



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

VINÍCIUS ALVES SCHERCH

**TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E INFLUÊNCIAS DAS POSIÇÕES
JUSFILOSÓFICAS NO CENÁRIO JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO**

JACAREZINHO – PR

2019

VINÍCIUS ALVES SCHERCH

**TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E INFLUÊNCIAS DAS POSIÇÕES
JUSFILOSÓFICAS NO CENÁRIO JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

JACAREZINHO – PR

2019

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

S326

SCHERCH, Vinícius Alves.

Teoria da decisão judicial e influências das posições jusfilosóficas no cenário jurídico-político brasileiro / Vinícius Alves Scherch. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2019.

185 p.

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2019.

Referências bibliográficas: p. 173

1. Teoria da decisão judicial. 2. Jusfilosofia. 3. Ativismo Judicial. 4. Hermenêutica jurídica. I. Scherch, Vinícius Alves. II. Alves, Fernando de Brito. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. Teoria da decisão judicial e influências das posições jusfilosóficas no cenário jurídico-político

VINÍCIUS ALVES SCHERCH

**TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E INFLUÊNCIAS DAS POSIÇÕES
JUSFILOSÓFICAS NO CENÁRIO JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Membro 2: Prof. Dr. Jairo Neia Lima

Membro 3: Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

Dedico este trabalho à Sandra, como não poderia ser diferente, porque efetivamente me apoiou em todas as fases da conclusão do mestrado, com paciência, amor, carinho e valores que só grassam na sua companhia.

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento é a Deus. Não somente por todos os desígnios que misteriosamente me surpreendem de forma positiva, mas também pela fantástica oportunidade de poder recuperar o “tempo perdido” fora da Academia e me proporcionar essa viagem que é o Mestrado em Ciência Jurídica de Jacarezinho, tudo em segurança e com a certeza de alcançar o crescimento necessário para seguir em frente.

Agradecer é uma atividade cada vez mais em desuso. Digo aqui da verdadeira que se reporta ao sentimento de gratidão pelo favor imerecido, a *gratia* que é dada sem pedir nada em troca. Não aquela nova gratidão que deprecia seu valor em *posts* das redes sociais que, cada vez mais antissociais, desembocam-se em uma reclusão digital na qual se agradece para ganhar o *like* e construir a identidade – desajustada – do contemporâneo, não pelo reconhecimento.

Os agradecimentos são ações já lançadas para fora do reduto capitalista contemporâneo no qual se paga para entrar, permanecer e sair, que não admite a gratuidade, o favor, a solidariedade. Nesse meio tão cruel e antropofágico do anticulturalismo que deglute qualquer tentativa de pensamento plural e combate a ciência em nome da técnica irracional, da linha de montagem e da resposta pronta, o agradecimento às universidades públicas se faz necessário e pertinente. Em especial, agradeço à Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP pelos serviços tão bem prestados ao povo paranaense e pelo privilégio que tive de ingressar, estudar e pesquisar junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica.

Agradeço aos servidores, professores e à secretaria do Programa de mestrado e doutorado, pela acolhida, pela compreensão, pela sinceridade e pela oportunidade. A democracia e o pensamento plural sempre se fizeram presentes nas aulas, nos debates e nos seminários. A Turma XV também é especial, pessoas com tamanha inteligência e pensamento crítico são difíceis de se encontrar nos dias de hoje.

Na academia, renunciamos ao ego do *animal laborans* pós-moderno narrado por Byung-Chul Han, na *Sociedade do Cansaço*, e a contemplação, atividade solitária que é, transforma-se em uma comunidade que reconhece a importância do pensamento para a realização integral do ser.

Não foram poucas as oportunidades de desistir, a luta do mestrado é dura e longa, aliás, para mim, desde 2015, quando tentei pela primeira vez o processo seletivo. A seriedade com a qual os candidatos são avaliados é resultado da qualidade e da responsabilidade com a

que se pensa o direito e as suas facetas sociais no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Agradeço nominalmente ao Professor Dr. Fernando de Brito Alves, coordenador do programa de mestrado e doutorado e orientador deste trabalho, a compreensão, a presença constante, as ideias e provocações foram fundamentais para lapidar o conhecimento e apurar o senso crítico trazidos nessa dissertação. Não há medida de gratidão para expressar nestas linhas.

Também merecem a gratidão os professores que integraram a banca de qualificação, o Professor Dr. Jairo Lima, com quem tive o privilégio de conviver enquanto aluno na especialização em Direito Constitucional Contemporâneo, em magistral aula apresentou o constitucionalismo político de uma forma ímpar, e o Professor Dr. Rogério Braga, amigo que sempre me incentivou nos passos da academia e exemplo de vida para a docência, meus sinceros agradecimentos.

Por fim, o agradecimento mais importante, ao complemento da dedicatória, é para a Sandra, mais que esposa e companheira do cotidiano, foi cúmplice do desenvolvimento de tantos trabalhos de pesquisa que renderam bons artigos, participação em grupos de estudo, em viagens dos Conpedis da vida. Tudo isso somente foi possível porque a Sandra esteve ao meu lado, dando-me forças quando necessário e suportando as histórias do mestrado e as narrativas da pesquisa, agradeço e peço imensas desculpas pelas ausências, quando mesmo juntos eu abstraía como se vivesse uma realidade paralela na qual o pensamento funcionava para a dissertação.

Como a vida é um tentar até o fim, encerro com as palavras de Albert Camus:

Para o resto, deixe-nos saber que, no mundo de hoje, é o único esforço que vale a pena viver e lutar. Contra uma condição tão desesperada, a difícil e maravilhosa tarefa deste século é construir a justiça no mais injusto dos mundos, e salvar a liberdade daquelas almas destinadas à servidão desde o princípio. Se falharmos, os homens retornarão à escuridão. Mas pelo menos terá sido tentado.

SCHERCH, Vinícius Alves. **Teoria da decisão judicial e influências das posições jusfilosóficas no cenário jurídico-político brasileiro**. 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

O presente trabalho objetiva uma compreensão do lugar de algumas posições jusfilosóficas no âmbito de uma teoria da decisão judicial. Ainda que esta dissertação não seja uma expressão do estado da arte do tema, é possível inferir que no Brasil não há uma teoria da decisão definida e que as teorias importadas, quando muito, podem confundir ainda mais o quadro de premissas para a formação de teoria adequada para a realidade jurídica e social brasileira. A imbricação do jurídico e do social é constante no trabalho, a fim de expor a noção de que o direito interage com o mundo referenciando e sendo referenciado. Por isso, optou-se por estabelecer as bases do Estado, suas nuances e contradições internas, para depois buscar as interferências das escolas clássicas do direito no modo de ver e interpretar, interferências estas que orientam a decisão judicial. Também, a partir de algumas das principais características das tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*, denota-se que o Brasil possui elementos tanto de uma quanto da outra, causando um impasse para a decisão judicial que passa a misturar aspectos dessas tradições deformando suas essências em razão da forma pela qual foram recebidas as ideias no ordenamento normativo. O ponto nodal da teoria da decisão judicial se fixa na interpretação, não apenas nas tão discutidas discussões de procedimentalismo ou substancialismo, mas cinge-se em observar as tarefas que a Constituição impõe ao determinar um processo garantido como legal, com ampla margem de discussão e argumentação e também a garantia dos direitos fundamentais. A hipótese deste trabalho consiste em uma teoria da decisão judicial que se preocupa com a limitação da interpretação judicial e com a aplicação substancial do princípio democrático no processo. Para demonstrá-la, são analisadas teses de doutorado defendidas entre os anos de 2017-2018, com o tema relacionado à teoria da decisão judicial. A decisão judicial é jurídica e democraticamente correta quando a interpretação está fundamentada nas garantias processuais e na observância aos direitos fundamentais, buscando a integridade, a razoabilidade, a coerência e controlabilidade da interpretação utilizada para seu resultado. A conclusão desta dissertação consiste em ter a decisão judicial como um fenômeno jurídico e também social, por isso a teoria da decisão judicial aponta para a necessidade de se respeitar a democracia no âmbito da jurisdição, visto que a atividade decisória ainda sofre efeitos de uma interpretação silogística e que não enfrenta de maneira adequada as expressões abertas da Constituição, seja pelo viés do reducionismo ou pelo viés do ativismo.

Palavras-chave: Crítica ao ativismo jurídico. Hermenêutica jurídica. Jusfilosofia. Respostas constitucionalmente corretas. Teoria da decisão judicial.

SCHERCH, Vinícius Alves. **Teoria da decisão judicial e influências das posições jusfilosóficas no cenário jurídico-político.** 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

This study aims at an understanding of the place of some jusphilosophical positions within a theory of judicial decision. Although not an expression of the state of the art of the subject, it is possible to infer that in Brazil there is no definite decision theory and that imported theories at most can further confuse the framework of assumptions for the formation of adequate theory for decision making in the Brazilian legal and social reality. The imbrication of the legal and the social is constant at work, in order to expose the notion that the law interacts with the referencing and being referenced world. Therefore, it was decided to establish the bases of the State, its nuances and internal contradictions, and then seek the interference of the classical schools of law in the way of seeing and interpreting that guide the judicial decision. Also, from some of the main characteristics of the legal traditions of civil law and common law, it is noted that Brazil has elements of both, causing an impasse for the judicial decision that starts to mix aspects of these traditions, distorting their essences because of the way ideas were received in the normative order. The nodal point of judicial decision theory is fixed in interpretation, not only in the much-debated discussions of proceduralism or substantialism, but is limited to observing the tasks that the Constitution imposes in determining a process that is guaranteed to be legal, with wide scope for discussion and argumentation and also the guarantee of fundamental rights. The hypothesis of this dissertation consists of a theory of judicial decision that is concerned with the limitation of judicial interpretation and with the substantial application of the democratic principle in the process. To demonstrate it, doctoral theses defended between 2017-2018 are analyzed, with the theme related to the theory of judicial decision. The judicial decision is legally and democratically correct when the interpretation is based on procedural guarantees and observance of fundamental rights, seeking the integrity, reasonableness, coherence and controllability of the interpretation used for its outcome. The conclusion of this dissertation is to have the judicial decision as a legal as well as a social phenomenon, so the theory of the judicial decision points to the need to respect democracy within the jurisdiction, since the decision making activity still suffers the effects of an interpretation syllogistic and that does not adequately address the open expressions of the Constitution, either through the bias of reductionism or the bias of activism.

Keywords: Criticism of legal activism. Legal hermeneutics. Jusphilosophy. Constitutionally correct answers. Theory of judicial decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ESTADO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONSTITUCIONALISMO: NOTAS PRELIMINARES	13
2.1 Variação dos elementos do Estado no tempo atual	16
2.2 É possível falar (ainda) de Separação dos poderes	33
2.3 Executivo: do absoluto ao inoperante.....	39
2.4 Legislativo: do império da lei à indignidade da legislação	47
2.5 Judiciário: guardião ou dono dos direitos?	59
2.6 Dos constitucionalismos e sua importância para a compreensão da ordem jurídica.....	70
2.7 Conclusão do primeiro capítulo.....	78
3 POSSÍVEIS LEITURAS DAS DECISÕES JUDICIAIS	80
3.1 Entre normas, regras e princípios	83
3.2 Escolas clássicas do direito: interpretação, decisão e influências	95
3.3 A forma brasileira: nem <i>common law</i> , nem <i>civil law</i> e os riscos para a democracia ...	103
3.4 Conclusão do segundo capítulo	119
4 INCIDÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO: RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS E ATIVISMO JUDICIAL	126
4.1 Força da Constituição e a interpretação aberta	130
4.2 Decisões líquidas e o dever de proteger a Constituição	145
4.3 Limites e pressupostos para decisões coerentes	157
4.4 Conclusão do terceiro capítulo	166
5 CONCLUSÃO.....	169
REFERÊNCIAS	173

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, que é plural e multifacetada, as concepções de modelos jurídicos estáticos para a organização dos distintos interesses não se mostram viáveis do ponto de vista das rápidas alterações que ocorrem. Com isso, permeia o consciente das pessoas uma impressão de que o direito quase sempre chega atrasado para a solução dos impasses da sociedade, atribuindo, por vezes, à atividade jurisdicional a difícil tarefa de promover a integração ou a complementação das tessituras necessárias para que o direito alcance sua finalidade.

A decisão judicial acaba ocupando um papel complexo à medida que o volume de processos demanda soluções rápidas, como se estivessem prontas em uma prateleira, disponíveis para serem consumidas pelo Judiciário e pelas partes. A partir daí todo um processo reflexivo e consciente de entender que o sistema jurídico não é suficiente para compreender todas as situações possíveis de uma sociedade com tantos contrastes, tal qual a brasileira, cede lugar a procedimentos cada vez mais mecanizados de resolução dos processos.

Ante a isso, acresce-se que a Constituição é um projeto inacabado da sociedade. Isso se deve ao fato de ser um texto aberto e sempre à disposição para modificações que decorrem do movimento social e cultural da comunidade para a qual se destina, produzindo e instruindo as normas. Dentro desse quadro, é que a Constituição se mantém atual não somente pela produção de alterações ao seu texto, mas também pela atividade interpretativa que visa adequar a norma aos fatos da vida. Nesse esforço, diversas instituições incumbem-se de trazer as aproximações entre o que a Constituição é e o que se torna na realidade, mediante atos de governo, produção legislativa e jurisdição.

