exercício da responsabilidade moral, o desenvolvimento humano mais pleno e igualdade política.

Fato de extrema importância é que as democracias contemporâneas não guerreiam umas com as outras, e esse dado se extrai de uma análise de que das 34 guerras ocorridas entre 1945 e 1989, nenhum país sob um governo democrático participou e, ainda, atualmente, nenhum país com governos representativos ou formas democráticas de governança cujos direitos civis foram

¹²⁶ *Ibidem*, p. 61.

¹²⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. 2. reimpr. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 65.

instituídos, lutaram entre si¹²⁸. Não existe explicação para tal fato, apenas pressupõe-se que as relações comerciais entre os países remetam à amizade entre eles, bem como o incentivo a conciliação. Ademais, os países democráticos são considerados mais confiáveis, bem como as alianças e parcerias internacionais para defesa de seus interesses e ataques de países não democráticos, promovem a paz.

Em suma, a democracia ajuda a proteger o governo de autocratas cruéis e perversos; garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não proporcionam nem podem proporcionar; assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação - ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha; somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral. A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política; os governos democráticos representativas não lutam uns contra os outros; os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que governos não democráticos.

3.2 DIFERENÇAS DE JULGAMENTO NOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O sistema jurídico pode ser definido como uma rede de normas legais interligadas baseadas em um princípio unificador, com objetivo de organizar e disciplinar a vida em sociedade.

Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando as antinomias em sentido *latu*, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciadas, expressa e implicitamente na constituição¹²⁹.

Há dois principais sistemas jurídicos que compõem e dividem a estrutura do direito no mundo contemporâneo: O sistema romano-germânico, denominado de *civil law*, no qual está inserido o sistema brasileiro, e o sistema *common law*, inglês.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 71.

¹²⁹ FREITAS. Joares. *A interpretação sistêmica do Direito*. 5. ed. rev. e comp. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 56.

No sistema *civil law*, as leis são criadas de maneira generalista e pré-definidas e aos juízes cabe apenas realizar a subsunção das leis aos casos concretos, cabendo ao Judiciário pequenas interpretações e eventuais controles de constitucionalidade. Esse modelo surgiu em Roma e se estabeleceu a partir do século XVI pela codificação do direito, sendo o marco inicial a Revolução Francesa, movimento que pretendia abolir o absolutismo monárquico.

Enquanto o *common law* teve origem na Inglaterra de forma não planejada, mas gradativa, de acordo com as alterações sociais e tendo como diretriz os costumes da região e o respeito e vinculação aos precedentes, alcançando-se segurança jurídica em casos análogos. Frise-se que nesse sistema não há total divisão de poderes e com isso o Legislativo e o Judiciário podem aplicar e criar a lei:

[...] nos sistemas de common law as decisões judiciais para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumem a condição de ato veiculador de normas jurídicas balizadoras de conduta e de novos atos de aplicação.¹³⁰

O ativismo judicial está presente em ambos os sistemas, com algumas diferenças de ordem funcional e estrutural. No *common law*, aparece criando e implementando direitos ou atuando de maneira restrita e passiva, se omitindo quando necessário, concretizando, assim, as premissas constitucionais.

Já no *civil law*, o ativismo se dá por atividade exacerbada, nos casos em que o Judiciário adentra em searas estranhas à sua competência constitucional. Cappelletti¹³¹ identifica e aproxima o fenômeno do ativismo judicial em ambos os sistemas e indica as semelhanças pela forma de controle da legitimidade ou validade constitucional das leis e aduz, ainda, que pelo ato de revisão, a justiça constitucional assume a responsabilidade de acompanhar o intenso movimento criado pelo Legislativo, o qual, sem a possibilidade de revisão, apresentaria riscos para sistemática constitucional.

Para Elival da Silva Ramos “o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva.”¹³² . Importante destacar que no sistema *civil law*, adotado pelo Brasil, há separação total dos Poderes, de modo que não é possível equiparar as funções jurisdicionais e do Legislativo, pois o mesmo tem funções e estruturas completamente diferentes.

Assevera Ramos que:

¹³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109.

¹³¹ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Editora SAFE, 1993. p. 53.

¹³² RAMOS, *loc. cit.*

Mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazio em linguagem do qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões o que fazem lançando mão da argumentação técnico-jurídico (escolha de método de interpretação adequado, integração por meio de princípios gerais de direito ou analogia, etc).¹³³

Ou seja, as decisões judiciais devem ser pautadas por limites expressos formais, conjunturais e substanciais, além de estarem cercadas de diretrizes formais e estruturais que abrangem interpretação e aplicação, fatores que serão analisados a seguir.

3.3 PROCESSO INTERPRETATIVO

Não se pode falar em definição de ativismo judicial sem antes entender que a Constituição posta é a premissa fundamental em que todo intérprete deve-se amparar, sob pena de não se validar o processo interpretativo e concretizador das normas nos casos sob análise. Portanto, antes de adentrar ao tema ativismo, deve-se entender os processos de interpretação/aplicação das normas e todo esse procedimento deve atender às premissas existentes na Constituição.

Caprice L. Roberts em sua obra “Em busca do ativismo judicial: Os perigos em quantificar a qualidade”¹³⁴, aduz que “o processo decisional inclui que o real ativismo judicial presume que há métodos próprios e impróprios nas tomadas de decisões¹³⁵”, dessa forma, o processo de interpretação da norma no âmbito do ativismo judicial deve levar em conta a existência de métodos próprios e impróprios de tomadas de decisões, observando sempre o tripé interpretação/aplicação/ fundamentação.

A técnica interpretativa não se confunde com o processo de criação de leis, pois conforme assevera Capelletti “O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”¹³⁶. Para este autor, o juiz deve desempenhar seu papel dessa maneira.

¹³³ RAMOS, *op. cit.* p. 98.

¹³⁴ Tradução da autora. No original: “*In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative*”.

¹³⁵ Tradução da autora. No original: “*to include the decisional process in the realm of activism presumes that there are proper and improper methods os decisions-making*”. ROBERTS, Caprice L. In *Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative*. **Tennessee Law Review**, v. 74, 2007, p. 600. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003542. Acesso em: 01 set. 2020.

¹³⁶ CAPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Editora SAFE, 1993. p.74.

Francisco Llorente aponta que a linha entre interpretação e criação é tênue e a nomeia de “susceptibilidade criativo-inovadora” apontando que um dos problemas da criação jurisprudencial do direito afronta os limites de atuação de cada órgão nos regimes democráticos, afetando a autonomia estatal. De uma ponta, o “centro de poder democrático” com a competência de criar normas gerais e inovar na legislação, enquanto na outra ponta há outro poder contramajoritário e objetivo destinado à análise de estrutura e validade das normas, ambos integrantes do sistema constitucional. Dessa forma, o problema se apresenta por razões teóricas sobre “divisão de poderes’ e “teoria de interpretações”¹³⁷.

Aduz Barroso que a liberdade criativa do juiz está fundamentada na Constituição e que ao aplicar a lei e a Constituição, apenas concretizam-se as decisões já elaboradas pelo Constituinte ou legislador. Dessa forma, o processo de absunção das leis aos casos concretos se dá por meio da interpretação, não de forma mecânica, até mesmo por que os juízes não são seres inanimados sem vontades, valores e princípios e, logo, seus posicionamentos refletem em suas decisões e como consequência e, quase de forma inevitável, trazem uma margem de liberdade criativa¹³⁸. O mesmo posicionamento é defendido por Capelletti ao afirmar que “[...] com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e, pois, de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana.”¹³⁹

Kelsen aduz que a vontade interpretativa do juiz não pode ser constringida, isso porque independentemente da técnica de interpretação que será escolhida, sendo que existem diversas possibilidades concebidas pela teoria do direito, pois não existe nenhum método objetivo e seguro que permita se declarar qual o mais adequado para prolação de uma decisão judicial, ou seja, a escolha das técnicas de interpretação a serem utilizadas na escolha interpretativa, depende de um ato de vontade do juiz.

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente nenhum método - capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como "correta" - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.¹⁴⁰

¹³⁷ LLORENTE, Francisco Rubio. La Jurisdiccion Constitucional como forma de creacion de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 22, año 8, enero/abril, p. 12-14, 1988.

¹³⁸ Barroso. Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 26 out. 2020.

¹³⁹ CAPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Editora SAFE, 1993, p. 48.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 391

Todo esforço empregado pela teoria do direito e a dogmática jurídica desde o século XIX, no que concerne à criação de uma teoria de interpretação jurídica capaz de conduzir com exatidão o processo de interpretação do direito positivo nem sempre é bem sucedido, vez que "todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado possível, nunca a um resultado que seja o único correto"¹⁴¹, isso porque os métodos não são capazes de fornecer uma resposta “correta” às interpretações, até mesmo porque não há respostas corretas, somente respostas possíveis.

Kelsen descarta técnicas altamente acatadas no raciocínio jurídico, como a analogia e o *argumentum a contrario*, geralmente considerados decisivos em casos de lacunas legislativas. Para o autor, esses argumentos são igualmente incapazes de produzir respostas corretas pelo fato de que "os dois conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quando deve ser empregado um e quando deve ser empregado o outro"¹⁴².

Assim, percebe-se que as expressões “consenso fundado”, “verdade consensual” e “universalidade” buscam ajuste do discurso interpretativo e aplicativo dos enunciados normativos, a fim de que essas e outras exposições teóricas do conjunto lógico-argumentativo resolvam as questões submetidas à análise.

Habermas elucidou sobre o “jogo de linguagem” e sobre a necessidade de uma unidade compreensiva como base para as normas submetidas a interpretação:

Após a virada linguística, todas as explicações partem do primado de uma linguagem comum. Assim como a autorrepresentação das vivências subjetivas a que o sujeito tem acesso privilegiado, a descrição de estados e eventos no mundo objetivo também é dependente do uso interpretativo de uma linguagem comum. Por isso, a expressão “intersubjetividade” não se refere mais ao resultado de uma convergência observada de pensamentos ou representações de diferentes pessoas, mas à comunhão prévia - pressuposta da perspectiva dos próprios participantes - de uma pré-compreensão linguística ou de um horizonte do mundo devido no interior do qual os membros de uma comunidade linguística se encontram antes mesmo de se entender sobre algo do mundo.¹⁴³

A hermenêutica clássica concebe interpretações distintas para a Constituição e as demais normas infraconstitucionais. Lenio Streck, porém, não concorda com essa metodologia, por entender que não deve haver objetificação da Constituição, vez que não existe hermenêutica

¹⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 392.

¹⁴² KELSEN, *loc. cit.*

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Ensaios Filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 240.

constitucional e hermenêutica infraconstitucional. Aduz, ainda, que não há reviravolta linguística quando a filosofia descobriu ser impossível chegar diretamente aos objetos.

Deve-se observar que na hermenêutica jurídica clássica, a interpretação é pelo meio sujeito-objeto, no qual se pressupõe que o conjunto normativo (objeto) é despido de qualquer sentido e irá receber compreensão subjetiva, após a análise passiva do sujeito. Para, no entanto, aprender e compreender o sujeito, deve-se observar métodos de compreensão de texto para hermenêutica clássica, quais sejam: (a) pretensão de totalidade de apreensão de sentidos do texto; (b) métodos de objetividade do sentido textual elencados pelo autor (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico) - esses métodos asseveram que as interpretações devem ser “*ratio legis*” ou “*intentio legis*”, para entender a finalidade e a intenção da norma editada.

Não obstante, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aduz em seu artigo 5º, que em atendimento ao bem comum e aos fins sociais, o juiz deve aplicar a lei. Desse texto se extrai que primeiro há a interpretação para depois se analisar o sentido do texto e, posteriormente, realizar a aplicação da norma ao caso concreto.

Nesse sentido, a teoria de Streck aduz que o giro ontológico-linguístico vai além de um problema de linguagem e desloca a questão ontológica para um plano concreto e fático, concepção essa deixada por Heidegger para a filosofia em hermenêutica filosófica. Ou seja, o giro ontológico supera a ontologia da coisa pela ontologia da compreensão a partir do deslocamento do sujeito para o interior da problemática ontológica.

Hans-Georg Gadamer viveu durante o século XX (1900-2002) e se dedicou a demonstrar a arte da hermenêutica, propondo o modelo de hermenêutica filosófica. Esse autor criticou a crença na racionalidade e acreditou que o método é a forma de se chegar à verdade. Defendeu a reação iluminista à tradição e aos preconceitos, defendendo que a compreensão dos juízos já está incorporada historicamente aos intérpretes, jamais separando sujeito e objeto, e sempre inserida na moralidade e tradição.

Gadamer, ao elaborar a teoria da interpretação, aduz que o interprete tem uma visão preliminar do texto em sentido amplo, o que o leva a uma compreensão inaugural, sendo esse o primeiro passo para a concretização da interpretação.

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que

obviamente, tem constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.¹⁴⁴

O autor adverte para as consequências naturais desse entendimento preliminar, alertando sobre os riscos de interpretações antagônicas e subjetivistas por parte do intérprete, de modo que a racionalidade interpretativa deve-se pautar nos distanciamentos dos pré-conceitos, juízos, devendo focar no esgotamento linguístico da norma/objeto interpretado. A aplicação desse método é de suma importância para interpretação da norma, afastando objeções irreais e desnecessárias.

Deve-se ainda preservar as características dos procedimentos interpretativos a fim de assegurar a correta interpretação/aplicação da norma:

Uma compreensão guiada por uma consciência metódica (histórico-hermenêutica) procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas¹⁴⁵.

Tanto Heidegger quanto Gadamer traziam à tona a preocupação que tinham com a arbitrariedade na compreensão. Gadamer assevera que “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”, ou seja, a coisa antecipa seu sentido.¹⁴⁶

Ademais, nacionalmente é muito utilizada a visão originalista/conservadora presente na teoria de Savigny, fundamentada no uso da “interpretação histórica”. Isso fica evidente nos trabalhos que demonstram os movimentos “pós-positivismo” ou “pós-modernismo”, vez que esses tendem a manter em relevância a análise histórica dos textos, as circunstâncias normativas e a teleologia que inspiraram a produção legislativa.

Pode-se observar que as querelas sociais atuais são resolvidas mediante normas produzidas anteriormente, portanto, analisar a projeção futura de cada norma para resolução

¹⁴⁴ GADAMER. Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 402.

¹⁴⁵ GADAMER. Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 406.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 355. “Esse deixar determinar pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão heróica, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente a tarefa primeira, constante e última. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os seus desvios o que se vê constantemente submetido intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem.” Cumpre esclarecer que na filosofia gadameriana a coisa mesma, não é a coisa em si, vez que em toda compreensão há antecipação de sentidos, ou seja, uma pré compreensão, sendo assim eventuais prejuízos ilegítimos só se retificarão quando confrontados com outra antecipação de sentido sobre a mesma coisa.

dos casos concretos depende de análise pretérita do histórico social para determinar as extensões e eficácia dos efeitos e variantes de cada norma, a fim de validar as decisões e evitar produção ineficiente de novas normas e julgamentos.

Gadamer assegura “está é a clara exigência da hermenêutica: compreender o que diz um texto a partir da situação concreta na qual foi produzido.”¹⁴⁷

Fundamental analisar e considerar todas as posições doutrinárias para melhor delinear os passos do intérprete/jurista para que se defina da melhor forma as atividades desempenhadas, pois, como já dito anteriormente, a função de interpretar pode se aproximar e, muitas vezes se confundir, com a função de criar.

Gadamer também não desconsidera a posição pessoal do intérprete, pois ao seu ver seria desarrazoado imaginar qualquer particularidade do intérprete para o resultado da norma.

Na senda de doutrinadores que abordam a temática, Jaspers encerra o tema afirmando que “sempre que interpretamos e compreendemos coisas que encerram significados, estamos a mover-nos no domínio da liberdade. Ela se manifesta através das coisas por nós compreendidas.”¹⁴⁸. Ressalta, ainda, que quando se promove um ato de compreensão de um significado não é possível admitir ou isolar um juízo próprio do intérprete.

Para Dworkin não compete ao juiz refletir apenas suas opiniões sobre justiça, equidade, e demais valores envolvidos ao realizar a interpretação de uma norma, mas também deve-se considerar suas convicções ao analisar os casos *sub judice*.

Contudo, deve-se sempre considerar que, ao analisar as normas, sempre que possível, se suspenda qualquer juízo formulado subjetivamente pelo intérprete, buscando-se, assim, a aproximação dos conceitos e significados puros utilizados.

Ou seja, a “coisa” à qual se referem os autores se trata do direito vigente do qual emanam diretrizes e comandos, ainda não prontos à concretização da prática normativa. Dessa forma, os elementos e objetivos ainda não prontos do direito devem pautar e direcionar o caminho interpretativo para se alcançar a uniformidade dos significados e conceitos.

Contudo, nessa busca pelo significado puro do direito deve o intérprete considerar a tradição existente nos textos jurídicos, os argumentos habituais, o contexto social, os interesses e as estruturas relacionadas às vidas envolvidas em cada caso.¹⁴⁹

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 496.

¹⁴⁸ JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1965, p. 79-80.

¹⁴⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 290.

Para evitar excessos de intersubjetividade nas interpretações, é necessário a existência de parâmetros uniformes para permitir a identificação coerente dos métodos utilizados pelo intérprete no processo de compreensão/aplicação. Ou seja, os critérios utilizados pelo intérprete devem estar em sintonia com um sistema unitário de interpretação, esclarecido com linguagem comum, sendo o contexto prático identificável para que a compreensão seja completa sobre o objeto interpretado.

Canotilho, voltado a uma hermenêutica constitucional, aduz que, para atingir o sentido concretizador de uma norma, o intérprete deve realizar uma racionalização inicialmente semântica dos enunciados linguísticos obtidos por meio da mesma convenção linguística.¹⁵⁰

Peter Häberle descreve bem a função de interpretação das normas por todos os participantes da sociedade, ao escrever que:

O direito constitucional material- vivido – surge de um número enorme de funções “corretamente” exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão sobre a interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade da interpretação constitucional.

A compreensão extraída do trecho transcrito é de que o sentido normativo fora amplamente compreendido quando “não há dúvida de que o receptor de uma ordem tem de levar a cabo um certo desempenho produtivo da compreensão do sentido”¹⁵¹

Francesco Ferrara desvenda em sua obra *Interpretação e aplicação das leis* o procedimento para interpretação das normas. Para o autor, o processo se inicia por meio da interpretação literal das leis, vez que o intérprete deve partir e repousar sobre a letra seca da lei e, então, deve-se extrair o significado verbal de cada palavra descrita, segundo sua conexão natural e as regras gramaticais. O próximo passo é a interpretação lógica ou racional, esse método utiliza meios refinados de indagação, pois provoca os fatores racionais que inspiram, bem como o contexto histórico das leis e do intérprete, sendo que a soma dessas características forma o valor da norma jurídica.

O elemento racional busca entender a finalidade pela qual as leis foram criadas, considerando as relações da vida, as exigências econômicas e sociais, ou seja, primeiro analisa-se de maneira atenta e profunda os mecanismos técnicos das relações e as exigências que derivam daquelas situações, para, posteriormente, entender os interesses em causa. Para o autor,

¹⁵⁰ CANOTILHO. J.J. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 219.

¹⁵¹ GADAMER. Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 495.

aqui reside a fraqueza do elemento racional, também denominado de teleológico, haja vista que os caminhos que levam a determinado fim podem ser vários e desse fim não se deduz qual caminho é mais adequado, além de considerar que o legislador pode ter se equivocado quanto ao meio que empregou, porém, de toda forma, o fim é sempre um raio de luz no caminho do intérprete.

O elemento sistemático entende que um princípio jurídico não existe isoladamente, mas está interligado com outros princípios de maneira íntima. Contudo, considera-se que o direito objetivo não é um aglomerado caótico de disposições, mas sim um organismo jurídico, com diversos preceitos, fundamentos e princípios que guiam sua compreensão. Nesse contexto, as exceções, quando separadas dos preceitos singulares e das regras gerais, não só adquirem individualidade, como assumem papel de suma importância quando consideradas separadamente, sendo que em correlação com outras normas pode se encontrar restringida, ampliada e desenvolvida.

O elemento histórico busca a compreensão da evolução e desenvolvimento do direito, considerando todas as suas fontes, desde o direito romano, medieval até o canônico, entrando ainda no direito comum. Considerando, ainda, que grande parte dos princípios contidos nos códigos são reproduções análogas vigentes no passado. Assim, faz-se necessário que todo intérprete que esteja diante de um problema jurídico busque os precedentes históricos para adquirir visão plena e fazer melhor uso da lei interpretada.

Ferrara aduz que: “a interpretação deve ser objectiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei.”¹⁵²

Certamente que todos os métodos de interpretação apresentados até aqui têm por fim um objetivo, Ferrara descreve cada um, ressaltando por início que a interpretação lógica pode ser diferente da gramatical e tal fenômeno só é possível, pois o sentido das palavras é dúbio e, comumente, o sentido das expressões são gerais. No código há diversas palavras como filhos, parente, ausente etc., que têm uma acepção lata e uma acepção restrita, e que dependendo da disposição denotam novos significados. Para Francesco “A interpretação lógica adotará conforme as circunstâncias o sentido que melhor se ajuste à vontade da lei.”¹⁵³ Nesses casos, fala-se em interpretação declarativa, pois se declara o sentido linguístico da norma coincidente com o pensar legislativo. A expressão declarativa pode ser lata ou restrita e tal distinção não se

¹⁵² FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 2. ed. São Paulo: Livraria Academica, 1940, p. 22.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 44.

pode confundir com a interpretação restritiva ou extensiva, pois nada se restringe ou se expande, quando se elege a palavra com significado mais adaptado à *mens legis*.