No campo da jurisdição, supõem-se critérios para formar a decisão judicial, notadamente, a partir da Constituição e da construção de argumentos coerentes e que possam justificar-se objetivamente aplicáveis. A decisão judicial não enfrenta aspectos jurídicos somente, pois acaba incidindo sobre temas políticos, sociais, históricos e culturais quando está diante de casos difíceis, ou seja, aqueles em que a resposta não emana naturalmente do ordenamento normativo.

Com isso, figuram nos principais problemas da teoria da decisão, pelo menos três, que se interligam: (i) a quantidade de respostas (céleres) que a sociedade demanda; (ii) a multiplicidade de meios para a interpretação (hermenêutica) do sistema jurídico; (iii) a discricionariedade judicial exercida de maneira ilimitada. A hipótese aqui trabalhada parte da

ideia de limitar a discricionariedade judicial a partir de uma interpretação coerente com os desenhos institucionais e com as exigências da Constituição e da sociedade.

Nesse sentido, a solução do caso concreto corre o risco de se distanciar da justiça para que a resposta do Estado possa ser dada em tempo de atender a demanda. A busca pela resposta não pode ser confundida com a busca pela resposta correta, aliás a construção da(s) resposta(s) correta(s) nem sempre é possível ante ao déficit de uma teoria adequada para enfrentar por completo os problemas sociais à luz do direito somente.

O papel da decisão judicial é, a partir disso, concretizar os preceitos constitucionais, efetivando todo o potencial normativo da Constituição e propiciar a atuação positiva do Estado, na solução dos problemas da comunidade, se tornando ainda mais complexo. A Constituição estabelece no seu art. 93, inc. IX, que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, de forma que o objetivo desta pesquisa é trazer os elementos necessários para identificar a finalidade da decisão na compreensão da integridade do direito, a partir da noção da pluralidade de possibilidades de interpretação e de alternativas pelas quais a jurisdição pode se efetivar.

No que alcança a teoria ampla da decisão judicial, podem ser abordadas diversas nuances da atividade jurisdicional, tais como o decisionismo singular ou colegiado, as decisões de matérias ordinárias (infraconstitucionais), teorias de disputa pelo poder de legislar positivamente no embate entre Legislativo, Executivo e Judiciário, controle do mérito administrativo pela criatividade judicial, entre outras. Este trabalho busca concentrar-se em uma teoria da decisão judicial afeiçãoada à jurisdição constitucional, no que diz respeito aos limites e alcances dos direitos fundamentais, ainda que sejam analisadas situações de uma jurisdição geral. Isso se justifica porque, muitas vezes, a jurisdição constitucional não se opera somente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e os juízes e tribunais se veem obrigados a dizer sobre o limite e o alcance dos direitos fundamentais no caso concreto.

Para a elaboração do trabalho, foi utilizada a metodologia predominantemente hipotético-dedutiva. Dessa forma, conceitos de âmbito geral foram trazidos para o recorte específico abordando a teoria da decisão judicial no círculo das implicações jusfilosóficas. Nesse sentido, foram pesquisados aspectos relevantes para a compreensão das decisões judiciais no que alcança, primeiramente, a formação do Estado, após foram trabalhadas as escolas clássicas do direito e também aspectos da hermenêutica e sua contribuição para teoria da decisão judicial, viabilizando a obtenção de respostas adequadas, coerentes e que levam em conta a integridade do direito. No referencial teórico, foi feito um levantamento bibliográfico que considerou as teses de doutorado, produzidas no biênio 2017-2018, que trabalharam as

temáticas da teoria da decisão judicial, do constitucionalismo, da interpretação, da decisão democrática, e foi possível encontrar 42 trabalhos de relevância para esta dissertação. A pesquisa também levou em consideração referenciais teóricos já produzidos, os quais serviram de fonte de consulta para subsidiar a hipótese.

A hipótese aqui trabalhada consiste em uma teoria da decisão judicial que se preocupa com a limitação da interpretação judicial, com os elementos materiais do julgado que tenham os conteúdos abertos da norma preenchidos pelas contribuições da jusfilosofia e com a participação ativa dos atores sociais, portanto, atendendo ao princípio democrático no processo. Para isso são levados em consideração (i) o desenho institucional do Estado, (ii) as possíveis leituras das decisões judiciais e (iii) a incidência da Constituição nas decisões judiciais, estruturados na forma de capítulos.

No item 2, são apresentados alguns aspectos da formatação do Estado e como se dá a divisão das suas atividades. Por esse ângulo, o texto faz uma passagem pelos elementos do Estado e como isso se sustenta diante de uma sociedade afetada pela globalização e cada vez mais sem fronteiras para a realização de seus interesses, predominantemente capitalistas. Preocupações com o Estado Social são transversalmente abordadas no sentido de contextualizar a função do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, enquanto responsáveis por aquilo que se diz ordem social e também pela própria integridade do direito. Nesse ponto, a pesquisa faz um aporte a respeito do constitucionalismo enquanto um movimento político e teórico que denuncia situações de arbitrariedade e abuso de poder que, muitas vezes, são naturalizados pelo direito e objurgam o aspecto popular da Constituição e dos direitos fundamentais.

O item 3 apresenta conceitos liminares das normas, regras e princípios, com o intuito de viabilizar leituras das decisões judiciais. Com isso, são traçadas as diferenças entre um e outro, diferenças estas muitas vezes passam despercebidas na função judicante, especialmente pela forma de interpretar as regras e princípios, não raras vezes por meio de um esquema fechado de interpretação que não proporciona alcançar a função das normas, regras e princípios, e, outras vezes, abrindo as estruturas do direito para valores subjetivos e proporcionando a criação judicial do direito que pode ser arbitrária. Também nessa parte do texto, longe de estabelecer uma genealogia do direito brasileiro, o objetivo é trazer um aporte que possibilite as contribuições da *civil law* e da *common law* para o ordenamento jurídico, não somente em termos formais, mas como se dá a materialidade do direito e como se comportam as concepções de institutos jurídicos, especialmente os de característica aberta.

O item 4 traz a importância de se considerar a incidência da Constituição para a formulação de respostas constitucionalmente adequadas. Para tanto, são apresentadas as situações em que as decisões se tornam fluídas demais para solucionar o caso concreto e deixam de lado o dever fundamental de proteger a Constituição, colocando em risco o princípio democrático de garantir a participação das partes no processo, viabilizando a construção dos sentidos e dos alcances dos direitos fundamentais. O ativismo judicial é debatido em sua faceta negativa, que importa na criação do direito pelo Judiciário a partir de concepções do próprio julgador. Dessa forma, como tentativa de contenção a uma expansão da atividade jurisdicional ilimitada e sem critérios de confiabilidade para a criatividade judicial, são apresentadas as condições para que a decisão seja coerente, levando em conta a variedade de interpretações que podem ser utilizadas pelo julgador para o exercício da jurisdição.

Este trabalho foi desenvolvido no Mestrado do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, cuja área de concentração é Justiça e Exclusão, na linha de pesquisa Função Política do Direito, a aderência a essa linha se justifica porque são tratados aqui os problemas de uma prestação jurisdicional puramente, não admite a política e, ao fazer isso, não permite sua aderência ao social. Dessa forma, o assunto abordado neste texto tem o objetivo de trazer à tona, por meio do debate sobre a teoria da decisão, que a política está cada vez mais se imbricando com o jurídico, demandando do intérprete um (re)conhecimento a respeito das alterações sociais e do impacto das decisões para as pessoas e para o direito. A função política do direito se mostra na premência de buscar uma sociedade mais justa e menos desigual, como objetivo fundamental constitucional que deve impulsionar a construção de teorias aptas a dar respostas que se preocupem com as pessoas em sua identidade e necessidades, não com uma justiça em números que se exaure na formalística da extinção dos processos judiciais.

2 ESTADO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONSTITUCIONALISMO: NOTAS PRELIMINARES

Toma-se emprestada a provocação de Georg Jellinek que entendia o direito como limitação do Estado¹, porém um limite que o próprio Estado cria na figura do direito positivado². Essa forma de autolimitação ou de autocontenção do poder é o que engendra uma aporia: se o Estado se limita pelo direito que ele mesmo cria, então é o direito que depende do Estado?

Afinal, seria o Estado uma figura onipotente, que pode criar e modificar a ordem jurídica via poder constituinte, de acordo com sua vontade e interesse? A resposta é negativa a partir da concepção de mecanismos de controle e limitação da forma do exercício de poder. Por isso é que se figura necessário entender, com Jellinek, que “o reconhecimento do indivíduo como pessoa é o fundamento de todas as relações jurídicas” (JELLINK, 2000, p. 388).

O primeiro capítulo parte dessa reflexão e nele são perquiridas as noções, ainda que preliminares, do significado de Estado, de separação de poderes em suas nuances jurídicas, políticas e também das funções tradicionalmente estabelecidas: executivo, legislativo e judiciário. Da mesma importância, é objetivo aqui trazer aspectos do constitucionalismo, para intentar respostas a perguntas como: Qual a importância da Constituição? A política deve ser enfrentada no campo jurídico de discussões?

O Estado aparece como uma ficção necessária para manter um mínimo de organização para os agregados de pessoas. Com a expansão das comunidades, grupos, feudos e sociedades, assim como pelos conflitos entre os diversos povos, a Humanidade³ atentou-se para a criação de mecanismos de diminuição dos impactos causados pelas divergências entre

¹ A ideia da auto-obrigação do Estado em relação a seu direito desempenhou um papel muito importante na formação do constitucionalismo moderno. Não apenas tenta conter a onipotência do Estado por meio do estabelecimento de normas para a externalização de sua vontade, mas também tenta restringi-lo, especialmente pelo reconhecimento de direitos individuais garantidos. Esta garantia consiste em conceder o caráter imutável aos direitos protegidos (JELLINEK, 2000, p. 351 – tradução livre). Jellinek também apontou aqui a existência de cláusulas pétreas, que não podem ser objeto de alteração, restringindo a atividade estatal no que alcança direitos individuais.

² O direito positivado é aquele já legislado, que é contido em uma lei ou em uma Constituição. Para entender o pensamento de Jellinek, é preciso saber que o autor considerava a hipótese de o direito emanar de outras fontes ou associações, tais como o direito natural, o direito eclesástico e regras de convivência da família. Assim, ainda que se possa considerar pequenas associações como uma espécie de Estado embrionário, o direito, ao menos para efeitos de uma teoria de Estado, não é produto exclusivo da instituição estatal.

as pessoas. Em um salto, é possível dizer que os Estados Modernos se erigiram com uma grande influência do direito romano, haja vista ter como característica a monopolização da produção jurídica, deixando de lado as práticas consuetudinárias baseadas na solidariedade clânica e na indistinção entre o sagrado e o secular (VERBICARO, 2017, p. 27). Cabe dizer que essa noção não é propriamente histórica, mas para servir de corte metodológico para entender reflexões ocidentais sobre o Estado e sobre o ordenamento jurídico de matriz romano-germânica, em que pesem alguns pensamentos estejam presentes também nas práticas anglo-saxãs.

Ao longo de séculos, desenvolveram-se as noções de agrupamento e também de individualização dos interesses e o direito foi se amoldando às necessidades sociais, ao mesmo tempo que propiciavam a definição das demarcações, das propriedades e o funcionamento do capitalismo e de mecanismos de exploração. Nos Estados absolutistas, o interesse público – interesse do governante – é marcante em superposição aos interesses particulares, contrapondo-se, portanto, à ideologia liberal que deu sinais de romper com tal forma de organização e pensar instrumentos de limitação do poder.

Entretanto, era necessária uma unidade política para que fossem favorecidos os interesses particulares. Uma das mais relevantes formas de compreender a natureza do poder e a sua eficácia, no limiar do pensamento político moderno, foi desenvolvida por Thomas Hobbes, uma vez que “numa sociedade em crise de afirmação religiosa, Hobbes rompe com toda sorte de concepções legitimadoras do poder e fundamenta seu pensamento político em argumentos de natureza racional” (SILVA; TAVARES NETO, 207, p. 157).

Essa teoria de Hobbes que rompeu com a característica fragmentária da sociedade medieval foi emblemática ao sustentar um contratualismo em bases absolutistas, isso porque o cerne de sua construção teórica consistia em ter o Estado como produto de um acordo de vontades materializado em um contrato social celebrado com o intuito de abandonar inconvenientes do estado de natureza, sujeitos são microssujeitos antagônicos (ego) e o Estado é o macrossujeito (superego) que representa a sociedade (VERBICARO, p. 33).