A discordância entre o resultado da interpretação lógica e o da gramatical implica na divergência entre a letra e o pensamento do legislador, vez que há o confronto entre a interpretação lógica e a literal, havendo como consequência uma retificação do sentido verbal em conformidade e na medida do sentido lógico “tratar-se-á de corrigir a expressão imprecisa, adaptando-a e entendendo-a no significado real que a lei quis atribuir-lhe. A modificação refere-se às palavras, não ao pensamento da lei.”¹⁵⁴

Enquanto na interpretação restritiva se reconhece a amplitude da expressão do legislador, que quis se referir a uma classe especial de relações, tornando a norma genérica. A interpretação restritiva se aplica nos seguintes casos (a) se o texto está redigido de modo tão geral que possa contradizer outro texto de lei; (b) se a lei contém em si mesma uma contradição íntima chamada neste caso de argumento *ad absurdum*; (c) se o princípio aplicado sem restrições ultrapassa o fim que foi ordenado.

O oposto ocorre na interpretação extensiva, vez que está se destina a corrigir uma formulação estreita demais, nos casos em que o legislador exprime seu pensamento e introduz um elemento que designa um espécie, ou quando legisla para um caso singular sobre algo que deveria valer para uma categoria inteira, por exemplo: quando se falam em homens, deveria abranger a todas as mulheres, quando se fala em doação deveria abranger a todas as transações não onerosas, e assim por diante.

Por fim, há a interpretação abrogante, que pode levar a um resultado extremo, pode negar sentido e valor a uma disposição da lei, quando verificada sua absoluta contrariedade e incompatibilidade com outra norma supra-ordenada e principal. As antinomias e desacerto não são raras nos sistemas legislativos. Logo, quando há conflito entre duas ou mais normas e não se descobre um meio para conciliação, deve-se logicamente eliminar a norma contradicente, reputando-a como letra morta e declarando vazia seu conteúdo. Nesse caso, fala-se em *interpretatio abrogans*, pois sua interpretação resulta que a norma é abrogada por incompatibilidade.

Carlos Maximiliano, na introdução de *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, doutrina, de início: “A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito [...]”

¹⁵⁴ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 2. ed. São Paulo: Livraria Academica, 1940, p. 47.

“Interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões de direito”, vez que as leis positivadas são formuladas em sentido geral e cabe ao executor da norma pesquisar a relação entre o texto abstrato e o caso concreto. O autor aduz ainda:

Em toda escola teórica há um fundo de verdade. Procurar o pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido deste; o erro consiste em generalizar o processo, fazer do que é simplesmente um dentre muitos recursos da Hermenêutica – o objetivo único, o alvo geral; confundir o meio com o fim. Da vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, se deduziria, quanto ao sentido desta, e não o respectivo alcance, jamais preestabelecido e difícil de prever.

Ou seja, para o autor, o sistema histórico-evolutivo consiste na prática de alguns mestres de Hermenêutica aceitarem a modernização da teoria, sem reboço, nem subterfúgio, de forma a conciliar o passado com o presente, admitir a exegese progressiva sobre a base da dogmática, inquirindo vontade geradora de dispositivos, a fim de observar o que o legislador quis, mas também o que ele quererá, se vivesse no meio atual, caso enfrentasse um caso atual ou se tal dispositivo atende as necessidades contemporâneas de garantias.

Defende, ainda, que a interpretação não é uma só e se exercita por vários processos, devendo considerar a interpretação gramatical e a lógica, que se divide em lógica propriamente dita e social ou sociológica. A diferença principal entre os dois elementos ou processos consiste que a gramatical se preocupa tão e somente com a letra dos dispositivos, enquanto a lógica ou sociológica busca o espírito da norma em apreço¹⁵⁵. O processo lógico teria mais valor do que o simplesmente verbal, para se evitar que, olhando tão e somente a letra da lei, se destrua a intenção dela.

O processo sistemático consiste em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, pois por umas normas se conhece o espírito de outras, e deve-se buscar conciliar as palavras antecedentes com as consequentes para, em conjunto, deduzir o sentido de cada uma. Para o autor, esse processo desaguará no direito comparado que pode ser exercido no âmbito nacional ou internacional.

O autor aduz ainda que “não se viola o princípio da divisão dos poderes; porque o sistema preconizado apenas “concilia as exigências da forma com as da vida social múltipla e continuamente envolvente.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ Maximiliano, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 22 ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 133.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 53.

Ou seja, para atingir o escopo do direito objetivo é necessário analisar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quoestio juris*, no sentido escrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (*quoestio facti*); e c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço.

Dessa forma, finaliza-se esse tópico e passa-se ao estudo do garantismo processual e consequencialismo.

3.4 CONSEQUENCIALISMO *VERSUS* GARANTISMO

Afinal de contas, o que é o consequencialismo? Quais as consequências das decisões proferidas no Judiciário na vida real? Quais as consequências de denúncias infundadas feitas pelo Ministério Público? Quais as consequências das decisões judiciais que interferem na lei orçamentária dos Municípios, Estados e da União?

O Consequencialismo foi introduzido no ordenamento pátrio com a publicação da Lei 13.655/que alterou o 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, o qual prevê:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”

A Comissão de Justiça e Cidadania da Câmara¹⁵⁷ afirmou que a mudança é para suprir as lacunas, vez que lei escrita não é capaz de regulamentar todas as atividades humanas, devendo os operadores de direito interpretá-las e aplica-las pautados nos princípios e direitos fundamentais.

O conceito de consequencialismo deriva de diversos entendimentos e estes integram uma forma de argumentação jurídica, dessa maneira, o juiz não pode estar alheio à sociedade a qual está inserido e deve julgar ciente dos efeitos práticos de sua decisão na vida das pessoas.

Ricardo Lobo Torres define consequencialismo da seguinte maneira:

O consequencialismo, na verdade, é um dos tipos possíveis de argumentação jurídica, ao lado da equidade, da praticidade, da justiça, da segurança e de outros modelos. A sua hierarquização depende das próprias prioridades estabelecidas pela metodologia jurídica. Kaufmann opta pela regra de prioridade de Rawls, alicerçada no princípio da diferença, que privilegia as pessoas situadas na camada mais carente da sociedade e que transforma no melhor argumento a proteção da minoria na sua segurança existencial, os direitos fundamentais e as liberdades básicas. O consequencialismo se fortalece no plano da argumentação jurídica quando sinaliza no sentido da proteção dos direitos fundamentais, e entre estes, no mínimo existencial, que constitui o conteúdo essencial irredutível e intangível da dignidade humana. O

¹⁵⁷ <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>

consequencialismo apoiado em argumentos insuscetíveis de universalização não se sustenta.¹⁵⁸

José Renato Nalini entende que:

Pode-se, portanto, encarar o consequencialismo sob a ótica do juiz provedor do mínimo existencial, que satisfaz o demandante ao provê-lo de um direito fundamental e obriga o Estado a atender ao pleito legítimo. Todavia, pode também ser examinado à luz das carências impostas por uma situação em que as demandas são infinitas e o orçamento uma peça fictícia, com previsões que não se realizam e que forçam o gestor a fazer escolhas trágicas. Embora se trabalhe com o conceito de lei orçamentária, uma coisa é a previsão que se faz antecipadamente, outra, as contingências derivadas de vicissitudes econômicas nem sempre, ou quase nunca previsíveis e outra, ainda o que é disponível no caixa do Erário, após seguidos contingencialismos.¹⁵⁹

Enquanto para Gabriel Chalita o tema comporta múltiplas discussões:

[...] Seja segundo uma abordagem teórica, que vise a investigação de seus fundamentos primeiro, seja numa perspectiva prática e aplicada-abarcada talvez pela interface política, no sentido das relações sociais de poder – o tema se apresenta como um grande guarda-chuva de abordagens, cuja relevância contemporânea, no Brasil é inequívoca. Afinal, não há evidência que aponte a ocorrência, na história do país, de outro período em que o Poder Judiciário tenha exercido tamanho protagonismo frente aos demais poderes. Para além da função típica de distribuir o justo concreto e, eventualmente, o controle da efetividade das políticas públicas, a Justiça tem avançado para searas até então alheias à função jurisdicional do Estado: de questões de natureza moral ou mesmo privadas às questões políticas cuja legitimidade tem rito próprio, alheio ao Estado-juiz.¹⁶⁰

Em sua obra, José Renato Nalini analisa a questão do consequencialismo sob a ótica do direito à saúde assegurado no artigo 196 da Constituição Federal. O autor relata que a nomenclatura “o direito à saúde” foi uma bizarrice feita pela constituinte, pois deveria ser assegurado o direito à medicação, consulta, internação, dentre outros, pois abranger o tema sem limitações seria impossível para garantir o direito fundamental e universal composto por um conjunto de higidez física e mental, e caso falte uma, já não se poderia mais falar em saúde. Com isso, são proferidas avalanches de decisões em todas as instâncias, implementando

¹⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do STF. **Revista de Direito Tributário Atual**, nº 24, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Dialética, 2010, p. 440.

¹⁵⁹ NALINI, José Renato. Consequencialismo: Urgente, Nefasto ou Modismo? In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 30-31.

¹⁶⁰ CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. O Consequencialismo, o poder e o amor. In: _____; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 3.

individualmente o direito à saúde, por meio de um sistema de Justiça Constitucional difusa, o que o autor denomina de “concretização do justo no varejo, produtor de injustiça no atacado.”¹⁶¹

O autor continua descrevendo que a separação de funções entre os Poderes garante integrar as cláusulas pétreas do pacto e a excessiva judicialização mantém a população sob tutela do Estado, impedindo que haja o protagonismo e que assumam responsabilidades que as tornem qualificadas para o exercício do padrão de efetiva participação na gestão pública.

Por força da Carta Constitucional ser demasiadamente dirigente, abrangente, ante a excessiva formação de carreiras jurídicas e judicialização da vida das pessoas, que sobrecarregam o Judiciário com temas que poderiam ser melhor enfrentados e equacionados mediante métodos alternativos de solução de conflitos, o Brasil se distancia cada vez mais da democracia participativa, pois, como já dito pelo autor, povo tutelado não é povo participativo, e é necessário rever essa judicialização excessiva pra que a nossa democracia possa se consolidar e caminhar para democracia participativa, efetivamente.

Gabriel Chalita aborda a questão por outros olhos, pois entende, assim como Alberto Warat, que a solução para a questão é o amor, pois experienciar o outro sob uma perspectiva solidária e afetiva seria o antídoto para barrar a manifestação do poder absoluto e enuncia, ainda, dez pressupostos que deveriam orientar a formação de bacharéis em direito e atualização periódica dos juízes:

1. Menos dogmática, mais transdisciplinariedade.
2. Menos certezas, mais inquietações;
3. Menos doutrinadores, mais inspiradores;
4. Menos distâncias, mais abraços;
5. Menos partidos, mais políticas;
6. Menos poderes, mais femininos;
7. Menos pronomes, mais pessoas
8. Menos julgamentos morais, mais alteridade;
9. Menos autoridade, mais liderança;
10. Menos opressão, mais afeto.¹⁶²

Para o autor, só é possível medir as consequências aquele que é capaz de amar, e apenas superando a barreira do ego é possível se relacionar com o outro de igual para igual, esse movimento é o que reorienta a esfera do desejo para uma dimensão criativa, e atualmente só se encontram dimensões destrutivas e opressoras.

¹⁶¹ NALINI, José Renato. Consequencialismo: Urgente, Nefasto ou Modismo? In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 31.

¹⁶² CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. O Consequencialismo, o poder e o amor. In: _____; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p.15.

Nessa senda, relembra, ainda, que o juiz não pode se esquecer que, por pior que seja a democracia, esta pertence a um arranjo muito sensível a tensões e que se fragiliza quando um poder que não é legitimado pela democracia se sobrepõe aos demais e passa a pautar decisões cuja titularidade deveria pertencer à soberania popular. O autor descreve que dessa forma se “vê a morte das possibilidades de transformação que tanto acalentam os sonhos de quem deseja um mundo melhor.”¹⁶³

Ives Gandra da Silva Martins Cita que dois pontos que se tornaram primordiais na promulgação da Carta Magna foram: o equilíbrio entre os Poderes desejado pelo constituinte; e a inserção de um elenco apreciável de direitos e garantias fundamentais, esses são pontos balizadores do comportamento dos Poderes a partir de 1988. Defende que essa foi uma grande conquista da Constituição.

Segundo a Constituição, os poderes da República são harmônicos e independentes entre si (artigo 2º); o Supremo não pode invadir questões legislativas (art. 103 §2º); o Legislativo tem a faculdade de obedecer ou não as decisões do Judiciário que invadam sua competência (art. 49, XI); Se houver conflito entre os Poderes e um deles apelar às Forças Armadas, poderá demandar que reponham a lei e a ordem e jamais rompê-las (art. 142); em caso de conflito entre o Executivo Federal e o Presidente da República, este fica impedido de assumir o controle das Forças Armadas, que é repassado automaticamente aos seus comandantes; não se pode alterar as cláusulas pétreas em hipótese alguma, tempo algum, sendo que o Legislativo não tem competência para isso, tampouco o Judiciário pode reduzi-las (art 60, §4º), podendo ser visto, na prática, o sistema de pesos e contrapesos para que os Poderes sejam efetivamente harmônicos e independentes entre si.

Então, para o autor:

É de se lembrar que o artigo 1º da CF declara que p Brasil é um Estado Democrático de direito e o 2º que os poderes são harmônicos e independentes. São os dois primeiros artigos que balizam os outros 248 artigos da Lei Suprema mais os 97 das Disposições Transitórias. Uma democracia só é plena, se cada poder, no âmbito de suas atribuições, cumprir sua missão, com pleno respeito às competências alheias, colaborando com a sociedade na construção de uma nação poderosa e estável institucionalmente. E na minha opinião, o consequencialismo jurídico não foi albergado pela nossa Lei Suprema.¹⁶⁴

¹⁶³ *Ibidem*, p.13.

¹⁶⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição. In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 26-27.

O consequentialismo jurídico advém do sistema *common law* e decorre de tendências pragmáticas do ativismo judicial originalizado pelo *judicial review*, este foi inserido no Brasil como meio de justificar tutelas concedidas ou supressões judiciais com base nos efeitos práticos que referida decisão causaria na sociedade. Com base nisso, fora publicado um estudo de caso na Revista de lei de Harvard¹⁶⁵ em que restou demonstrado que as decisões da Suprema Corte Americana, fundadas na rejeição dos argumentos consequentialistas abarcaram com maior facilidade a tutela de direitos individuais, enquanto os colegiados que aderiram ao argumento consequentialista tinham um índice maior de rejeição aos direitos individuais.

Nesse movimento, se considera o modelo *stare decisis* (precedente vinculativo), no qual o direito é aplicado por meio de precedentes vinculantes e não por leis e passa a ter validade jurídica, e os julgadores medem pelos efeitos as consequências sociais de suas decisões.

Em contrapartida, o constitucionalismo garantista configura-se como um paradigma juspositivista do direito e da democracia. Por ele, os princípios éticos-políticos, por meio dos quais eram expressos os antigos “direitos naturais”, foram positivados, tornando-se princípios jurídicos vinculantes nos confrontos das funções normativas, não sendo apenas fontes de legitimação externa ou política, mas também de deslegitimação interna ou jurídica que designam a razão social daqueles artificios que são o Direito e o Estado Constitucional de Direito, como assegura Luigi Ferrajoli, aduzindo, ainda, que dessa forma, a soberania deixa de existir como potestade por parte dos órgãos ou sujeitos internacionais, ainda que estes estejam revestidos de representação, pois esta pertence ao povo e ninguém a pode usurpá-la, o que equivale a uma garantia: a soberania pertence ao povo e a nenhum outro e que ninguém, nem mesmo o presidente e nem a assembleia representativa pode apropriar-se dela, e como o povo é a soma de milhões de pessoas, a soberania popular é a soma daqueles fragmentos de soberania que são os direitos de todos.

A primeira vez que se falou em garantismo processual foi em 1989, quando Luigi Ferrajoli lançou a obra *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penale*. Contudo, a obra fora traduzida para o português somente em 2002, com o título *Razão e direito*. A partir de então, passou a integrar o meio jurídico nacional e tornou-se cada vez mais comum entre os juristas. Em que pese, inicialmente, o garantismo processual tenha sido aplicado pelo autor nos processos penais, o mesmo fora ampliado para todos os ramos do direito.

¹⁶⁵ HARVARD. Rights in Flux: Nonconsequentialism, Consequentialism, and the Judicial Role. **Harvard L Review**, mar 10, 2017, 130, 1436. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/03/rights-in-flux-nonconsequentialism-consequentialism-and-the-judicial-role/> Acesso em: out. 2020.

O autor confere três significados à palavra garantismo: (i) modelo normativo de direito ideal, o qual é um poder mínimo ou um sistema cognitivo, sob uma perspectiva política é técnica de tutela que visa reduzir a violência e fortalecer a liberdade, enquanto juridicamente visa resguardar a função punitiva do Estado e garantir os direitos dos cidadãos; (ii) como teoria do direito visa a distinção entre validade e efetividade, e existência e vigor das normas; (iii) pode se tratar de filosofia do direito e críticas políticas com traços iluministas.

Glauco Gumerato Ramos assevera:

[...] Já o garantismo processual defende uma maior valorização da categoria fundamental processo, e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada.(...) Para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os garantistas buscam aplicar as bases dogmáticas do garantismo de Luigi Ferrajoli – originariamente voltado às ciências penais (direito material e processo) – ao direito processual civil.¹⁶⁶

Ou seja, o garantismo contenta-se que os juízes estejam comprometidos apenas com a Lei e que por meio dela declarem a certeza das relações conflituosas jurídicas, ou seja, por meio da outorga de direitos de defesa dos interessados, resguardando a igualdade processual a fim de atender à tutela legal de todos os direitos.

Nas aulas iniciais da graduação em Direito sempre são analisados os princípios processuais como por exemplo: isonomia entre as partes, publicidade dos atos processuais, inafastabilidade do controle jurisdicional, entre outros. Pois bem, o garantismo no processo civil visa a manter uma relação de debate e diálogo entre as partes, condicionando as diligências necessárias para se assegurar o devido processo legal, participação, ampla defesa, contraditório e a imparcialidade judicial com a máxima restrição a discricionariedade do juiz.

Na visão de Glauco Gumerato Ramos, o processo deve ser entendido como um método de discussão, um ambiente de debate dialogal e argumentativo que se realiza entre dois sujeitos desiguais situados em posições contrárias a respeito de um bem da vida.

Ferrajoli formulou o sistema garantista de modo genérico para que fosse adequado a qualquer sistema, contudo, vislumbra-se a preferência pelo sistema acusatório ante o inquisitivo. O próprio autor reconhece a conexão entre o sistema acusatório e seu modelo garantista. Esse modelo garantista concebe a ideia de vinculação histórica e lógica da

¹⁶⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e Garantismo Processo Civil: apresentação do debate*. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Jusprovim, 2013.p. 276.

necessidade de organização de um método de debate dialogal entre as partes de um processo, concluindo que a razão de ser do processo é a erradicação da força no grupo social para assegurar a manutenção da paz e das normas adequadas de convivência.

Sob esse aspecto é possível contemplar umnexo entre positivismo e democracia constitucional, segundo Luigi Ferrajoli:

O primeiro juspositivismo, aquele do Estado Legislativo de direito equivale à positivização do “ser” legal do direito, que permite a democratização das suas formas de produção, condicionando-lhe a validade formal ao seu caráter representativo, sobre o qual se funda a dimensão formal da democracia política. O segundo juspositivismo, aquele do Estado Constitucional de Direito, equivale à positivização do “dever ser” constitucional do próprio direito, que permite a democratização de seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional.¹⁶⁷

Morais da Rosa aduz:

[...] os Direitos Fundamentais desfilam com papel preponderante, ao propiciar a mensuração da concretização da Constituição. Estabelecem o que pode ser deliberado pelo Poder Legislativo e o que deve ser garantido pelo Poder judiciário, mediante o controle de constitucionalidade material das normas, sujeitando os indivíduos no Estado Democrático de Direito, somente às leis válidas, impedindo que eventuais maiorias violem direitos indissociáveis e construídos histórica e argumentativamente.¹⁶⁸

As garantias dos direitos de liberdade (ou "direito de") asseguram a igualdade formal ou política. E os "direitos a" (garantias sociais) consentem a igualdade substancial ou social. As duas acepções de Estado de direito, *sub legis* (submetido às leis) e *per legis* (exercido mediante leis gerais e abstratas) representam os Estados constitucionais, que incorporam nos níveis normativos superiores limites formais e substanciais ao exercício de qualquer poder. Em ambos os casos, se associa a noção de legalidade no sentido formal, onde se requer apenas a predeterminação legal dos Poderes e, no sentido substancial, exige que sejam legalmente preordenadas e circunscritas obrigações e proibições, as matérias de competência e os critérios das decisões, o que também se traduz por garantismo.

Ferrajoli distingue as dimensões da democracia, igualando-as nos sentidos formais e materiais, vez que o direito, como um sistema de garantias centrado nos direitos fundamentais,

¹⁶⁷ FERRAJOLI. Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 258.