Em que pese o aporte teórico hobbesiano ter uma influência lapidar no pensamento político, é inevitável notar que o consenso pleno entre as pessoas não pode ser alcançado, de forma a fragilizar o pacto inicial. A sociedade precisaria de bases mais sólidas para ladrilhar o

³ A utilização da palavra Humanidade com a inicial maiúscula serve para designar o conjunto de seres humanos, sendo, para os efeitos deste trabalho, diferente de humanidade que seria o adjetivo que indica a benevolência e solidariedade da pessoa.

caminho do processo civilizatório. Esse objetivo não é alcançado com a criação de formas de dominação, mas com formas de participação e a isso se deve o fracasso de revoluções que se revestem da pauta democrática, mas, no fundo, se põem para manter os interesses de classes materiais.

Notadamente, em outro salto, “a Revolução Burguesa conservadora, ao mitigar transformações e mudanças reais muda os nomes e as siglas, mas garante os grupos de poder e o seu *status quo*”, e, continuando seu raciocínio, com apoio em Goethe, o autor lembra que das incertezas de poder nascem descabros morais, sociais e jurídicos (MARTINEZ, 2019, p. 28).

No meio de tantos processos de colonização e descolonização de povos, de pensamentos e de culturas, o Estado ocupou o papel principal na dominação de conflitos, mantendo o monopólio do poder e, muitas vezes, engendrando conflitos internos⁴. A fim de limitar o poder do Estado – ou do estadista – destacou-se a teoria de Montesquieu para descentralizar o poder em distintas funções, foram aprimorados mecanismos de freios e contrapesos, foram criadas as cláusulas pétreas, enfim, o Estado passou a se render à Constituição como um documento político formado, principalmente, por um texto destinado a organizar a estrutura estatal e de exercício do poder, bem como prever direitos fundamentais.

É o poder que mantém existente a esfera pública, pois esta desaparece com a dispersão dos homens. Por isso, “se o poder fosse algo mais que essa potencialidade da convivência, se pudesse ser possuído como a força ou exercido como a coação, ao invés de depender do acordo frágil e temporário de muitas vontades e intenções, a onipotência seria uma possibilidade humana concreta” (ARENDRT, 2007, p. 213). Pelo constitucionalismo é possível ver o poder contido e o conteúdo do poder, por isso se apresenta a Constituição como uma importante carta política e a relação que estabelece com os sujeitos para a formação e definição dos direitos fundamentais, que *a priori* dão o contorno do poder e da força que permeiam as relações sociais e as tomadas de decisões.

O desenvolvimento dos estudos do constitucionalismo serve em momentos para explicar e, em outros momentos, para denunciar como em ambientes construídos a partir de

⁴ Conflitos internos são aqui entendidos como disputas pelo poder, que ocorrem dentro da própria estrutura do Estado. Se desenvolvem no campo da burocracia e, ainda que informal e rudimentar em se tratando de governos com exercício unitário de poder, intentam a atuação de freios e contrapesos, porém vistos aqui mais como jogo político do que como mecanismo de contenção de arbitrariedades e de aprimoramento da técnica estatal de atuação

fundamentos democráticos pode ocorrer a ruptura entre o Estado e as pessoas, deformando o conteúdo dos direitos fundamentais e afetando o desenvolvimento das instituições.

2.1 Variação dos elementos do Estado no tempo atual

Entender o Estado com uma definição precisa e acabada se coloca como um problema fundamental da ciência política, assim como da ciência jurídica. Atualmente 193 países que são membros da ONU⁵, mas consideradas as entidades que disputam a condição de Estado, cerca de 206. Isso se dá por divergências de ordem geopolítica, religiosa, cultural, a depender de cada caso em especial, demonstrando que a figura do Estado é complexa, em vez de um fenômeno constante em todas as sociedades, o surgimento de cada Estado se acha vinculado à diversidade de circunstâncias de cada local. Na tentativa de simplificar a figura do Estado, Kelsen propôs a discussão do termo pelo ponto de vista puramente jurídico, a partir disso o Estado é “um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação (...) é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional) (KELSEN, 1998, p. 261-262).

Embora a simplificação de Kelsen sirva para uma compreensão do Estado em uma ideia de estrutura formal, tal qual o estudo dos tipos de empresas e sua constituição em estatutos, contratos ou requerimentos, a pretensão do autor foi a de tornar visível seu desenho somente como uma personificação da ordem jurídica nacional, tanto que mais à frente de seu trabalho ele explora outras nuances, como a ordem, a comunidade, a unidade sociológica, seu conceito jurídico, seu caráter normativo, o Estado como poder, como sujeito de deveres e direitos. Ao presente estudo interessa o Estado como unidade de poder.

O Estado é uma realidade complexa que pode tanto representar a salvaguarda dos valores mais caros como pode ser o algoz que extermina sonhos e pessoas (FACHIN; SAMPAR, 2017, p. 1).

Como o Estado é um ente ficto, criado para estabelecer e organizar relações sociais com objetivo certo, para essa consecução de objetivo pode ser visto como o detentor do “monopólio da força legítima” (WEBER, 2007) ou simplesmente a “institucionalização do poder” (BURDEAU, 2005). Para a formação do Estado, tradicionalmente, são tidos três

⁵ Informação constante do endereço eletrônico da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/#a4|paisesMembros3>. Acesso em: 05 jun. 2019.

elementos: povo, soberania e território (JELLINEK, 2000; MALBERG, 2001; RADBRUCH, 2010).

Sobre estes elementos, primeiramente, é de se destacar que o povo não é um singelo compilado de pessoas que são tidas como súditos que aguardam ordens e favores do Estado, antes, é um conceito plurívoco (COMPARATO, 2003, p. 20-21), porque tem várias facetas e papéis no âmbito político e jurídico (MÜLLER, 2003), sendo necessário dizer que a realização dos projetos democráticos exige uma reserva clara de poder do povo e que se todo ele é alienado no processo de representação ou alijado pelas perversas dinâmicas de exploração do capitalismo, as incertezas da democracia se tornam em devaneios abstratos (ALVES, 2013, p. 295).

Pela concepção de Friedrich Müller, o povo não é um elemento natural que é facilmente obtido de um fato, o que implica dizer que o conceito jurídico de povo, no qual este aparece como elemento legitimador de poder e de violência não é obtido por meio de um fato. Por isso, o termo povo não induz, necessariamente, ao ambiente democrático, o povo demanda a presença e sua verificação é empírica, por não se tratar de um elemento neutro:

Quando o termo “povo” aparece em textos de normas, sobretudo em documentos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), deve ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado *lege artis*.

Na tradição histórica e (jus-)política [(rechts-)politischen] do emprego do conceito, o termo ‘povo’ não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos. (MÜLLER, 2003, p. 83)

O povo não somente como elemento constitutivo do Estado, mas como sujeito ativo precisa ser interpretado, conforme o que Friedrich Müller chama de regras da arte, considerando as nuances sociais, legais e todos os conhecimentos úteis, possibilidades técnicas e habilidades do conhecimento. Sem prejuízo disso, muitas vezes o conceito de povo é manipulado de acordo com interesses de grupos hegemônicos de poder e utilizado para legitimar barbáries:

Além disso “o” povo foi ou está sendo selecionado qualitativamente segundo a sua disposição para a lealdade política e simultaneamente foi ou está sendo registrado, com maior ou menor grau de dupla moral, nos textos de justificação do Estado como “unitário”, como legitimador em bloco: o proletariado, os membros do movimento, do partido do Estado ou do partido unificado, os “seguimentos politicamente conscientes do proletariado”, “os bons alemães” etc. A partir daqui a distância até a *criação* do povo bom (para os donos do poder) equivale apenas ao salto de uma pulga. Pois o “povo” atua, mais ainda do que um conceito apenas seletivo, como conceito finalista e mesmo como conceito de combate: no “combate semântico” e igualmente, se não mais frequentemente, na poda brutal de populações

transformadas por coação ideológica e jurídica e *manu militari* em “povos” (privação de direitos, opressão, expulsão, reassentamento, extermínio de segmentos “inconvenientes” da população). Justifica-se assim aparentemente um discurso sobre o “povo” marcado pela partidarização [parteiischer “Volks”-Begriff]. O mesmo ocorre por força de prescrições jurídicas e/ou implementação tendenciosa de textos de normas existentes, quando se visa instituir a *desigualdade* de “povo” e “população” por meio de múltiplas técnicas de discriminação, exclusão e terror. (MÜLLER, 2003, p. 85)

Em um contexto predominantemente político, figuras como o “interesse de maioria”, “cidadão de bem”, “valor moral da família” e outras pautas de conteúdo puramente moral – moralista – ocupam-se da figura do povo para a superposição de interesses individuais de grupos dominantes em detrimento de direitos fundamentais.

O povo, se entendido como uma unidade, é constantemente objeto de manobra confundindo-se em massa de pessoas que, com exceção de minorias, acaba se rendendo a efeitos deletérios da rápida disseminação de informações desajustadas (*fake news*). Nesse escopo, surgem as figuras de déspotas que se afirmam como os únicos a encarnar a vontade do povo⁶ em uma ascensão extraordinária (MOUNK, 2019, p. 50).

Inevitável associar povo e democracia, tanto que este é o cerne da leitura proporcionada por Friedrich Müller na sua obra, ao investigar quem é o povo como questão fundamental da democracia. A isso, alia-se também o populismo, especialmente quando se veem as guinadas extremistas que se põem como legítimas a partir de uma suposta vontade do povo. Como ressalta Yascha Mounk (2019, p. 52-53), os defensores do populismo celebram movimentos populistas de extrema direita e extrema esquerda como um sinal de grande vitalidade do sistema político, mas escondem uma raiz profundamente iliberal que se coloca como o desafio mais fundamental ao respeito dos direitos humanos.

Passando à soberania, esta não serve tão somente como um elemento pelo qual o Estado se distingue dos demais e se impõe diante dos cidadãos. Também não serve somente para que seja, o Estado, reconhecido internacionalmente, mas é e deve ser entendida como aspecto jurídico do poder geral do Estado, correspondendo imediatamente à realidade sociocultural da nação. O Brasil coloca a soberania como um fundamento da República, fundada a partir do pacto federativo e do Estado Democrático de Direito, conforme exposto no art. 1º da sua Constituição.

⁶ Se os meios de comunicação potencializados pela internet já existissem na época de Adolf Hitler, com a propagação de *fake news*, provavelmente o mundo não seria como é conhecido hoje, teria se rendido aos efeitos deletérios nazismo e o *Reichstag* teria pegado fogo antes do próprio incêndio de 27 de fevereiro de 1933.

Como a soberania envolve a relação do Estado e dos cidadãos, em um aspecto de Estado-nação⁷, coloca-se como elemento do poder do Estado em seu território, mas também supera o seu liame com o território e com uma cultura nacional, não podendo se redundar a aspectos nacionalistas somente⁸. Em um Estado moderno, talvez a soberania territorial funcionasse bem para estabelecer a força e os limites geográficos, mas se revela deficitária à medida que são exigidas cada vez mais aberturas das fronteiras, especialmente para a consecução de interesses capitalistas⁹.

De acordo com Arjun Appadurai, esse modelo de soberania apegado ao Estado-nação não funciona bem para o tempo atual, ponto em que o autor já em 1997 falava em “translocalidades divorciadas de seus contextos nacionais”, aduzindo que a soberania territorial se desajusta das necessidades da própria existência pelo trabalho:

A constituição do Estado-nação pressupõe o isomorfismo entre povo, território e soberania legítima, que se encontra ameaçado pelas formas de circulação de pessoas características do mundo contemporâneo. Tornou-se notável como, no mundo em que vivemos, o movimento humano costuma ser decisivo na vida social, e não algo excepcional. O trabalho, tanto do tipo intelectual, mais sofisticado, como aquele do proletário mais humilde, leva as pessoas a migrar, frequentemente mais do que uma vez. (APPADURAI, 1997, p. 36).

Basta ver que para impor a sua soberania, por exemplo, o Estados Unidos cogita a construção de um muro em sua fronteira com o México¹⁰ e que esta foi uma das propostas de

⁷ O Estado-nação é uma figura que congrega aspectos políticos e geopolíticos com aspectos étnicos e culturais, limitando-se a uma forma de soberania territorial, para a formação de sua base lógica política e jurídica fundamental (APPADURAI, 1997, p. 34).

⁸ Jürgen Habermas faz uma leitura do espírito do povo (*Volksgeist*) para a referência de demarcação do próprio e do estrangeiro, resgatando a ideia da “língua pátria” que foi utilizada na época do romantismo alemão para substancializar o povo em um culturalismo, demarcando a nação no tempo e no espaço, com isso as fronteiras dos territórios estatais cedem lugar a uma geografia linguística para representar a unidade do Estado-Nação. A nacionalidade em oposição ao cosmopolitismo foi também a orientação do pensamento da Escola Histórica em sua primeira fase, rechaçando o iluminismo – o que será visto no item 3.2 – ante pela grandeza da história do povo alemão em oposição ao novo e pronto, que acabou preparando o terreno para o Estado nacional burguês moderno (HABERMAS, 2001, p. 13-15).

⁹ Pelas linhas a Escola Histórica, que regressou ao direito romano, se instaurou uma situação controversa, na qual os institutos romanos de notável característica de antiguidade e escritos em latim, se colocavam acima dos institutos germânicos em razão de sua dogmática, de modo que estes últimos somente conseguiam se impor na regulação de situações econômicas modernas, sem conseguir legitimar o Estado constitucional democrático a partir das próprias fontes da história do direito. Não somente as fontes do direito se viram afetadas, mas também o purismo, que não conseguiria avançar para uma política liberal sem superar a dicotomia entre o histórico e o natural, que deu azo ao processo de codificação (HABERMAS, 2001, p. 19-21). Com isso, era possível manter relações mercantis e também considerar em algum sentido que os povos diversos lutam pelos mesmos fins políticos, atraindo a noção de solidariedade entre as pessoas.

¹⁰ O Supremo Tribunal norte-americano autorizou em 27 de julho de 2019 que Donald Trump utilize dinheiro público do Pentágono para construir parte do polêmico muro na fronteira com o México, com o qual afirma que pretende reduzir a imigração ilegal. O conflito chegou à Suprema Corte após o presidente recorrer à declaração

campanha do presidente americano eleito em 2016, que se choca de frente com as reivindicações das minorias e que abala a própria ideia de liberdades econômica e cultural, formando um paradoxo de liberdade civil limitada pela busca por integridade nacional.

Na defesa da soberania territorial ou nacionalista, o efeito da globalização ao permitir a entrada do outro no campo do igual é tido como negativo, gera medo e fomenta a lesão a direitos humanos. Yascha Mounk apresenta três frentes de combate ao populismo – que a fundo alimenta a ditadura – e que podem despontar para uma tomada de consciência do atual:

Primeiro, temos de reformar a política econômica, no país e no exterior, para diminuir a desigualdade e cumprir a elevação rápida do padrão de vida. Uma distribuição mais igualitária do crescimento econômico, segundo essa visão, vai além da justiça distributiva; é uma questão também de estabilidade política.

(...)

Segundo, precisamos repensar o significado de Estado-nação moderno e de sentir que pertencemos a ele. A promessa da democracia multiétnica, na qual os membros de qualquer crença ou cor são vistos de fato como iguais é inegociável.

(...)

Por fim, precisamos aprender a resistir ao impacto transformativo da internet e das mídias sociais. Com a disseminação de ódio e das fake news, muitos já pedem que as empresas de mídias – ou os governos – atuem como censores. (MOUNK, 2019, p. 33-34)

Dessas medidas que Yascha Mounk apresenta, que podem ser tidas como gerais e não somente aplicáveis ao contexto norte-americano, pese todas serem de grande relevância, a que mais se destaca ao campo da soberania é a que proposta de repensar o Estado-nação como um local plural. Ao complemento, Jürgen Habermas afirma que um mundo cada vez mais densamente entrelaçado pela ecologia, economia e cultura, se torna mais raro que uma coincidência entre os Estados, porque as decisões são tomadas em bases territoriais. Porém, no que Habermas chama de “brechas de eficiência” e “vazios de legitimação” atuam organismos que apagam as fronteiras entre a política interna e externa que dão azo a novas formas de trabalho em conjunto internacional¹¹ (HABERMAS, 2001, p. 89-91).

No mesmo sentido, Milton Santos fez o alerta de que a noção de soberania necessitaria de uma revisão diante de sistemas transgressores de âmbito planetário, os quais

de emergência nacional na área, uma situação excepcional que lhe permite dispor de fundos orçamentários para outros fins e, dessa forma, evitar o acordo com o Congresso, que não lhe concede recursos públicos para esse projeto. Concretamente, Trump pode utilizar 2,5 bilhões de dólares (9,5 bilhões de reais) previamente destinados a um programa de narcóticos do Departamento de Defesa. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/27/internacional/1564182188_174840.html?fbclid=IwAR3jXhI5wbEok2ijrMIvrH4ISxyBMNYpYvjkMY7wd9vk7wGcjDU2qBQnT8g. Acesso em: 13 ago. 2019.

por sua atuação violenta acentuam a “porosidade das fronteiras”. Dentre muitos que se poderia citar, a informação e a finança, são sistemas em que a fluidez se multiplica graças às maravilhas da técnica contemporânea. No entanto, não é acertado pensar informação e finança exerçam sempre sua força sem encontrar contrapartida interna – no Estado-nação –, já que, em certa medida, dependem de uma “vontade política interior” capaz de coibir a influência absoluta destes fatores. A conclusão de Milton Santos é a de que o Estado continua forte e a prova disso se dá no fato de que empresas transnacionais e instituições supranacionais não possuem força normativa para impor, sozinhas, a sua vontade política ou econômica. Há uma espécie de aliança forçada entre esses tipos de organizações transnacionais e o Estado para a criação de normas de produção, de trabalho, de financiamento e de cooperação com outras empresas, compatíveis com seus interesses (SANTOS, 2003, p. 35-36).

Já o território, na concepção tradicional, é o elemento constitutivo do Estado, no qual é exercida sua jurisdição e sua soberania, no aspecto geopolítico, o Estado firma-se em constante vigília para afungentar ameaças à sua porção de espaço – incluindo marítimo e aéreo –, assim, o território também é o campo que viabiliza a identidade e integração da comunidade, além de ser o fator de exercício e limite do poder estatal (LORA ALARCÓN, 2014, p. 96).

Para essas finalidades tradicionais de garantir limites, segurança e, em certa medida, dominação, o território “resulta da apropriação coletiva do espaço por um grupo” (CLAVAL, 1999, p. 8). No contexto de apropriação ou de pertencimento a exigência do território é que figure como *locus* do indivíduo, onde desenvolve sua identidade. Assim, para uma noção de território mais atual é preciso considerar os impactos dos discursos que se desenvolvem no espaço. Aliás, a separação da ideia de território – como um conceito político – de espaço – como um conceito geográfico – é uma reflexão derivada do Estado moderno que atrai toda a necessidade de impor o território como o espaço físico de exercício da liberdade com os limites e a segurança propiciados pelo Estado. Quanto mais plural a sociedade vai se tornando, a ocupação dos espaços físicos e políticos dão outra conotação ao território:

Os discursos identitários contemporâneos proclamam assim a necessidade, para o grupo, de dispor de um controle absoluto do território que ele torna seu. Não lhe é suficiente dispor de um lar simbólico, de um polo de adesão. É necessário isolar os outros. Os movimentos nacionalistas ou regionalistas reivindicam a constituição, em

¹¹ Habermas traz como exemplo a atuação dos blocos econômicos, do Grupo dos 7, da União Europeia, da Organização das Nações Unidas e também Organizações Não-Governamentais como o Worldwide Fund for Nature, o Greenpeace e o Amnesty International.

seu benefício, de novas entidades soberanas. As minorias urbanas manifestam a vontade de dispor de bairros em que elas farão reinar a ordem ao seu modo, sem recorrer à polícia e à justiça oficiais, às quais elas negam toda autoridade. (CLAVAL, 1999, p. 22)

Exemplo disso é o que ocorreu – e ainda ocorre – no Rio de Janeiro, onde as minorias urbanas disputam o território com o Estado, num mesmo espaço. No caso, da cidade do Rio de Janeiro a disputa gira em torno da (des)habitação decorrente dos “megaeventos” – principalmente Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas – ocasião em que o Estado e as minorias urbanas acabaram se confrontando em um embate a respeito do direito fundamental à moradia, ocorrendo diversas realocações e a construção de tapumes para ocultar favelas¹².

O território também passa por influências externas, sobretudo no espaço global que é formado por redes desiguais com múltiplos níveis, escalas e prolongamentos. Esse todo constitui um espaço banal que é o espaço de todos os homens, todas as ações, todas as organizações e todas as empresas, é o espaço geográfico. Os atores hegemônicos se utilizam de todas as redes e de todos os territórios, porque transformam territórios nacionais em um espaço nacional da economia internacional e os sistemas nacionais passam a ser mais bem utilizados por firmas transnacionais do que pela própria sociedade local (SANTOS, 1998, p. 26)

A par desses três elementos, há autores que acrescentam outros, como por exemplo a finalidade, a qual seria o ponto marcante do propósito ou objetivo da sociedade política (FACHIN; SAMPAR, 2017, p. 15) ou ainda a cultura a partir da qual se pode evidenciar a diversidade e a identidade das pessoas que irradiam valores sobre os demais elementos –

¹² O trabalho etnográfico de Anelise dos Santos Guterres com base nos processos de reconfiguração e transformação urbana na cidade do Rio de Janeiro nos últimos anos, aponta para um aumento, provocado pelo município, dos deslocamentos forçados das famílias que habitam áreas periféricas e de favelas. A autora aponta para o movimento de (des)habitação como uma prática da governamentalidade na construção de territórios de vulnerabilidade, fazendo uma incursão nas ações do Estado nestes locais, a partir de um percurso etnográfico pelos processos judiciais de um núcleo especializado da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Núcleo de Terras e Habitação, e de um retorno a uma pesquisa anterior na região portuária do Rio de Janeiro. A partir dos dados que a autora coletou, sua consideração aponta para o processo de urbanização como um movimento de desarticulação e desconstrução de redes de afeto e de convivência que são estabelecidas a partir da partilha de espaços coletivos comuns, caminhos e percursos (GUTERRES, 2017, p. 569-582). Esses casos de ações governamentais de urbanização ilustram bem como o território possui um caráter identitário e como o Estado se envolve em disputas com as populações – principalmente mais pobres – na implementação de políticas públicas que não levam em consideração aspectos culturais e sociais de minorias urbanas, ao contrário, realizam uma espécie de segregação colocando as pessoas em locais periféricos, mais afastados das elites. Por óbvio que essa é uma possível interpretação da atuação de políticas de moradia, que geralmente vem cingidas de problemas como a falta de espaço e a expansão desordenada da ocupação dos espaços urbanos, se de um lado é verdade que não há lugar para todos no centro da cidade, também é verdade que grupos hegemônicos de poder deliberam sobre o modo de ocupação dos melhores lugares.

povo, soberania e território – a fim de incorporar a Constituição, também, como um – o primeiro – elemento do Estado (HÄBERLE, 2003, p. 21-22).

Não obstante, de acordo com as concepções de organização do Estado, este ser classificado em uma série de espécies, de acordo com suas finalidades e formas de exercer seu poder e visar sua finalidade. Assim sendo, o Estado pode ser visto a partir de diversas classificações, das quais podem se desdobrar outras, para efeitos deste trabalho serão apresentadas três: o Estado Totalitário, o Estado Liberal e o Estado Social. E isso se dá em razão da influência da orientação do Estado, no sentido de seu pensamento político dominante ou, pode-se dizer, da ideologia que adota. Este é um tema transversal da presente pesquisa, que quase sempre figurará em plano de fundo, para a compreensão das atividades do Estado, do exercício do poder e da função do direito na sociedade.

Em tom de adiantamento, por exemplo, em um Estado Totalitário, o direito serve ao interesse da legitimação do governo contra a Humanidade, em um Estado Liberal o direito serve para propiciar as liberdades individuais e uma menor intervenção do Estado na vida das pessoas e em um Estado Social o direito serve para diminuir as desigualdades e buscar uma qualidade de vida em aspecto coletivo¹³.

A respeito do Estado Totalitário, é de se ter que um regime político absoluto e de eliminação, ou seja, as regras impostas consideram a vontade daquele que detém o poder, retirando os aspectos limitativos do que se entende por público e por privado. Na prática, o Estado totalitário possui todos os instrumentos de força e violência, evitando o confronto do direito com a realidade – já que pode moldar o direito e a percepção dos fatos de acordo com seus interesses – e impondo sua “verdade” como o único mundo possível para as massas a ele, forçadamente, submetidas e eliminando tudo e todos que figurem como ameaça ao movimento totalitário (ARENDR, 2000, p. 441-442).

Dessa forma, o totalitarismo visto enquanto uma proposta de organização da sociedade – Estado - escapa a qualquer critério razoável de justiça e de bom-senso, porque se baseia no pressuposto de que seres humanos são, e devem ser, encarados como supérfluos, podendo ser de qualquer maneira tratados ou utilizados conforme os interesses do regime político (LAFER, 1988, p. 28). O Estado Totalitário pode ser tido como o ponto máximo de dominação humana, na qual por meio dos aparelhos estatais de violência são atingidos os

¹³ Cabe o alerta de que nos exemplos são amplificadas as características mais marcantes de cada tipo de Estado, justamente para diferenciar um de outro.

inimigos e os amigos, tendo por fundamento do sistema o terror (FACHIN; SAMPAR, 2017, p. 73-74).

Nesse sentido, as ditaduras e tiranias são graduações menores de um totalitarismo, já que engendram um quadro de abuso de poder e desrespeito ao ordenamento normativo, mas sem a manipulação por completo de todas as esferas humanas, tais como direitos de personalidade, consciência moral, diversidade e identidade, todavia, se fluírem livremente, podem e objetivam tornar-se em verdadeiro totalitarismo.

Também é dentro do esboço do totalitarismo que se desenvolve o Estado de Exceção, que é uma forma política que se coloca com “força de lei” suspendendo a ordem jurídica sem lhe retirar a vigência e validade, mas apenas atacando a sua eficácia, pelo que pode suplantar a uma ditadura e a própria soberania do modelo estatal que atinge (AGAMBEN, 2004, p. 53-55).