¹⁶⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11.

requer uma concepção substancial de democracia, que visa, além da vontade da maioria, atender aos interesses e necessidades vitais de todos.¹⁶⁹

Ana Cláudia Bastos Pinho aduz que a democracia formal “trata-se de aplicação procedimental da regra da maioria, inerente a todo e qualquer regime democrático” e a democracia material “significa realização de direitos fundamentais, reconhecimento das minorias, tolerância com as diferenças”¹⁷⁰

O garantismo como modelo normativo de Direito exige a submissão à estrita legalidade o que o diferencia dos Estados de Direito sem limites substanciais à lei. Também faz a distinção entre garantismo e autoritarismo, dessa forma, a teoria garantista visa a que todas as garantias, processuais penais ou não, sejam respeitadas, ou seja, estrita jurisdicionalidade aliada à necessidade de comprovação verificabilidade/refutabilidade. Assim, tanto os legisladores como os juízes estão atrelados à estrita legalidade e vinculados à lei, inclusive no âmbito constitucional, vez que o garantismo é um modelo de direito que pressupõe a submissão de todos à lei.

Enquanto o garantismo postula e pretende a plena vigência do sistema acusatório e mantém o mesmo procedimento para os modelos processuais vigentes, o ativismo judicial mantém os sistemas inquisitivos ou inquisitórios para todos os modelos processuais existentes. Adiante será demonstrado que ambos são extremamente antagônicos.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p.13-14.

¹⁷⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

4 DO ATIVISMO JUDICIAL

4.1 O QUE SERIA UM PÁIS DEMOCRÁTICO AVANÇADO?

Quais são as características que definem um processo político democrático? O que seria afinal, um país democrático avançado?

A definição fornecida por Robert Dahl de um processo político de eleição de governo, pode ser qualificado como “democrático” se preenche os seguintes requisitos:

Participação efetiva: antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

Igualdade de voto: quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

Entendimento esclarecido: dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

Controle do programa de planejamento: os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Inclusão dos adultos: todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveria ter o pleno direito de cidadão implícito no primeiro dos critérios.¹⁷¹

Dahl entende que é necessário que todos tenham oportunidades justas de participação, como também ser possível que o cidadão se recuse a participar, mas de qualquer forma, sua contribuição para o debate não pode ser impedida caso ele se disponha a participar. Para o autor, esse seria um modelo de democracia ideal.

O autor faz referência sobre a democracia ideal (uma democracia sem defeitos) e a democracia real, sendo que o ideal é, muitas vezes, impedido pela realidade política, ou seja, a democracia ideal é uma democracia sem defeitos. A intenção do autor é conectar a democracia

¹⁷¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. 2. reimp. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, p. 50.

à igualdade entre os povos de uma comunidade e dar condições aos cidadãos para que todos tenham igualdade de decisões políticas.

Dahl entende que esse modelo ideal de democracia é inatingível, porém, acredita que devem ser seguidos tais parâmetros a fim de que se alcance uma democracia plena. Aponta, ainda, o conflito de se utilizar todos os critérios simultaneamente e, nesses casos, deve ser escolhido qual dos critérios será adotado, mas todos eles servem para amadurecimento das instituições.

Necessário entender o modo como a democracia realmente funciona, compreendendo os pontos históricos que a consolidaram. Para Adam Przeworski, nas democracias existentes há divergência sobre valores e interesses: “se os interesses fossem harmoniosos ou os valores fossem compartilhados unanimemente, as decisões de qualquer pessoa seriam aceitáveis por todas as demais, e qualquer um poderia ser um ditador benevolente.”¹⁷² Ou seja, nas democracias existentes não há consenso, mas sim um processamento de conflitos, as decisões coletivas não superam as divergências políticas existentes.

Com as eleições, é dado aos eleitos a autorização para governar e, diante das inúmeras divergências políticas e morais, permite-se aos membros da comunidade disputar, por meio de argumentos, o que marca a disputa política democrática, com diversas razões e nesse processo os cidadãos podem mudar de ideia e de opinião sobre vários assuntos. Contudo, as autoridades são definidas pelo resultado dos votos e não dos argumentos. Aqui trata-se, na realidade, da divergência sobre as melhores e as piores razões, e não é sobre relativismo da verdade, mas sim sobre as razões certas e a necessidade de ação política, é o que Jeremy Waldron chama de “circunstância da política”.¹⁷³

Como se sabe, as eleições distinguem vencedores e perdedores. Aos vencedores é dada a possibilidade de promover seus valores, interesses. Por se tratar de um sistema democrático, esse poder não é infinito e os que perderam podem se opor por meio social e político. Entretanto, uma democracia deixaria de existir se os membros dos grupos vencedores e perdedores obedecessem somente às suas próprias leis.

Para Adam Przeworski¹⁷⁴, a democracia é como um jogo e tem suas regras, por exemplo, as previsões constitucionais que limitam as competências legislativas e seus procedimentos como *quorum* mínimo para funcionamento do parlamento, maioria absoluta em algumas

¹⁷² PRZEWORSKI, Adam; MANIN, Bernard; STOKES, Susan. Eleições e Representação. **Lua Nova**, v. 67, p. 105-138, 2006.

¹⁷³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 187.

¹⁷⁴ PRZEWORSKI, *op. cit.*, p. 136.

matérias, distribuição de competências legislativas entre o Congresso Nacional e parlamentos estaduais, plebiscitos, competências definidas para legislação sobre determinadas matérias etc.

Para o autor, ainda é necessário que haja um “equilíbrio de forças” entre os partidos políticos e que sempre respeitem a democracia. Cada um deve sobrepô-la aos seus próprios interesses, por esse motivo, seria incorreto definir democracia como um pacto ou contrato entre os atores sociais, pois não existem terceiros imparciais nos conflitos capazes de impô-la.

Na obra *Eleições e Representação* de Przeworski, Manin e Stokes, esclarecem-se três pontos que possibilitam a distorção no processo político democrático: (i) quais forem os arranjos institucionais, sempre será possível que, para determinado grupo social e pelos mais variados motivos, os resultados do processo democrático sejam considerados intoleráveis, seja porque os resultados contrariam alguma espécie de crença “identitária” que o grupo crê ser mais importante que o respeito às regras do jogo, seja porque as decisões distribuem recursos escassos de um modo que afeta de modo extremo os grupos diretamente atingidos; (ii) maiorias políticas podem cometer injustiças, adotando regras que promovem explicitamente ou acobertam a discriminação de determinadas infrações; (iii) maiorias podem permanecer presas em problemas de “ação coletiva”, incapazes de agir em defesa de seus efetivos interesses pela via legislativa.

Então, seguindo o conceito de Robert Dahl, um país democraticamente avançado é aquele que observa e assegura as 5 características inerentes à democracia, quais sejam: participação efetiva, igualdade de votos, aquisição de entendimento esclarecido, exercer o controle definitivo do planejamento e, por fim, a inclusão dos adultos.

E quando as instituições que foram criadas para conter as injustiças se tornam fontes de injustiças? Não se pode olvidar que os membros do Poder Judiciário podem desenvolver interesses próprios e se utilizar dos instrumentos de controle de constitucionalidade para alcançar seus objetivos e ideologias pessoais e, até mesmo, na aplicação do direito vigente, ao interpretar a boa-fé e demais institutos jurídicos com amplas possibilidades de interpretação, tomam decisões em que as consequências são contraproducentes, é o que se denomina de Ativismo Judicial.

4.2 CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL

No Brasil, entende-se por ativismo judicial o protagonismo do direito e do Poder Judiciário. Como se sabe, o ativismo judicial originou-se nos Estados Unidos com decisões proferidas pelas cortes superiores já analisadas no presente trabalho.

Desse modo, falar em ativismo judicial no Brasil é uma quebra de paradigma, vez que o Judiciário superou o passivismo para adentrar ao ativismo, sob o pretexto de acompanhar as mudanças sociais, bem como resguardar direitos e garantias fundamentais.

André Karam Trindade alerta que o tema deve ser tratado com muito cuidado, por existirem mais divergências do que convergências sobre o assunto. Aduz, ainda, que o ativismo judicial pode assumir diversas formas e conotações resultando em diversas dificuldades teóricas e práticas sobre sua definição.¹⁷⁵

André Karam, discorre também sobre os sete tipos de ativismo judicial descritos por William Marshall: (a) o ativismo majoritário – nessa modalidade os tribunais relutantes discordam das decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; (b) ativismo não originalista - quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou dos intentores da constituição; (c) ativismo de precedentes - nessa modalidade, os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos; (d) ativismo jurisdicional - quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando suas competências; (e) ativismo criativo - nessa modalidade os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias por meio da doutrina constitucional; (f) ativismo remediador - quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas a outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas e, por fim, (g) ativismo partisan - quando o Judiciário decide com intuito de atingir objetivos partidários ou de determinando segmento social.¹⁷⁶

Após a análise dessas características, percebe-se que o ativismo judicial consiste na dificuldade de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos, isto é, a eles atribuídos pela Constituição.

José Renato Nalini descreve:

O protagonismo do juiz brasileiro, consequência da trivialização da formação jurídica, da proliferação de carreiras jurídicas, do modelo de Constituição analítica, abrangente, dirigente e principiológica, tudo agravado pela situação de miséria da população, muitas vezes é chamado de arrivismo judicial. O ativismo judicial é outro fenômeno de múltiplas faces. Chama-se assim a intromissão do juiz em seara alheia, seja ao atuar como legislador negativo, seja ao implementar políticas públicas perante as quais o Executivo se portou de maneira inerte. Mas também denomina-se de ativismo aquilo

¹⁷⁵ TRINDADE. André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 109-110.

¹⁷⁶ Cf. MARSHALL. William P. conservatism and seven signs of judicial activism. University of Colorado law review, chapel hill nº 73, p. 101-140, 2002 *apud* TRINDADE. André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 111.

que transparece na chamada politização da justiça ou judicialização da política, um exercício jurisdicional atrelado a determinada ideologia ou partidarização política.¹⁷⁷

Ou seja, tudo o que se tornou atípico sobre as atuações do Judiciário brasileiro é denominado de ativismo judicial, e essa margem de discricionariedade do juiz advém da constituição de 1891, quando foi implementado o controle difuso-incidental, ainda em fase de aprimoramento, à emenda de nº 16, de 26 de novembro de 1965, à constituição de 1946, que inaugurou a ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade.

Contudo, a maior relevância desses instrumentos se deu somente na presente Constituição com as emendas de nº 3, de 1993, e 45, de 2004, com os seguintes objetivos: ampliação de legitimidades para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (art 103, caput) a ampliação do objeto das referidas ações de modo a incluir a omissão de medida de tornar efetiva norma constitucional (art. 103,§2º); a criação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelecido pela Lei 9.982, como ação direta de inconstitucionalidade de caráter subsidiário; e pela Lei 9.868/99 foi disciplinado o procedimento das ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, o que colaborou para a otimização desses recursos.