Embora cada tipologia de Estado Totalitário tenha nuances de violência, abuso de poder e supressão de direitos fundamentais em maior ou menor grau, uma característica comum se fixa na naturalização do vilipêndio e subtração da justiça por ações pública e privadas denominadas “excepcionais”¹⁴, permitidas exatamente para que a (a)normalidade jurídica nunca se descole do *status quo* político e econômico (MARTINEZ, 2019, p. 23).

Passando para o Estado Liberal, que aparece como uma espécie de resposta a governos absolutistas – e talvez para tentativa de coibir a transformação em totalitarismo – a ideia que se impõe é a de limitação do aparelho estatal que passa a ter competências bem definidas e mitigadas, assim como há a previsão de uma grade básica de direitos, mais afetos à liberdade e propriedade. No âmbito dessa classificação de Estado é preciso analisar com cuidado, pois não é possível afirmar que exista tão somente um liberalismo, visto que é um movimento político que se espalha pela história e, a depender do contexto, toma pontos de

¹⁴ A expressão “excepcionais” vem entre aspas porque difere do Estado de Exceção propriamente dito, no Estado Totalitário as medidas de obstrução da justiça e dos direitos de cidadania são o procedimento padrão, adotado como técnica que concentra o poder político nas mãos do governante. Dessa forma, se difere daquelas medidas desenhadas por Carl Schmitt em *A Ditadura* (1968) e em *Teologia Política* (2006) para albergar a prerrogativa de suspender o Estado de Direito em determinadas situações, daí dizer que, pelo menos na teoria, o Estado de Exceção é atípico, *ultima ratio* e passageiro, razão pela qual é recepcionado em muitas Constituições democráticas. E como explica Giorgio Agamben a ditadura e o Estado de Sítio dão lugar ao Estado de Exceção como uma espécie de transição na definição de *exceptio* para a de soberania. Desta forma, “o *telos* da teoria é, nos dois livros [de Carl Schmitt], a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 54).

vista diferentes, sendo certo que, guardadas as diferenças, é uma doutrina que adota em si a defesa da liberdade no campo da política.¹⁵

Inclusive, o liberalismo pode ter sentido filosófico, histórico, temporal e estrutura, para que então possa ser amplamente compreendido. Pode então significar o reconhecimento da autonomia das pessoas, para lhes conceder valor e possibilidades de decidir seu destino conforme a orientação moral que escolhe para orientar seu pensamento, por este enfoque constroem suas ideias, por exemplo, Descartes, Lutero, Kant, entre outros. Também pode ter viés econômico, para decidir a trama da regulação estatal e do livre comércio, que é a versão inglesa do liberalismo. E ainda pode ser percebido em manifestações das pessoas para defender, exigir ou recuperar direitos de índole individual em face de abusos do Estado.

Contra todas as possíveis formas de Estado absoluto, o liberalismo se põe como organização social e constitucional de convivência que estimula a inovação e a transformação social por meio de instituições participativas na vida política por meio da participação indireta dos cidadãos, com a autonomia da sociedade civil para uma espécie de autogoverno ou como espaço econômico e cultural no qual o Estado não governa diretamente (MATTEUCCI, 1998, p. 700-701).

Ainda que o Estado Liberal seja o mais afeto a garantir liberdades fundamentais e propiciar a maior participação dos cidadãos, visando também estabelecer igualdade entre as pessoas, críticas são erigidas no sentido de buscar qual o alcance dessa possibilidade de participação e de se considerar partícipe dessa igualdade. Ou seja, a concepção de cidadão, se o Estado Liberal admitia, em determinados momentos, que somente homens, brancos e ricos tivessem direito de voto e de liberdade e por isso mesmo, a igualdade, se reservada aos portadores de status de cidadão, se mostrou estritamente formal, tangenciando a todos os tipos de minoria. Por isso mesmo, em outros momentos, o Estado Liberal ao focar na legitimação universal que dá mais liberdades para as pessoas, em tom de diminuir as atividades estatais, proporciona a orientação sistêmica com base em um ideal puramente capitalista colocando a organização social em função da economia e do consumo.

¹⁵ Uma maneira comum de descrever a paisagem política é dizer que os liberais buscam um consenso entre os libertários, da direita, que acreditam na liberdade, e os marxistas, da esquerda, que acreditam na igualdade. (...) Contudo essa descrição é imprecisa, pelo menos para os liberais que examinei [Dworkin e Rawls]. Se reconhecem alguns tipos de desigualdade não é porque acreditam na liberdade em oposição à igualdade. Antes, acreditam que tais liberdades econômicas são necessárias para reforçar sua ideia mais geral da própria igualdade. O mesmo princípio que diz aos liberais que permitam a liberdade de mercado – isto é, que considera as pessoas responsáveis pelas suas escolhas – também lhes diz que limitem o mercado quando ele penaliza as pessoas por outras razões que não as suas escolhas. (KYMLICKA, 2006, p. 111-112)

Nessa quadra, o liberalismo e a igualdade liberal têm em comum o compromisso com o princípio do respeito pelas escolhas das pessoas, porém, rejeitam ao princípio do reposicionamento das circunstâncias desiguais ao se pautar na igualdade formal. O viés do liberalismo é demonstrar que uma tentativa de eliminar determinadas desigualdades pode solapar direitos legítimos, com a implementação de uma intervenção social opressiva, caminhando entre um planejamento centralizado e podendo alcançar até uma reengenharia humana (KYMLICKA, 2006, p. 201).

Tendo como alvo o Estado Liberal em seu máximo que seria a expressão total do liberalismo, o próprio Estado seria mínimo ou aniquilado ante aos interesses e liberdades individuais. A nível de graduação do liberalismo, podem ser considerados o Estado de Direito (primitivo-burguês) preocupado com as liberdades fundamentais e a participação política (e o Estado Neoliberal, que é intimamente relacionado a correntes conservadoras, descompromissado com o social e com propostas de flexibilização das relações de trabalho, de privatização do setor público e de que as leis do mercado estabilizariam o sistema eliminando subsídios e gerando riqueza social (LORA ALARCÓN, 2014, p. 132-133,141). Como os programas dos Estados Socialistas “dedicam-se igualmente a mesma noção de desenvolvimento, repetindo de maneira perversa a figura e as estruturas de poder dos países capitalistas a que se opõem” (HARDT; NEGRI, 2016, p. 108), também pode ser encontrado o Estado Socialista, como diametralmente oposto à noção de não-intervenção econômica, todavia, sem se preocupar com os aspectos morais da sociedade e com o direito fundamental de propriedade – visto que no socialismo a propriedade privada é relativizada em prol do Estado.

O Estado Social nasce de uma irresignação das massas, passando a conferir direitos do trabalho, da previdência, da educação, o Estado passa a intervir na economia como distribuidor e fomenta a produção e exportação, estabelece o salário, controla a moeda, regula preços, combate ao desemprego e à desigualdade, promove o direito substancial à moradia, à saúde, controla profissões, contempla direitos individuais, combate crises econômicas e controla as classes sociais (BONAVIDES, 2004, p. 186). No Estado Social situa-se a preocupação contemporânea com o bem-estar, o alargamento das funções e serviços públicos estatais, preocupação com os direitos sociais e com o planejamento para atender aos clamores populares com menor custo possível, visando resultados igualitários crescentes, sem comprometer a liberdade, porque o Estado sem a preocupação social não se desenvolverá a contento.

Embora o Estado Social tenha um ideal de alcançar o bem-estar de todos, não pode ter o condão de homogeneizar as subjetividades. Nesse sentido, é que se insere a noção de comum que Michel Hardt e Antonio Negri (2016, p. 334-335) buscam evidenciar quando apontam que o comum é produzido socialmente, tanto com mais eficiência quanto mais permite a participação livre na rede reprodutiva, considerando os diferentes talentos e capacidades, em aspecto pedagógico, que amplia as forças produtivas por meio do aprendizado da participação. Ocorre que dentro dessa busca por um Estado Social ideal, variações podem incidir, levando a efeitos nefastos de negação do bem comum.

Nesse âmbito de investigação, pode surgir o Estado de Direito aprimorado, mais afeto a garantir direitos fundamentais e o bem-estar de forma individual, conjugando então a proteção ao ideal burguês de defender a liberdade e a propriedade, porém com uma feição mais preocupada com o bem-estar, já inserindo preceitos de participação política para a melhoria das condições de vida de algumas classes. Há uma ampliação da noção de cidadania, mas ainda não há uma preocupação com a igualdade plena, em contexto de igualdade liberal. Não se pode confundir um Estado de Direito que não se preocupa com a questão da intervenção na economia – portanto de igualitarismo liberal – como um Estado de preceitos democráticos. Pois no igualitarismo liberal que admite desigualdades, a democracia é reduzida à deliberação mesma, portanto procedimentalista, ao não considerar o exercício da razão pública, tais como as questões morais de justiça, de poder e coerção, assim como a integralização da participação política (ALVES, 2012. p. 81-83).

Também aqui se situa o Estado de bem-estar, preocupado com os problemas sociais de forma universal, considerando uma política de aprimoramento da qualidade de vida das pessoas de forma coletiva e trabalhando com a alocação de recursos em determinadas áreas e o Estado Democrático de Direito que aglutina princípios de um Estado Liberal (intervenção mínima) e comunista (estatização plena), surgindo como uma terceira via desses dois modelos, levando em conta as decisões coletivas e a proteção dos direitos fundamentais (FACHIN; SAMPAR, 2017, p. 67-69).

Feita esta breve excursão, importante para dizer acerca de algumas noções do Estado, é preciso esclarecer que são ideias aplicáveis ao Estado Moderno, ocasião em que há mais solidez nas instituições, tradições proposições que são utilizadas para a compreensão da própria sociedade. Todavia, no contexto contemporâneo, sob fortes influências de outros fenômenos que antes não tinham tanta expressividade, alterações na percepção dos elementos do Estado são incidentes, mas, nem por isso, tal ficção jurídica deixa de existir.

Como apontado por Robert Kurz, o Estado moderno precisaria passar por transformações ou modificações para alcançar êxito em um mundo globalizado e altamente influenciado por forças externas aos elementos de território, povo e soberania. Talvez a mais paradoxal das situações da pós-modernidade é a sua condição fragmentada que ao mesmo tempo sugere a existência da figura *One World*:

Portanto, o que constitui o One World, o que propriamente foi internacionalizado e globalizado, foram única e exclusivamente as formas econômicas de circulação do dinheiro e do mercado. Na medida, contudo, em que o nível civilizatório da modernidade está associado ao Estado, esse padrão permaneceu limitado aos Estados nacionais, ou melhor, aos blocos econômicos. Só o “burguês” (o sujeito econômico ou mercantil puro) se tornou um cidadão do mundo, ao passo que o “cidadão” (o sujeito estatal ou jurídico) se ateve a esfera nacional dos Estados e, por sua própria natureza, não pode se globalizar. A modernidade deve passar, assim, por uma prova de fogo: a forma-mercadoria, essencialmente ilimitada, e o Estado nacional, essencialmente particular, não podem mais viver em harmonia. A divisão globalizada de trabalho e a intercomunicação do sistema mercantil passam por cima das infraestruturas básicas e das políticas distributivas, limitadas ao plano estatal; o sistema financeiro e creditício globalizado – como os mercados do eurodólar – extrapola os mecanismos de controle dos bancos centrais nacionais. (KURZ, 1997, p. 59-60)

Para tanto afirmar, basta observar que a pós-modernidade atinge o Estado e também suas atividades, sendo que, não é possível se falar em modelos institucionais – e mais a frente, em decisão judicial – na contemporaneidade sem trazer alguns aspectos, um pouco mais específicos, que embasam a construção das ideias aqui explicitadas. E como bem lembrou Jean-François Lyotard:

O “redesdobramento” econômico na fase atual do capitalismo, auxiliado pela mutação das técnicas e das tecnologias que segue em paralelo, já disse, com uma mudança de função dos Estados: a partir desta síndrome forma-se uma imagem da sociedade que obriga a revisar seriamente os enfoques apresentados como alternativa. Digamos sumariamente que as funções de regulação e, portanto, de reprodução, são e serão cada vez mais retiradas dos administradores e confiadas a autômatos. A grande questão vem a ser e será a de dispor de informações que estes deverão ter na memória a fim de que boas decisões sejam tomadas. O acesso às informações é e será da alçada dos *experts* de todos os tipos. A classe dirigente é e será a dos decisores. Ela já não é mais constituída pela classe política tradicional, mas por uma camada formada por dirigentes de empresas, altos funcionários, dirigentes de grandes órgãos profissionais, sindicais, políticos, confessionais. A novidade é que, neste contexto, os antigos polos de atração formados pelos Estados-nações, os partidos, os profissionais, as instituições e as tradições históricas perdem seu atrativo. (...) Pois não se trata verdadeiramente de uma finalidade da vida. Esta é deixada à diligência de cada cidadão. Cada qual é entregue a si mesmo. E cada qual sabe que este *si* mesmo é muito pouco. (LYOTARD, 2009, p. 27-28)

Muito do que Lyotard trouxe em forma de diagnóstico e previsão acabou ocorrendo, principalmente na forma de alguns fatos contemporâneos, como a nomeação de Neil Gorsuch

para a Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁶ e a posição da bancada evangélica principalmente no *impeachment* de Dilma Rousseff ao defender valores cristãos que acabaram por minar direitos sociais, participando de um projeto político de insegurança¹⁷.