Wilson Levy aduz:

Nesse compasso, afirmar que a norma é sempre produto da interpretação do texto, entendendo que norma e texto são distintos, porém não separados, é fazer uma asserção verdadeira. Contudo, como já discutido, isso não significa lançar a afirmação de que o intérprete – seja o intérprete autêntico, da Teoria Pura do Direito de Kelse, seja qualquer outro que maneja as normas, pois todos são, de algum modo, intérpretes – possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos conforme sua conveniência, de maneira arbitrária.¹⁷⁸

Para Elival Ramos, o controle de constitucionalidade ou o controle abstrato pelas vias difusas acaba por incrementar o ativismo judicial. A principal razão para isso é a proximidade do controle de constitucionalidade efetuado no exercício da função do Legislativo, ainda que se trate do exercício de função jurisdicional, e também pelo fato de que a decisão judicial proferida sobre a validade de uma lei é emitida em efeitos gerais, enquanto no controle abstrato em sistema difuso, encontra-se a tendência de modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade.

¹⁷⁷ NALINI, José Renato. Consequencialismo: Urgente, nefasto ou modismo? In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 35.

¹⁷⁸ LEVY, Wilson. O controle difuso de constitucionalidade e as “respostas corretas” In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Juspvim, 2013, p. 623.

Em que pese pelas vias declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade a discricionariedade dos juízes tenha aumentado, esse é só um ponto a ser considerado como causa do ativismo judicial. A principal causa se dá pela descrença na política, haja vista que a corrupção nas instituições é matéria recorrente na imprensa e estimula o sentimento de rejeição pela política, enquanto se espera do Judiciário e o Ministério Público que sejam combatentes da corrupção e defensores dos cidadãos com objetivo de resguardar os direitos e garantias fundamentais não atendidos pelos demais poderes:

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a “racionalidade” do STF conteria a “irracionalidade” da ação política do Legislativo, produziu outras crias. O Supremo ocupou cada vez mais espaços - hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o “clamor público”, e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade [do tribunal]. [...] A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado a atuação legislativa do STF¹⁷⁹.

A descrença na política, a mora do Legislativo e a ineficiência do Executivo forçam o Judiciário a adentrar em searas alheias a sua competência, por não poder se negar a julgar nem um caso, sob o pretexto de não haver lei que o regulamente, pelo exorbitante número de demandas judiciais que desembocam no Judiciário todos os dias, pelo clamor público que roga por justiça e acredita que, no Judiciário, ela será encontrada. Inúmeras são as causas para o ativismo judicial. Deve-se, no entanto, considerá-las e ponderá-las em busca de uma composição equilibrada, bem como para manter o equilíbrio e harmonia dos poderes.

4.3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Como mencionado anteriormente, o Brasil tem seguido uma tendência de ativismo judicial, o que é um fenômeno novo. O debate está ligado a super protagonização do Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, isso representa um novo papel para o STF, pois, segundo Daniel Sarmento “seria non sense falar de protagonismo judicial no Brasil “até não muitos anos atrás”, ao contrário, “a atuação do Judiciário brasileiro, ao longo do tempo, se sujeitou muito mais à crítica de omissão e de acumpliciamento em relação aos “donos do

¹⁷⁹ NASSIF, Maria Inês. Os perigos da demonização da PF. [Blog] **Democracia Política e Novo Reformismo**, 2008. Disponível em: <https://gilvanmelo.blogspot.com/2008/07/os-perigos-da-demonizacao-da-pf-maria-ins.html> Acesso em: 24 out. 2020.

poder” do que a acusação de excesso de ativismo”¹⁸⁰. Assim sendo, o tema representa, então, uma mudança de paradigma para o Judiciário brasileiro.

A Constituição de 1988 fortaleceu o Judiciário brasileiro e deu a ele um papel nunca antes concedido. Foram realizadas diversas transformações institucionais como a estabilização do acesso à justiça por meio da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública, isenção de custas processuais para hipossuficientes, concedeu-se maior autonomia ao Ministério Público, bem como a ampliação e aperfeiçoamento dos mecanismos processuais como ação civil pública, ação popular, dentre outros. Concedeu ao Judiciário o poder de solucionar conflitos alheios à sua seara, sejam políticos, legislativos e, até mesmo, executivos.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos faz um balanço sobre o Judiciário pós 88 e entende que o resultado é positivo, vez que inicialmente este vinha adotando uma postura passiva na concretização dos direitos fundamentais e, pouco a pouco, foi aderindo a outras questões, principalmente eleitorais, como nos resultados de eleições, julgamento de casos de corrupção etc., impondo, ainda, obrigações ao Legislativo e ao Executivo de criação e execução de políticas públicas voltadas aos direitos sociais. Aduz o autor que toda essa evolução choca-se com sérios defeitos de funcionalidade, como lentidão de processos, acúmulo de demandas e afirma:

É quase inevitável, portanto, que a forte expansão na “dimensão da justiça comum e da proteção de direitos coletivos e sociais” faça com que o judiciário assuma tarefas de grandes proporções contrastantes “com a sua capacidade de dar respostas com a efetividade esperada.”¹⁸¹

Oscar Vilhena Vieira caracterizou como supremocracia o grande protagonismo do Supremo. Para o autor, a “paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo [...] em relação às demais instâncias do judiciário [...] em detrimento dos demais poderes”¹⁸², ou seja, a proeminência do Supremo Tribunal Federal é, de fato, incontestável.

Wilson Levy aduz que realizar uma escolha intelectual sobre os modelos existentes nas teorias ativistas e garantistas não é algo simplório, deve-se antes ter um conhecimento profundo das nuances e especificidades que cada corrente apresenta:

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Um novo clássico**: O curso de Direito Constitucional Contemporâneo de Luis Roberto Barroso. (Resenha) Revista de Direito do Estado, v. 12. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 407.

¹⁸¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

¹⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. **Revista de Direito do Estado**, v. 12. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59-60.

Essa operação não é simples e, por vezes, revela-se altamente tortuosa. Ao realizá-la, o ator social envolvido (um juiz, um promotor de justiça, um advogado, um defensor público, um professor, alguém do povo, se comungarmos da perspectiva da ampliação dos intérpretes da constituição, proposta por Peter Häberle...) se depara, em primeiro plano, com os problemas da baixa cientificidade do pensamento jurídico no Brasil, e, em segundo momento, com a questão latente do que denomina Essa operação não é simples e, por vezes, revela-se altamente tortuosa. Ao realizá-la, o ator social envolvido (um juiz, um promotor de justiça, um advogado, um defensor público, um professor, alguém do povo, se comungarmos da perspectiva da ampliação dos intérpretes da constituição, proposta por Peter Häberle...) se depara, em primeiro plano, com os problemas da baixa cientificidade do pensamento jurídico no Brasil, e, em segundo momento, com a questão latente do que denomina.¹⁸³

O controle de constitucionalidade ameniza a distinção entre legislação e jurisdição, ampliando a capacidade do intérprete julgador, sobre a motivação e discricionariedade da norma *sub judice*.

A Constituição Federal instaurou o Estado Democrático de Direito que prevê um estado atuante em todas as áreas, autorizando o intervencionismo judicial para atender as necessidades dos titulares de direitos. Os direitos fundamentais estão associados a um princípio democrático que traz consigo a ideia de governo do povo, para o povo e pelo povo.

A Constituição Federal agrupa os direitos fundamentais em quatro grupos: (i) direitos políticos (nacionalidade, capacidade eleitoral e eletiva); (ii) direitos individuais (relativos à vida, segurança, dignidade, propriedade, liberdades públicas de afirmação da personalidade humana, que limitam o poder público); (iii) direitos sociais (econômicos, sociais e culturais, que visam melhorar as condições de vida, educação, promoção de igualdade, etc); e (iv) direitos difusos e coletivos (história, ambiental, entre outros).

Vislumbra-se que a Constituição Nacional está comprometida com os direitos fundamentais, deixando claro que é papel do Estado promovê-los e concretizá-los. Dessa forma, o Poder Judiciário e Executivo estão vinculados à concretização dos direitos fundamentais, enquanto o Poder Legislativo tem por finalidade sua efetivação.

Com a garantia dos direitos fundamentais, visa-se a obtenção do mínimo necessário aos indivíduos para garantir a dignidade da pessoa humana, por isso, tantas vezes se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário, conforme explana Ingo Sarlet:

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à constituição e aos direitos

¹⁸³ LEVY, Wilson. O controle difuso de constitucionalidade e as “respostas corretas” In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Juspvovim, 2013, p. 615.

fundamentais [...] de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo que definem, para si mesmo e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais.¹⁸⁴

Embora o ativismo a respeito dos direitos fundamentais seja um fato já consolidado, o Poder Judiciário deve observar alguns requisitos ao decidir sobre políticas públicas como: (a) a medida deve ser adequada ao fim que se destina; (b) o meio empregado deve ser o menos oneroso; (c) a adoção da medida deve ter por finalidade a preservação de um direito fundamental maior do que o direito que o limitou, devendo sempre ser empregados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e atendendo sempre aos princípios da democracia para que não ocorram excessos e invasões em competências de outros poderes. A intervenção deve sempre ser pedagógica e os demais órgãos devem reconhecer a medida como válida e acatá-la.

Elival da Silva Ramos relata quatro características do ativismo judicial: primeiramente o autor faz uma análise sobre o positivismo, sustentando que este guarda relação com a moral e a argumentação jurídica, mas despreza o moralismo jurídico, pois, para ele, seria um retrocesso.

Ramos faz uma ligação do ativismo judicial à hermenêutica constitucional caracterizando dogmaticamente, além de criticar sua incidência no Supremo Tribunal Federal:

É neste sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando os juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderes “queimar” etapas, concretizando, no presente o programa que a Constituição delineou prospectivamente.

O autor também entende que o ativismo judicial extrapola os limites impostos pela Constituição e pelas leis, e que as decisões oprimem o Poder Legislativo, que já se encontra sobrecarregado pelas medidas provisórias do Poder Executivo. Por fim, o autor apresenta a interpretação jurídica criativa, embasada na hipótese de inexistência das lacunas do direito para solução dos problemas. Segundo o autor, a adequação das normas existentes à realidade atual é um meio eficaz para atendimento das finalidades do Estado sem comprometimento das instituições.

Esse posicionamento, embora não atenda a todas as necessidades sobre o tema, se mostra viável no tocante ao cumprimento da jurisdição constitucional para que a atividade

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 372-373.

judicial não extrapole as competências próprias, adentrando nos demais poderes, servindo como base de melhoramento do próprio ativismo judicial.

Ademais, a população tem recorrido ao Judiciário, e tem este como a última esperança para concretizar as garantias individuais e demais anseios da sociedade, as liberdades têm sido reavivadas, a informação se tornou mais acessível e o cidadão tem saído do seu papel de passividade e passou a interagir mais na sociedade, Judiciário e na política, concretizando o amadurecimento democrático, do qual o Judiciário tem participado amplamente.

4.4. ATIVISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O fenômeno do ativismo judicial se dá em qualquer instância, mas fica evidenciado e se consolida no Supremo Tribunal Federal. Isso se dá por conta da atribuição conferida pela Constituição ao Supremo de guarda e controle das normas a fim de garantir sua constitucionalidade, conforme previsão do artigo 102 da Constituição Federal.