Resultado da efemeridade do pós-moderno, é a necessidade de criar algum tipo de verdade eterna para que nela possa residir o significado e a interpretação das coisas. Disso desponta o revivalismo religioso e a busca por autenticidade na política, com atavios de nacionalismo, localismo e admiração por indivíduos carismáticos e multiformes com sua vontade de poder nietzschiana. Pautas recorrentes a interesses por instituições básicas como a família e a algumas raízes históricas se mostram como indícios de busca por hábitos seguros e valores duradouros em um mundo que é marcado pelas transformações (HARVEY, 2008, p. 263, 264).

Assim sendo, o marco da pós-modernidade¹⁸ traz uma concepção não tradicional para ver os elementos do próprio Estado, que não são mais tão marcantes quanto na doutrina

¹⁶ Em março de 2016, o Presidente Barack Obama indicou o juiz de apelação federal Merrick Garland para ocupar a vaga de Scalia. Ninguém duvidou que Garland fosse um candidato qualificado, e segundo todos os relatos, era uma pessoa ideologicamente moderada. Porém, pela primeira vez na história, o Senado dos Estados Unidos se recusou até mesmo a considerar a indicação de um presidente eleito para Suprema Corte. Como já vimos, o senado sempre havia usado de reserva institucional ao exercer sua prerrogativa de aconselhamento e consentimento na seleção de magistrados para a Suprema Corte: desde 1866, todas as vezes que um presidente tomou a iniciativa de preencher uma vaga antes da eleição de sucessor teve permissão para fazê-lo. Porém, o mundo tinha mudado em 2016. Então, num abandono radical do precedente histórico, os republicanos negaram a autoridade do presidente para nomear um novo juiz. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 141-142)

¹⁷ A posição conservadora e ultraliberal da bancada evangélica é anterior ao *impeachment* de 2016, no entanto, fez da ocasião um evento de aparição na mídia. Como ressaltado por Maiquel Wermuth e Joice Nielsson: “enormes parcelas da população já não têm nenhum direito trabalhista, trabalha por empreitada, ganhando dinheiro vivo no fim do dia, são trabalhadores informais, no máximo terceirizados ou empreendedores individuais. Para uma enorme parcela da população brasileira a política é algo ‘sujo e distante’ que não ‘serve para nada’. Os políticos só defendem seus próprios interesses. Os partidos políticos não fazem sentido. Neste vazio inominado, não reconhecido e muitas vezes não percebido pelos movimentos críticos, a espiral de auxílio mútuo promovido pelo evangelicalismo político apoia e promove o avanço de políticas sociais ultraliberais, geradoras de incertezas e dificuldades para a vida das pessoas, oferecendo, pela via do discurso religioso, uma resposta a tal insegurança, e ao mesmo tempo atribuindo tais incertezas ao avanço de políticas progressistas de concessão de direitos a grupos tradicionalmente discriminados. É, portanto, o grande eixo de sustentação do patriarcalismo que avança triunfantemente no cenário brasileiro atual” (WERMUTH; NIELSSON, 2018, p. 484-485).

¹⁸ Sem generalizar ou diminuir importantes trabalhos de autores como Zygmunt Bauman que trata da modernidade líquida, Anthony Giddens com a modernidade tardia, Ulrich Beck com a modernidade reflexiva e Gilles Lipovetsky com a hipermodernidade, o intuito aqui é trazer para a terminologia pós-modernidade um aspecto de marco distintivo da modernidade. Assim sendo, se na modernidade estava em voga um pensamento orientado pelos ideais do iluminismo, notadamente imbuído de racionalidade, hierarquia, método e uma busca por algum tipo de progresso, com a pós-modernidade se coloca um pensamento sobre situação atual, levando em conta a pluralidade das condições dos indivíduos, as influências de um capital flexível, tempo e espaço fragmentados e, concomitantemente, a exacerbação de valores individualistas, conservadores e tendências políticas que se chocam com minorias. Insta destacar que a pós-modernidade não significa uma ruptura com a modernidade, mas como menciona Bittar, “a pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual ou, muito menos, um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da

do Estado Moderno, por exemplo, o espaço que não se restringe ao âmbito físico ou geográfico, com isso a soberania e o território podem ser exercidos para fora do perímetro por meio de um *smartphone*, esvaziando as metanarrativas e os conceitos irrefutáveis:

A pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição no qual se ressentem o conjunto dos descabimentos da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social. (BITTAR, 2008, p. 142)

Como David Harvey aponta o modernismo perdeu sua condição de atrativo revolucionário para as ideologias reacionárias e tradicionalistas, influenciando diretamente a arte e a cultura, tornando a rebelião artística em uma ideologia liberal agressiva, atrelando expressões culturais à noção de progresso que seria obtida pela possibilidade de tornar o capital cada vez mais livre. Isso colocou a cultura e a civilização, expressivamente, liberal e americana como uma espécie de arma ideológica contra o fascismo, entretanto foi nesse modernismo despolitizado que o capital se fez como a solução contra a própria barbárie¹⁹. O pós-modernismo²⁰ se apresenta como uma total aceitação daquilo que é efêmero, descontínuo e caótico, respondendo a isso de uma maneira bem particular, pois não tenta transcender ou se

própria mudança dos valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, sendo que algumas conquistas e desestruturas sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição” (BITTAR, 2008, p. 134).

¹⁹ Foi esse o contexto em que os vários movimentos contraculturais e antimodernistas dos anos 60 apareceram. Antagônicas às qualidades opressivas da racionalidade técnico-burocrática de base científica manifesta nas formas corporativas e estatais monolíticas e em outras formas de poder institucionalizado (incluindo as dos partidos políticos e sindicatos burocratizados), as contraculturas exploram os domínios da autorrealização individualizada por meio de uma política distintivamente “neoesquerdista” da incorporação de gestos antiautoritários e de hábitos iconoclastas (na música, no vestuário, na linguagem e no estilo de vida) e da crítica da vida cotidiana. Centrado nas universidades, institutos de arte e nas margens culturais da vida na cidade grande, o movimento se espalhou para as ruas e culminou numa vasta onda de rebelião que chegou ao auge em Chicago, Paris, Praga, Cidade do México, Madri, Tóquio e Berlim na turbulência global de 1968. Foi quase como se as pretensões universais de modernidade tivessem, quando combinadas com o capitalismo liberal e o imperialismo, tido um sucesso tão grande que fornecessem um fundamento material e político para um movimento de resistência cosmopolita, transnacional e, portanto, global, à hegemonia da alta cultura modernista. Embora fracassado, ao menos a partir dos seus próprios termos, o movimento de 1968 tem de ser considerado, no entanto, o arauto cultural e político da subsequente virada para o pós-modernismo. Em algum ponto entre 1968 e 1972, portanto, vemos o pós-modernismo emergir como um movimento maduro, embora ainda incoerente, a partir da crisálida do movimento antimoderno dos anos 60. (HARVEY, 2008, p. 44)

²⁰ O pós-modernismo é um movimento e a pós-modernidade está mais para uma condição. Conforme Bittar: “a pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois inaugura sua mescla com os restos da modernidade” (BITTAR, 2008, p. 137).

opor modernismo e sequer se coloca a definir elementos “eternos e imutáveis” dele, na sua postura, “nada e até se espoja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse” (HARVEY, 2008, p. 45-49).

Na pós-modernidade, há uma percepção diferente do tempo e do espaço. O tempo segue cada vez mais disputado pela incursão de uma série de atividades na busca pela realização pessoal e também recebe grande influência da tecnologia, especialmente, com a *internet*. O espaço é territorial-urbanístico-arquitetônico-cibernético, com a possibilidade de entrar e sair a praticamente qualquer tempo, sem distinção de aqui e lá, tudo pode acontecer ao mesmo tempo (BAUMAN, 1999). Por outras palavras, é possível entrar e sair do laço jurisdicional do Estado em poucos instantes e até de modo despercebido, com um simples *click* em uma rede social, apoiando uma ideia, um movimento ou até cometendo uma infração no território virtual desse Estado.

A dinâmica tempo/espaço, como explicou Bauman (1999), afeta os objetos de formas diferentes, de modo que algumas coisas se movem mais rápido e outras nem tanto. Tratando da perspectiva da soberania política, é notável que a tecnologia da informação torna a economia e o capital mais velozes e um passo à frente do Estado. Com isso, o Estado não consegue conter ou redirecionar as viagens do capital e o movimento da economia.

Diante de uma redução das barreiras espaciais, aumenta-se a sensibilidade acerca dos espaços que o mundo contém e, com isso, a acumulação flexível encontra condições favoráveis para explorar circunstâncias geográficas aparentemente contingentes, reconstituindo-as como elementos internos estruturados de sua própria lógica abrangente, tais como diferenciações nas modalidades de controle e das condições de trabalho ao lado de variações na qualidade e na quantidade de força de trabalho (HARVEY, 2008, p. 2008). A partir disso, o capitalismo consegue manipular crises e se aproveitar das situações artificialmente criadas para propiciar a exploração.

Aliás, praticamente tudo o que se mova em velocidade paramétrica à de um sinal eletrônico se torna livre de restrições territoriais, engendrando um processo de definhamento da nação-estado, passando a noção de que ninguém parece estar no controle. Isso desemboca em ter a globalização sintetizada em termos como “nova desordem mundial”, “forças anônimas”, “terra de ninguém”, o que leva à concepção de um Estado realista embebido em política global para a eliminação de freios tradicionais para, por meio da oferta de liberdade, tentar controlar a mobilidade, sem desagradar os mercados mundiais (BAUMAN, 1999).

Assim, território, soberania e povo ganham nova conotação, uma vez afetados pela globalização, impondo ao Estado pensar novas estratégias para que consiga exercer o poder.

Há, também, no Estado pós-moderno uma espécie de superação do monismo jurídico (CHEVALLIER, 2009), notadamente, porque a superestrutura – cultura, mercado, comunicação, política e ideologia – é plural e multifacetada e não tem mais o elemento de “solidez” da modernidade para que o Estado se constitua imutável em sua dominação de poder.

A superestrutura acaba incidindo nos elementos do Estado, deslocando suas características de acordo com a intensidade com que a globalização interfere no âmbito político interno e externo de determinado Estado. Assim o Estado já não tem mais um território, um povo e uma soberania definidos, porque a velocidade com que as mudanças se operam é tamanha ao ponto de modelos tradicionais de exercício do poder não conseguirem acompanhar.

É por isso que Chevallier (2009) aponta a atuação transformadora da globalização em, pelo menos, cinco áreas: (i) no mercado, transformando a competição entre economias em disputa entre sociedade; (ii) na comunicação trazendo formas inéditas de comunicação social; (iii) na cultura aumentando o número de autores; (iv) na ideologia, impondo a vulgata liberal; e (v) na política, com a difusão de novos modelos de organização. Pelo que, graficamente, pode ser traçada ideia a seguir, na qual os elementos superestruturais podem transitar interna e externamente aos elementos tradicionais do Estado, produzindo influências.

As influências que são constadas na pós-modernidade tornam mais complexas as relações sociais, sobretudo, pela manifestação do capital não é mais o Estado que ficaria em uma posição de “supersujeito”, como Boaventura de Sousa Santos (1995, p. 140) menciona, mas sim a classe. E, nesse sentido, “o Estado apareceria na contemporaneidade como um coordenador geral de fluxos de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem comum” (ALVES, 2013, p. 132).

O Estado Democrático e Social de Direito²¹ surge em uma situação em que a democracia²² e o desenvolvimento social²³ se alçam como direitos, e se configuram no

²¹ Segundo José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum, que aqui optou-se por chamar de Estado Democrático e Social de Direito é uma fórmula contemporânea do Estado Democrático de Direito: “a ao mesmo tempo em que a tradicional questão social permanece central, ‘há como que a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora’. Esse seria, pois, o formato do atual Estado Democrático de Direito, ainda qualificado como ‘Social’, mas aprimorado por uma espécie de autoimposição de um ‘conteúdo utópico de transformação do status quo’ rumo a uma sociedade menos desigual, com maior justiça social” (MORAIS; BRUM, 2016, p. 109-110).

²² Como pontuado por Fernando de Brito Alves, “a democracia poderia ser considerada um direito fundamental (mas permeado por uma série de conotações de ordem patrimonial, especialmente se esses direitos desempenharem, num sistema específico, funções assecuratórias) com o explícito apelo à inclusão. Isso não ocorre nas democracias socialmente parciais (modernidade tardia), que desconsideram os laços existentes entre

objetivo do processo de atuação do Estado, por isso, os poderes vinculam-se à busca pela efetivação dos direitos fundamentais, as opiniões particulares devem ceder lugar ao projeto constitucional de combate às diferenças sociais e de recuperação das pessoas em seu aspecto civilizatório, dando oportunidades de acesso a todos na participação política e nas decisões públicas²⁴.