Nelson Nery Júnior aduz que a função e a finalidade da Corte Constitucional vão além da simples guarda da Constituição, mas deve também cumprir a missão constitucional, ainda que não exista previsão de como efetivá-la¹⁸⁵.

José Renato Nalini afirma que o cumprimento da justiça constitucional se consolida a partir da verificação de compatibilidade de uma norma com o texto constitucional, antes mesmo de sua efetivação¹⁸⁶.

Luís Roberto Barroso é um dos juristas brasileiros que mais se destacam no exame do assunto e aduz que foi nos anos entre 1954 e 1969 que os Juízes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos elaboraram uma profunda revolução na jurisprudência, convertida em postura pioneira e progressista. Com esse movimento se obteve a comprovação de que um texto constitucional de duzentos anos poderia servir a um país desenvolvido em pleno século XX, desde que sua leitura se adequasse às exigências contemporâneas, por meio das técnicas de interpretação analisadas anteriormente¹⁸⁷.

¹⁸⁵ JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constiuição Federal**. 8. ed.rev. ampl. e atual. com as novas sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

¹⁸⁶ NALINI, José Renato. A função Política da Magistratura. **Revista Emeron**, n. 5, 1998, p. 26-36. Disponível em: <https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-1998-05.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Site Luís Roberto Barroso – Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017, p. 9. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

Porém, quando se trata de ativismo judicial deve-se verificar se além da interpretação realizada, for adotada a metodologia correta, para se resguardar de que não foram ultrapassados os limites da jurisdição, haja vista que quando isso ocorre nas instâncias inferiores, o efeito devolutivo dos recursos permite que seja realizado o juízo de revisão sobre o Direito aplicado e da razão subjetiva do julgador.

Todavia, quando esse fenômeno ocorre no Supremo Tribunal Federal, não cabe mais revisão, gerando efeitos imediatos nas questões políticas, jurídicas e sociais. A ineficiência dos demais poderes causa uma crise entre as instituições e têm feito o Supremo julgar causas extremamente polêmicas. A necessidade de uma atuação parlamentar eficiente fica evidente e quando isso não ocorre, o Poder Judiciário é chamado para intervir, se posicionar e decidir sobre os temas em questão, mesmo que esteja diante de lacunas legislativas.

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF).

A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁸⁸.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Site Luís Roberto Barroso – Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017, p. 8. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

Mancuso aduz que o Supremo Tribunal Federal vai assumindo o risco do ativismo judicial e isso complica seu posicionamento no contexto federativo. Como efeito colateral, gera um alibi para os demais poderes que não querem se arriscar e acabam por folgarem-se quando o tema é judicializado.¹⁸⁹

Com isso, fica evidente que uma postura ativa do Poder Judiciário para efetivação dos direitos sociais é uma medida necessária ao Estado Social Contemporâneo de Direito. Tendo em vista que a soberania popular e a finalidade do Estado é o atendimento das necessidades dos cidadãos, cabe, então, aos Poderes a observância e obediência de tal dispositivo, visto que a inércia e/ou omissão de um dos Poderes autoriza a sobreposição do outro.

José Renato Nalini aduz que a ampliação dos poderes atribuídos ao Judiciário pela Constituição de 1988 potencializa o ativismo judicial:

O que ocorreu nas décadas de 50 e 60 do século passado nos Estados Unidos veio a acontecer no Brasil pós-Constituição de 1988. A Constituição Cidadã, aquela que até o momento mais confiou na solução judicial dos conflitos, além de ampliar o papel reservado ao Judiciário, dilatou a legitimidade para provocar a guarda precípua da Constituição e adotou esquemas novos de legitimação. Tudo junto multiplicou o uso do Judiciário pela sociedade de destinatários e obrigou o juiz brasileiro a romper sua tradicional clausura.¹⁹⁰

Diversos casos são submetidos ao Supremo Tribunal Federal por força da omissão legislativa, e os Ministros têm entendido que além do princípio da inafastabilidade jurisdicional, também não se pode aderir a lacunas dos demais entes, sob pena de perecimento do próprio ideal de Estado Democrático de Direito.

Por diversas vezes, por meio de jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal interpreta e regula matérias sob sua análise, seja por meio de revisão, precedentes ou súmulas vinculantes, com objetivo de atender os anseios da sociedade e suprimindo lacunas deixadas pelo legislador.

Apesar de se tratar de um requisito processual, a repercussão geral inaugurou uma nova realidade, tornando pública as matérias *sub judice*, sobrestando causas análogas, até que tenha uma posição do Supremo Tribunal Federal sobre referido caso.

A publicidade de todos os atos tem exigido do Supremo Tribunal Federal uma severa dedicação à interpretação constitucional de forma prudente e cautelosa. Com a transmissão simultânea das audiências via internet e televisão fica evidenciado o respeito à democracia e,

¹⁸⁹ MANCUSO, Ronaldo Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.32.

¹⁹⁰ NALINI, José Renato. *Ativismo Judicial, Garantismo ou produção adequada?* In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora JusPovim, 2013, p. 386.

sob esse ponto de vista, a democracia deve ser aqui interpretada como meio de obtenção e garantia dos direitos fundamentais em detrimento da ineficiência dos demais poderes.

A tutela dos direitos fundamentais tem sido a premissa na qual se sustenta as causas do ativismo judicial e esse é o resultado da judicialização da política.

Um dos casos mais recentes no qual o Supremo Tribunal Federal teve um posicionamento ativista foi no caso de reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, uma questão polêmica que envolvia interesses de pessoas homoafetivas que construíam uma vida ao lado da outra e não tinham nenhuma tutela no momento da separação. Questões envolvendo patrimônio, adoção, planos de saúde, sucessão entre outros, eram levadas constantemente ao Judiciário que tinha que decidir sobre o assunto sem nenhum fundamento legal, enquanto o Congresso Nacional não se manifestava sobre o assunto.

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação direta de constitucionalidade de nº 4.211 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Por votação unânime do pleno, foi reconhecido o Direito à união estável de pessoas do mesmo sexo. Ao proferir seu voto, Ayres Brito, declarou que:

A constituição federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente aos réus dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva.¹⁹¹

Os homossexuais são sujeitos de Direito como quaisquer outro, não havendo motivo para nenhuma diferenciação, ocorre que quase sempre são vítimas de preconceito, discriminação, clamam por planejamento e incrementação de políticas públicas capazes de sanar seus anseios por meio de leis e atos normativos.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal afastou a insegurança jurídica que orbitava sobre essas causas, fora realizada naquele momento uma verdadeira jurisdição constitucional fundamentada nos princípios de direitos humanos em uma “função contramajoritária”, como assim se referiu o voto do Ministro Celso de Mello:

[...] relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria, ou ainda contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje n. 198, 14/10/2011, ementário n. 2607-1. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: out. 2020, p.3.

da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica [...]¹⁹²

Segundo o Tribunal, não há diferença entre a união estável de pessoas de sexos distintos e do mesmo sexo, e o instituto jurídico da união estável deve ser interpretado da mesma maneira, independente da orientação sexual dos indivíduos, e todas as uniões estáveis devem ser consideradas iguais em sua essência, reconhecidas como entidades familiares aquelas formadas por afeição, unindo os indivíduos em uma vida comum.

A decisão foi fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana; Direito à cidadania, Liberdade e igualdade. O julgamento permitiu a plenitude da cidadania de todos os homossexuais.

Esse foi o primeiro passo para o reconhecimento de outras matérias que afligiam a população homossexual, como a questão da adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo. Por meio do Recurso Extraordinário de nº 846.102, foi levada ao plenário por ter sido reconhecida a repercussão geral do tema.¹⁹³

A Ministra Carmem Lúcia, relatora do recurso em questão, reconheceu o Direito à adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo, independente da idade, afirmando que:

Sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.¹⁹⁴

As decisões proferidas em ambos os casos, como nos demais não analisados, visam à estabilização da segurança jurídica das relações não regulamentadas e que precisam urgentemente de regulamentação. Ademais, com isso, fixa-se os pontos primordiais e vinculam-se as decisões de toda a federação, enquanto o Legislativo se mantém inerte aos reais interesses da sociedade.

Embora existam diversas críticas ao ativismo judicial, ele tem se concretizado e consolidado nos tribunais brasileiros. Não se pode negar que o Judiciário está cumprindo seu dever jurisdicional de proteção dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

¹⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje n. 198, 14/10/2011, ementário n. 2607-1. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 20 out. 2020, p. 42.

¹⁹³ ROVER. Tadeu. Carmem Lucia Reconhece adoção sem restrição de idade por casal gay. **Conjur**, 2015. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adoacao-restricao-idade-casal-gay#:~:text=Considerando%20a%20decis%C3%A3o%20do%20Supremo,uma%20crian%C3%A7a%2C%20independentemente%20da%20idade](https://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adoacao-restricao-idade-casal-gay#:~:text=Considerando%20a%20decis%C3%A3o%20do%20Supremo,uma%20crian%C3%A7a%2C%20independentemente%20da%20idade.). Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

O presente estudo não teve por objetivo definir o que é ativismo judicial, tampouco analisar seu conteúdo e seu alcance, até mesmo porque inúmeras são suas causas e justificativas, por isso, o mesmo é considerado como multifacetário ou multidimensional. O tema é polêmico e seu sentido e significado se darão de acordo com o critério intersubjetivo de cada um e sob os efeitos que a decisão impactará na sociedade.

Assim, não parece correto aduzir se a prática do ativismo judicial é correta ou não, porém, mostra-se viável para atender os anseios da população. Frise-se, ainda, que o conceito de justiça é subjetivo e, portanto, indefinido, e se aplica ao Direito conforme a situação que se apresenta.

Contudo, é possível chegar a algumas conclusões:

A teoria da separação de poderes se mostra ainda atual e extremamente viável aos fundamentos da República. O fato de se ter, ainda, uma constituição dirigente, extremamente ampla e complexa, complica a situação política e jurídica do país, vez que esta garante ao povo uma série de direitos e garantias fundamentais, institui um Estado provedor e, na realidade, não há recursos financeiros para suprir tudo o que promete, tampouco interesse político em resolver certas questões.

Com isso, a população fica à mercê da sorte em questões triviais e de suma importância, como o Direito a saúde, educação, dignidade da pessoa humana, entre outros. Entretanto, a concretização dos direitos fundamentais como já previstos na Constituição, aliados à insuficiência e inércia dos demais poderes exigem uma postura proativa do Judiciário, exercendo o que também está previsto na Constituição como função atípica dos poderes.

Entretanto, encontra-se respaldo para a terminologia ativismo judicial, que é utilizada quando o juiz foge do papel de convidado de pedra e se posiciona frente ao assunto ao qual foi provocado, proferindo decisões que fogem de sua competência e vinculando os demais poderes ao seu cumprimento. Contudo, não se deve diferenciar o juiz ativo do juiz ativista, e, nesses casos, apresenta-se o juiz ativo, que dá voz aos excluídos e concretiza a constituição na vida dos cidadãos.