2.2 É possível falar (ainda) de Separação dos poderes

A Constituição de 1988 adota a métrica da separação dos poderes, como desse início insculpe em seu art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, ao que se pode chamar de “princípio fundamental da ordem constitucional” (MACHADO, 2011, p. 91).

Figura importante destacar que o poder é um fenômeno sociocultural, no qual se se pertence a um grupo social, o reconhecimento que esse grupo pode exigir, permitir ou proibir atos conforme seus objetivos, significa reconhecer a existência do poder, como a motriz da organização de uma comunidade (SILVA, 2005, p. 106).

Nesse passo, se vislumbra o Estado como um grupo social máximo e total que se traduz numa energia capaz de organizar e impor decisões na busca pela consecução de fins afeiçoados à sociedade; esse poder estatal é o poder político, que devido às suas finalidades de realizar o bem comum e a ordem e progresso sociais, dá ao Estado o status de soberano, supremo e independente, é um poder a priori, uno, indivisível e indelegável (SILVA, 2005, p. 107), que emana do povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Constituição, e por isso é, também, democrático.

política, solidariedade e direitos humanos. A democracia conteria, dessa forma, um comando objetivo tendente a conferir legitimidade a todas as formas de relação possíveis, assegurando não só o direito à participação, mas também capacidade matéria de participação efetiva, em uma perspectiva igualitária ou protoigualitária (igualitarismo liberal)” (ALVES, 2013, p. 117).

²³ Como um desdobramento do Estado Democrático no qual é conferido amplo acesso às informações, as pessoas e a imprensa, em efetivo controle social, todos os atores sociais são responsáveis pelos reclamos derivados do exercício do poder político, esperando dos agentes públicos uma postura vinculada aos valores e objetivos da Constituição Cidadã, residindo aqui a sua legitimidade, especificamente, no cumprimento dos objetivos fundamentais traçados no artigo 3º da Constituição.

²⁴ No esboço do Estado Democrático e Social de Direito, partilha-se aqui da reflexão de Marco Antônio Moreira da Costa, para quem embora tenha havido uma união popular contra a ditadura - aqui não se concorda com o autor - a Constituição em seus trinta anos não conseguiu cumprir o seu projeto social, que era e continua sendo uma pauta mundial, surge daí as disputas em torno da Constituição para buscar sua efetividade e algo novo na estrutura e organização dos poderes, que faz toda a diferença, a criação de uma jurisdição constitucional (COSTA, 2016, p. 46-47).

Ocorre que na democracia ninguém possui todo o poder, importa dizer que a soberania popular não é ilimitada nem despótica, pois não se trata de uma organização política de governo para o povo, mas a pessoa humana. É por isso que na democracia não se admite que uma ditadura se instaure pautada na soberania popular, todo uso de poder que não respeita as minorias e a multifacetada noção de povo é um golpe contra a democracia.

Assim sendo, ao adentrar nos meandros da separação dos poderes como pensada por Locke (1998), Montesquieu (1996) e Madison (1973), o objetivo mais característico em uma conversa que se possa estabelecer com os autores é o de que não se deve ter as funções do Estado detidas nas mãos de uma só pessoa ou organização uma de Estado, para coibir o autoritarismo, ainda que sentido formal e por uma moldura ficta.

Cumprido esclarecer que, sendo o Estado o mero mordomo do poder que pertence ao povo, é necessário dizer que a separação dos poderes se dá em uma moldura ficta, pois a expressão pode levar à equivocada noção de que existem vários poderes separados. Todavia, “como se trata de um único poder, não há como compreender esses diferentes poderes, a não ser em sua unidade, nunca na separação” (MACHADO, 2011, p. 86).

Sobre a separação dos poderes, além de uma ideia preponderante de organização das funções do Estado e da contenção dos desmandos do governo unificado em uma só pessoa ou grupo, imbuí-se a construção evolutiva e transformadora da atuação estatal, com um movimento articulador dos poderes, permeado em um sistema de freios e contrapesos, dividindo as competências e “o que agita o poder de um, que acaba por consequência definindo aquele do outro” (SANTOS, 2018, p. 143).

Ainda, no escorço da separação dos poderes, cabe o alerta de Braga (2018, p. 17) para a forma com que o assunto é abordado na academia, visto que com base no trabalho de Bruce Ackerman em “A nova separação de poderes” (2009), resta uma necessidade de inverter a leitura tradicional na qual o Estado, por meio do Legislativo, realiza. Ou seja, a ideia é que separação dos poderes no presidencialismo tergiversa a responsabilidade dos agentes estatais como em um ciclo de responsabilização, no qual o Executivo culpa o Legislativo e o Judiciário condena todos eles para serem novamente criticados e, com isso, perpetua-se um sistema retrógrado e afastado dos cidadãos modernos que vem imbuído de acomodação, culto à personalidade, crise de governabilidade, falta de autoridade, simetria no bicameralismo e burocracia (BRAGA, 2018, p. 18-19).

Não há como simplesmente transpor as teses de Montesquieu à sociedade política atual, sem considerar os modelos econômicos, o desenvolvimento das forças políticas, os contextos culturais e as mutações do Estado de Direito (LORA ALARCÓN, 2014, p. 217).

Embora a separação dos poderes de Montesquieu (1996) venha em um tom de modelo ultrapassado, porque ligada tão somente a forças político-sociais, não se pode olvidar que em um aspecto normativo, nenhum órgão deve avançar sobre a totalidade de poder do outro, já que assim restaria corrompida a concepção orgânico-funcional do Estado. Mas, ao mesmo tempo, é impossível de se conceber que inexista a interferência recíproca, sob o espectro da independência e da harmonia, tanto que assim se justificam os mecanismos de controle e aprimoramento, tais como, tradicionalmente se tem o veto e o controle de legalidade/constitucionalidade, assim como a fiscalização auxiliar exercida pelo Tribunal de Contas, a atuação do Ministério Público como *custos iuris* e o controle social, aliado a recentes práticas de *accountability* e dos observatórios sociais.

É com o aprimoramento da ideia de separação dos poderes que o Estado vai se colorindo com as nuances da democracia, pois com a ampliação dos mecanismos de controle e atuação dos estes e órgãos públicos, especialmente, a “transparência administrativa e o acesso à informação são pressupostos de legitimidade dos governos democráticos, e guarda relações com a confiança, proteção e imparcialidade dos governos” (ALVES, 2013, p. 193), torna factível a diminuição da “lógica de oferta e da procura” com a ascensão do povo ao *locus* da produção política apontada por Bordieu (1989, p.163-164).

Bem por isso, a separação de poderes foi alcançada em consonância com traço democrático de permitir a participação popular – ainda que de forma indireta – com o resgate e solidificação de institutos que reafirmam sua efetividade (BRAGA, 2017, p. 25), basta lembrar que o Executivo e o Legislativo são constituídos de cargos eletivos, representativos e mandatos periódicos, a fim de coibir o acesso e manutenção do poder na mão de uma só pessoa ou de grupos hegemônicos – detentores de influência econômica, institucional e religiosa.

Não somente por este viés de combate ao autoritarismo que decorre da centralização do poder e pela abertura democrática por meio da permissiva popular na atividade estatal, a separação dos poderes também tem em vista a especialização das funções. Isso decorre de um natural desenvolvimento social e da crescente complexidade das atividades estatais, assim como do incremento material e moral dos povos.

Como menciona José Afonso da Silva (2005, p. 108-109), a separação ou divisão de poderes destina-se a “confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e judiciária) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário”, porque enquanto o Executivo tem função executiva, o Legislativo tem função

legislativa e o Judiciário tem função jurisdicional, que aplica o direito ao caso concreto, visando solucionar conflitos de interesse nas relações sociais e institucionais.

O traço distintivo dos Poderes se baseia em uma separação de funções, e por isso mesmo já há uma nítida classificação de acordo com a atividade predominante e não com a força daquele órgão imbuído de um múnus público, ou seja, é uma teoria de atividade (JELLINEK, 2013, p. 927), a priori. Isso em aspecto formal, porque, na substância, por vezes, a separação dos poderes ou separação das funções, pode tomar um contorno diferente, demonstrando que uma função depende muito mais da outra do que se imagina. Bastaria aqui indagar: Por que o Executivo cumpre uma decisão do Judiciário? Por que o Executivo se submete ao Legislativo, enquanto órgão que cria as molduras da discricionariedade? Por que o Judiciário precisa esperar o Legislativo criar as leis para que então possa solucionar os conflitos? Por que o Executivo permite, orçamentariamente falando, a independência do Legislativo e do Judiciário?

Como aponta Lora Alarcón (2014, p. 219), duas ideias se desprendem da separação de poderes: de um lado a independência de cada órgão implica o reconhecimento de suas atividades e de outro, a “ordenação controlante-cooperante de funções” – termo usado por Canotilho – é que sustenta a harmonia suficiente para imbuir coerência às atividades desempenhadas pelo Estado. E, valendo-se do que Canotilho (1993, p. 347) ressalva acerca do tema, a forma de organização do poder político “tem de assentar em bases democráticas – o povo quer que o poder seja exercido pelos seus órgãos (de soberania, do poder político) de um modo funcionalmente separado”.

Nesse quadro, as possíveis respostas é que vão dando ao desenho institucional do Estado todo um arquétipo pautado em um ideal de respeito e de noção de que numa democracia o poder é outorgado em nome de todos, mas não pertence a ninguém isoladamente. Pode-se dizer que as funções do Estado passam por um processo dialético de significação e ressignificação, que é alcançado a partir da noção de que a democracia não está apartada de toda a doutrina que se construiu a respeito da separação dos poderes.

É aqui também em que se desenvolvem as ideias de que uma centralidade política na qual o Estado põe na Lei a representação política da sociedade, tem seu potencial político mitigado, assim, o Judiciário acaba revestindo sua atividade do matiz político, politizando a justiça e enfraquecendo a divisão dos poderes; somente pela democracia é que a pessoa ativamente consegue participar dos processos políticos e também dá ao Estado o crescimento de legitimidade necessário para a superação das crises institucionais e do próprio direito (SANTOS, 2018, p. 137).

Essencialmente, com o poder irradiado em distintas funções, ocorre ainda uma atuação saudável de fiscalização e execução nos limites de cada atribuição, pelo que se pode denominar de freios e contrapesos. Por outras palavras, na medida em que um poder atua dentro de seu desenho institucional se torna eficiente em sua atividade e alivia o peso da atuação do outro poder. Neste sentido, há uma nítida característica da separação dos poderes em funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, por isso, a cláusula de separação dos poderes não pode ser invocada para negar eficácia a esses direitos (CAMBI, 2018, p. 268), especialmente nos momentos de tensão, nos quais um poder se confronta com o outro.

É nesse sentido que a teoria tradicional da separação dos poderes é deficiente para o quadro atual da sociedade, merecendo, no mínimo, adaptações, adequações e um redesenho para que seja conjugada a partir de concepções democráticas que – embora normativa – “tenha condições de favorecer processos de inclusão e assegurar uma nova dinâmica de compreensão do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais” (ALVES, 2013, p. 289).

No âmbito contemporâneo da separação dos poderes, é importante levar em consideração a constante modificação dos cenários sociais, econômicos e políticos, tanto por pressões internas, como por pressões externas e, dessa forma, o arranjo constitucional das funções estatais precisa estar apto a servir com efetividade para a solução dos impasses, para “promover o consenso e evitar a paralisia política” (MACHADO, 2011, p. 91). Basta lembrar que “no presidencialismo de coalizão (capitalismo nacional de colisão), andam articulados os três poderes; no entanto, sem o devido controle constitucional de suas funções” (MARTINEZ, 2019, p. 222).

Leonardo Avritzer aponta o presidencialismo de coalizão como algo maior e que se apresenta em, pelo menos, duas situações distintas:

O presidencialismo de coalizão pode ser entendido de duas formas: como a solução institucional para um problema político específico, a saber, uma configuração da relação entre as eleições presidenciais e a representação proporcional no Congresso, na qual o presidente não alcança maioria na Casa; ou como maneira de realizar amplas coalizões que despolitizam uma agenda progressista da política no Brasil. Em uma situação, o presidencialismo de coalizão pode gerar governabilidade, enquanto na outra, cria problemas para a sua manutenção. (AVRITZER, 2016, p. 29)

Com efeito, em “Impasses da democracia no Brasil”, Leonardo Avritzer apresenta uma via intermediária entre essas duas ocasiões em que se desenvolve o presidencialismo de coalizão, ocasião em que mostra essa espécie de fenômeno político como um importante

mecanismo de governabilidade, mas que, ao mesmo tempo, se tornou em problema para a efetivação de uma agenda política progressista.

Outra situação que se envolve no presidencialismo de coalizão é a presença de um Legislativo não normativo que atua no sentido de contenção da iniciativa do Executivo, com uma postura de anulação da governabilidade ao invés de uma representatividade popular efetiva voltada à produção de material legislativo e à fiscalização dos atos da Administração Pública.