Ademais, conforme já mencionado, a possibilidade de revisão dos atos do Legislativo e do Executivo ampliam essa discricionariedade.

Por outro lado, a medida é plausível pois está fundamentada no dever de controle constitucional, seja para conter atos ilegais do Legislativo ou do Executivo, seja no intuito de satisfazer os anseios da população, como meio de concretizar as garantias individuais.

Com a facilidade de acesso ao Judiciário por meio da defensoria pública, justiça gratuita, dentre outros, a vida brasileira se tornou judicializada, o que gera uma sobrecarga de processos e trabalho para o Poder Judiciário. Tendo em vista que a Constituição é extremamente ampla e dirigente, qualquer caso pode chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal julga tudo que chega ao seu conhecimento e devido à amplitude da Constituição, todo tipo de assunto chega ao Supremo, e isso implica, por vezes, o ativismo judicial ao julgar casos não legislados, vez que os Ministros não podem se negar a julgar por não haver previsão legal de determinados assuntos. Contudo, o trabalho não se dá de maneira eficiente, pois a corte julga os casos, na maioria das vezes, em caráter de exceção, por exemplo, no caso de possibilidade de aborto de bebês anencefálicos, não foi resolvida a questão do aborto em si, somente uma vertente do assunto. Isso faz com que continuem na fila de julgamento inúmeros casos que tratam do mesmo tema, logo, ao meu ver, a forma mais eficaz de solucionar o excesso de judicialização seria se a Corte Suprema do país passasse a julgar teses ao invés de casos isolados.

Logo, os Poderes continuam de olhos fechados para a quantidade de atrocidades que acontecem nas clínicas clandestinas de aborto e, ao se negarem julgar a tese em questão, o Judiciário continua sendo atolado por diversos casos que tratam sobre o mesmo assunto em todas as instâncias.

O Legislativo não trata desse assunto e tantos outros assuntos delicados, mas que precisam de regulamentação. Com isso, se enfraquece, o povo perde a confiança em seus representantes eleitos democraticamente e passa a buscar socorro no Judiciário, onde não há pessoas eleitas pelo povo. Analisando isso aos olhos da democracia, o ativismo judicial não parece se sustentar. Ademais, o Judiciário se tornou um protagonista de tamanha importância que todos os seus atos são questionados, os atuais Ministros são mais conhecidos e populares que muitos legisladores e, devido a tamanha exposição, ninguém nunca questiona a mora do Legislativo em solucionar questões que impactam a sociedade constantemente, e que acabam por desaguar no Judiciário como meio mais célere de resolver determinadas questões, promovendo assim um ativismo judicial exacerbado.

Em que pese tenhamos superado o positivismo e atualmente se fale em panprincipiologismo, as decisões judiciais devem ser proferidas em atendimento a proporcionalidade, razoabilidade e fundada sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando que tais princípios, se levados em consideração, abrem os caminhos para qualquer tipo de decisionismo, estes têm sido bem atribuídos nas decisões que invadem a seara legislativa pelo Judiciário.

Sob outro aspecto, o artigo 62 da Constituição Federal determina que as Medidas Provisórias sejam editadas sob o critério de urgência e relevância, o que deixa uma margem super ampla de discricionariedade ao Poder Executivo, facilitando o abuso de sua função atípica de legislar. Com isso, o Executivo legisla demais, enquanto o Legislativo queda-se inerte às necessidades da sociedade e, assim, se torna necessário que de algum modo a Constituição seja aplicada, mesmo que os representantes eleitos pelo povo não o façam.

Sob esse prisma, o Judiciário, ao reagir, está atendendo à vontade do Constituinte originário, sem que haja rompimento do Estado e enfraquecimento da democracia, vez que a autonomia e independência continuam sendo respeitadas.

Também não há que se falar em governo de juízes, pois há diversas formas de controle dos atos do Judiciário pelos demais órgãos, bem como pelo Ministério Público, Fazenda Pública e Defensoria Pública.

O ativismo na forma apresentada nesse estudo consiste em uma expressão legítima da democracia, priorizando o poder do povo, sua Liberdade e dando respostas às reivindicações da sociedade. O Poder Judiciário não tem competência para editar normas, leis ou decretos, ou ainda, regular os atos da administração pública, mas como guardião da Constituição, pode questioná-las, retirá-las do sistema se declarada sua inconstitucionalidade ou, ainda, confrontá-las mediante decisões que visem o bem-estar social, devolvendo eventuais questões ao poder competente.

O ativismo judicial é um fato atual e irreversível, consolidado por sua própria jurisprudência, principalmente em decorrência da judicialização da vida brasileira, da política e do controle de políticas públicas, contudo não deve avançar mais, sob pena de colocar em risco a Constituição vigente.

Entretanto, a solução para estabilizar o ativismo judicial é o diálogo entre as instituições, vez que, ao dialogar e sincronizar os problemas existentes na sociedade, se alcança uma solução de maneira rápida e eficaz e se preserva a harmonia e independência dos três poderes sem que haja risco a Constituição e se respeitem os limites normativos. Contudo, como o entendimento entre os poderes se mostra cada vez mais distante e devido ao destaque do Poder Judiciário em todos os anseios da sociedade, adentrando excessivamente em esferas que não são de sua competência, representa um grave risco a Constituição vigente, vez que a contenção também faz parte do jogo democrático e bem se sabe que somente um poder não é capaz de resolver todos os problemas da nação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros.
- ARANHA, Maria Lúcia Arruda. **Maquiavel: A lógica da Força**. São Paulo: Moderna, 1993.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49., jan., 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, **CONJUR**, 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto M.N. de Miranda. GRAGALLE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs). **Constituição e Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Site Luís Roberto Barroso – Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Direito Franca. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 05 maio 2020.
- Barroso. Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 26 out. 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2, ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, Noberto. **Dicionário de Política**. BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13. ed. v. 1. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; (coord.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CAPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Editora SAFE. Porto Alegre. 1993.
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa: juizados especiais**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.
- CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. O Consequencialismo, o poder e o amor. *In: _____*; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019.
- CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos à Aristóteles**. 2 ed. v. I. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CLÉRICO, Laura. **El Examen de proporcionalidad en el derecho constitucional** p. 84-85. Disponível em: [file:///C:/Users/Priscila/Downloads/Dialnet-ExamenDeProporcionalidadYObjecionDeIndeterminacion-5231548%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Priscila/Downloads/Dialnet-ExamenDeProporcionalidadYObjecionDeIndeterminacion-5231548%20(1).pdf). Acesso em: 05 ago. 2020.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115. Acesso em: 14 mar. 2021.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. 2. reimp. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.
- DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DIDIER, Fredie Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.
- DRAIBE, Sônia Miriam. O 'Welfare State' no Brasil: características e perspectivas. **Núcleo de Estudos de Políticas Públicas**, Caderno n. 08. Unicamp, 1993. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=108804&opt=1>. Acesso em: 23 maio 2020.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1940.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: _____, et. al. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.
- FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampetro (org.). **La Administración de Justicia en los albores del tercer milênio**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- FREITAS, Joares. **A interpretação sistêmica do Direito**. 5. ed. rev. e comp. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. **Verdade e Justificação**. Ensaios Filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HARVARD. Rights in Flux: Nonconsequentialism, Consequentialism, and the Judicial Role. **Harvard L Review**, mar 10, 2017, 130, 1436. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/03/rights-in-flux-nonconsequentialism-consequentialism-and-the-judicial-role/> Acesso em: out. 2020.
- HISTORY EDITORS. Plessy v. Ferguson, **History**, 2020. Disponível em: <https://www.history.com/topics/black-history/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1965.
- JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constiuição Federal**. 8. ed.rev. ampl. e atual. com as novas sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- LEVY, Wilson. O controle difuso de constitucionalidade e as “respostas corretas” *In*: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Juspvim, 2013.
- LLORENTE, Francisco Rubio. La Jurisdiccion Constitucional como forma de creacion de derecho. **Revista Espanõla de Derecho Constitucional**, n. 22, año 8, enero/abril, p. 12-14, 1988.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MADRID. Universidad Complutense. Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Tradução de Marcus Cláudio Acqua Viva, 1973 apud FERREIRA Filho, Manoel G. et. al. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978, on-line. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 05 jul. 2019.
- MANCUSO, Ronaldo Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 2. ed. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MARSHALL. William P. conservatism and seven signs of judicial activism. University of Colorado law review, chapel hill nº 73, p. 101-140, 2002 *apud* TRINDADE. André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição. *In*: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 22 ed. São Paulo: Forense, 2020.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 3. 10. ed. Lisboa: Editora Coimbra, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MOORE, Christopher W. **El proceso de mediación**. Barcelona: Granica, 1986.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NALINI, José Renato. Ativismo Judicial, Garantismo ou produção adequada? *In*: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Juspvim, 2013.

NALINI, José Renato. A função Política da Magistratura. **Revista Emeron**, n. 5, 1998, p. 26-36. Disponível em: <https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-1998-05.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.

NALINI, José Renato. Consequencialismo: Urgente, Nefasto ou Modismo? In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019.

NALINI, José Renato. MARTINS, Ives Gandra da Silva; NALINI, José Renato. A Judicialização da vida e o consequencialismo. In: CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; MARTINS, Ives Gandra da; NALINI, José Renato. (coord.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019.

NASSIF, Maria Inês. Os perigos da demonização da PF. [Blog] **Democracia Política e Novo Reformismo**, 2008. Disponível em: <https://gilvanmelo.blogspot.com/2008/07/os-perigos-da-demonizacao-da-pf-maria-ins.html> Acesso em: 24 out. 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para além do garantismo processual: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. 2011. 206 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2011.

PLATÃO. **A República**. Livro 1. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Editora Difusão Europeia do Livro, 1985. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-platc3a3o-a-republica.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001, v. IV.

PRZEWORSKI, Adam; MANIN, Bernard; STOKES, Susan. Eleições e Representação. **Lua Nova**, v. 67, p. 105-138, 2006.

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

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo Processo Civil: apresentação do debate. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora Juspoim, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões: revisão técnica e tradução de Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, 2007, p. 600. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003542. Acesso em: 01 set. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 3. ed. São Paulo: Ed. brasiliense, 1990.

ROVER, Tadeu. Carmem Lucia Reconhece adoção sem restrição de idade por casal gay. **Conjur**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adocao-restricao-idade-casal->

TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. *In: _____*; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio (orgs). **Garantismo versus neoconstitucionalismo**: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TRINDADE. André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

US SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 05 jun. 2020.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.) **Ativismo Jurisdicional do Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VELLOSO. Adolfo Alvarado. **La Terminación del proceso**: La sentencia judicial. Las costas: Editora Astrea, 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial (à brasileira). **Revista GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440. jul/dez., 2008.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel p. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Reavan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, v. 12. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista de Direito GC**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez., 2008.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 1995.