Ou ainda, a judicialização política²⁵, na qual o Judiciário passa a elaborar de políticas públicas por meio de decisões sobre direitos fundamentais, consequentemente ampliando as suas competências e promovendo uma espécie de remarcação dos limites entre os órgãos do Estado. Em sentido amplo, o fato de levar pautas que podem ser discutidas em outros fóruns para o campo jurídico-processual já se mostra como judicialização da política. Por outras palavras, é o que Ran Hirschl aponta em três situações que podem ser encaradas de forma separada, no entanto, sem que deixem de ser analisadas sob a ótica da judicialização da política enquanto um fenômeno maior que pode abarcar não somente essa nuance de ampliação da atividade jurisdicional

Algumas análises do rápido crescimento da judicialização no âmbito judicial supranacional a descrevem como uma resposta institucional inevitável aos complexos problemas de coordenação gerados pela necessidade sistêmica, em uma era de mercados econômicos convergentes, de se adotar normas jurídicas e regulamentações administrativas padronizadas entre os estados-membros desses mercados.

Outros aspectos deste tipo de “juridificação” da vida moderna foram identificados pelos primeiros sociólogos do direito — por exemplo, a tese de Henry Maine sobre a passagem do “status ao contrato”, ou a ênfase dada por Max Weber ao surgimento de um sistema jurídico formal, claro e racional, nas sociedades ocidentais. Os advogados são os mais importantes agentes desse tipo de “judicialização orgânica”. De acordo com Emile Durkheim, por exemplo, o direito reflete a divisão do trabalho e a solidariedade interpessoal em evolução em uma dada sociedade. Em sociedades primitivas, argumenta Durkheim, a divisão do trabalho entre as pessoas era menos desenvolvida e os vínculos sociais eram mais fortes. Assim, o direito formal não era necessário. Em sociedades mais desenvolvidas, o grau de especialização é maior e há uma divisão do trabalho mais clara entre as pessoas, acompanhada de menor coesão social. O contrato, em vez do status ou do escambo, torna-se a principal

²⁵ Para Ran Hirschl a expressão judicialização da política aparece como um termo guarda-chuva, “comumente usado para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados. De forma mais abstrata, a judicialização da política se refere à disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas. A predominância do discurso jurídico e a popularização do jargão jurídico são evidentes em praticamente todos os aspectos da vida moderna. Talvez a melhor ilustração dessa predominância seja a subordinação, em comunidades modernas organizadas como estados de direito, de quase todo fórum decisório a normas e procedimentos quase judiciais. Temas que antes eram negociados de maneira informal ou não judicial, agora são dominados por regras e procedimentos jurídicos (HIRSCHL, 2009, p. 142).

forma de troca entre as pessoas. O aparato estatal deve agora assegurar o cumprimento dos contratos e estabelecer as condições externas para seu uso. Uma classe especial de pessoas — os advogados — surge para negociar e litigar essas relações contratuais mais complexas e cada vez mais presentes na sociedade moderna.

O segundo, e mais concreto, aspecto da judicialização da política é a expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado (separação de poderes, federalismo). A cada semana, alguma corte suprema em algum lugar do mundo anuncia uma decisão importante sobre o escopo da proteção a direitos constitucionais ou sobre os limites dos poderes Legislativo e Executivo. Os casos mais comuns envolvem liberdades civis clássicas. São primordialmente sobre garantias de devido processo legal na esfera criminal ou sobre aspectos variados dos direitos à privacidade e à igualdade formal — todos eles no sentido de expandir e reforçar as fronteiras da proteção constitucional à esfera individual, geralmente tida como ameaçada pela longa e invasiva mão da regulação estatal.

Talvez a face mais evidente da judicialização da elaboração de políticas públicas por meio de decisões sobre direitos fundamentais possa ser encontrada no âmbito da justiça processual. (HIRSCHL, 2009, p. 142-143)

Com um olhar mais específico no contexto brasileiro e, principalmente, na ampliação institucional da revisão constitucional e no fenômeno da judicialização, Fabrício Castagna Lunardi indica que essa tendência e forma de atuação do Judiciário estabelecem uma nova dinâmica na arena política. Sobretudo, porque “ações de controle concentrado de constitucionalidade passam a ser *veto points* relevantíssimos no jogo político, utilizadas pelos *veto players* tanto para derrubar uma política aprovada pelo parlamento quanto para barganhar mais espaço ou atenção no processo político-deliberativo” (LUNARDI, 2019, p. 7).

Tais construções são o ponto inicial do debate que será mais adiante complementado com os aspectos mais direcionados a cada poder do Estado e com as influências dos constitucionalismos nesse processo, formando uma noção essencial para a compreensão dos fenômenos que podem se entremeter na decisão judicial.

2.3 Executivo: do absoluto ao inoperante

A opção em tratar primeiramente do Poder Executivo não é aleatória, mas é porque na figura do representante maior do Estado que praticamente se dedica a doutrina da separação dos poderes. Desse lugar, do Executivo, podem vir as luzes da atuação pelo interesse público e também podem vir as nuvens cor de chumbo que enublaram a Constituição em sua força de direitos fundamentais, acoimados pela exceção.

Junto com a noção de que o Executivo é quem dirige, atua e governa, surge a necessidade de pensar que não se trata de uma atividade ilimitada. O Executivo é o símbolo

maior do Estado Absoluto, que era o centro da governança e da autoridade estatal e não é de todo errado pensar que a separação dos poderes teve grande influência dele para sua formatação originária. Se pensarmos as comunidades mais primitivas que tinham na figura do líder o depósito da confiança e, por isso, o controle do poder, é aí que surge também o fundamento da legitimidade e da justificação.

Ocorre que em uma opção concentrada e única de poder político, o risco de desvios de finalidade e de tornar disruptivas as funções estatais é iminente, pois como aponta a fórmula de Montesquieu, trata-se, o poder executivo, daquele com o qual “ocupa-se o príncipe ou magistrado da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne invasões” (BONAVIDES, 2000, p. 171). Daí dizer que o Executivo detém a maior afinidade com o poder político, seja para manter uma relação interna pela representatividade da liderança – na figura do presidente, do rei, do déspota –, seja para uma relação externa, pelo exercício da atividade diplomática.

Por isso, também é possível encontrar na faceta do Executivo a atividade política do Estado de exercer o *jus belli*, ou seja, a real possibilidade de determinar o inimigo, no caso dado por de decisão própria, combatê-lo e de fazer guerra (SCHMITT, 2008, p. 48-49). Essa decisão estatal de determinar o inimigo, tal qual Carl Schmitt denomina, precisa de uma noção pormenorizada, pois trata tanto dos fenômenos dos ambientes internos, como dos externos do Estado, passando, inclusive pelas comunidades, tais como a igreja, o clube, o condomínio, e, por uma questão de coerência, as escolhas entre guerra e paz precisam ser pautadas na busca pela tranquilidade social, pela segurança e pela unidade²⁶:

O inimigo político, para Schmitt, não é moralmente mau ou esteticamente feio, nem mesmo se apresenta como concorrente econômico, ele é apenas “outro”, bastando que seja, num sentido particularmente intenso, algo alheio ou estranho. Não é, contudo, adversário em geral ou concorrente; Para Schmitt, inimigo genuíno (enquanto conceito político) é o inimigo público. (ALVES, 2013, p. 275)

²⁶ O objetivo ao trazer o pensamento de Carl Schmitt é justamente apresentar que o Executivo pode ser cindido de um decisionismo, que pode sempre se inclinar a uma decisão autoritária. Importa dizer que para Schmitt a Constituição é política, é a “decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia e do monarca na monarquia autêntica” (SCHMITT, 1982, p.47 – tradução livre). A partir dessa premissa, Schmitt separa a Constituição da lei constitucional, que seria esta última derivada da primeira e apenas carregaria um status legal superior às demais leis, necessitando de procedimento especial para sua alteração. Por isso Carl Schmitt afirmou que “a Constituição em um sentido positivo contém apenas determinação consciente da forma concreta do conjunto pelo qual a unidade política é pronunciada ou decidida. Desta forma pode se alterar. Novas formas podem ser introduzidas fundamentalmente sem que o Estado, isto é, a unidade política do povo, cesse. Mas há sempre no ato constituinte um sujeito capaz de agir, que o realiza com a vontade de dar uma

Estes aspectos mais gerais do Executivo são vistos desde as estruturas mais rudimentares do Estado, até as concepções mais hodiernas, por óbvio, com o incremento das técnicas de limitação e desenvolvimento das funções estatais. Nesse contexto, das mais importantes características de delimitação do campo de atuação do Executivo é a legalidade. Os postulados da legalidade demandam que o indivíduo que lança mão da função executiva se atenha ao limites e condições impostas pela lei e, com isso, se de um lado se tem um aprisionamento do Executivo, de outro se tem garantida a liberdade dos cidadãos em face do Estado, bem como são estabelecidas certezas ou predestinações da atividade estatal.

Segundo Montesquieu (1996) a separação dos poderes incide, justamente, para que o Legislativo e o Executivo não se concentrem nas mãos de um só titular – singular ou grupo – pois nesse cenário a liberdade não se desenvolve, notadamente, pela constante ameaça de que pode ser elaborada uma lei autoritária conjugada com a aplicação tirânica. Ou seja, na mesma figura em que se tem o criador das regras, tem o aplicador e jogador do jogo político.

Na cogência que permeia a legalidade, estatui-se, talvez, o maior traço distintivo do Executivo ante aos outros poderes, pois é aqui que se estabelece a linha mais tênue entre o legal e o ilegal, assim como se pode alcançar a noção de discricionariedade.

Não se pode olvidar, que desde a concepção do Estado Liberal, o Executivo, no exercício da atividade administrativa tinha – e tem ainda – sua função regida pelo respeito e cumprimento das ordens emanadas do sistema legal de forma primária e espontânea, ou seja, “o Direito deveria ser aplicado por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração²⁷ (administrar é aplicar a lei de ofício)” (CAMBI, 2018, p. 233).

Constituição. Tal Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do detentor do poder constituinte, adota por si mesmo e se dá a si mesmo (SCHMITT, 1982, p. 46 – tradução livre).

²⁷ Os interesses da própria administração em um Estado Democrático precisam ser os interesses republicanos, pautados na defesa e garantia dos direitos fundamentais, sob pena de fomentar uma ditadura do interesse do Estado. Rogério Piccino Braga traz um comentário que ilustra isso: “A democracia assim entendida por sua prática, assim como por seu alicerce doutrinário de construção, como o governo pelo povo e para o povo, ganhou contornos de materialização por meio do mandato representativo. Referida representatividade está a justificar uma Nação soberana, contudo. Pese o traço democrático de um poder popular, o mandato de representação se tornou o mais condizente com o crescimento populacional, assumindo os riscos, bem como o ônus dessa forma de se governar por representantes. Referido ônus reside no fato de a vontade do representante nem sempre ser a vontade do representado, dado o conceito de soberania nacional. Não está aí o problema da representatividade na democracia – nem na divergência entre a vontade dos representados, que sobretudo exerceram o direito democrático no momento da escolha, nem na própria forma de se exercer indiretamente o poder. Não serve a esse ônus o enfrentamento no Estado democrático. Tem lugar, sim, o enfrentamento nos casos de contaminação do exercício do mandato político-representativo. À contaminação atribuem-se duas faces de enfrentamento: corrupção e o empoderamento. De certo que a democracia é o resultado da superação de regimes autoritários de governo, do absolutismo e de regimes de exceção, quando da redemocratização do Estado. Não se vislumbra outra forma de governar que supere a participação popular, ainda que em sua origem o pensar utópico tenha exercido relevante papel descritivo” (BRAGA, 2018, p. 12).

Quando se fala em aplicar o direito por iniciativa própria não se está a tratar de uma posição superior do Executivo ou a usurpar a função do Judiciário – na premissa de que o juiz aplica a lei no caso concreto – mas o que se tem em consideração é que a Administração Pública se é regida pelo princípio da eficiência, demandando, portanto, que não se coloque em uma posição de inércia. Aplicar o direito de ofício significa, primeiramente, reconhecer que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme o art. 5º, §1º da Constituição, e que o Executivo efetivamente representa e respeita os interesses populares²⁸.

Se se tem por base uma democracia objetiva e encartada em um ideal liberal, pressupõe-se que as pessoas possuem igualdade – formal – para se autogovernarem. Não apenas cada um é dono de si mesmo, como a comunidade que integram também é autônoma, figurando o ideal do autogoverno individual transposto para o coletivo, ainda que exigida a mediação institucional – do Estado – como o principal desafio do regime democrático. Nesse caminho, o que se deve evitar é o paternalismo político, situação em que se suprime a autonomia e se presume que há indivíduos menos competentes que outros para participarem de decisões coletivas (MENDES, 2008, p. 161).

É certo que a função administrativa ainda hoje tem o poder-dever de aplicar a lei de ofício, todavia, na contemporaneidade não se tem mais o mesmo quadro legal que era vigente nos séculos XVIII e XIX, como já mencionado a respeito das influências da globalização, da tecnologia, do capitalismo, entre outros, isso também se dá na prática da atuação do Executivo para dar efetividade aos termos da lei. O maior desafio do Executivo, para o cumprimento da lei, é perceber o alcance das disposições normativas, especialmente as constitucionais, no que tange à íntima ligação com os aspectos sociais, de forma a repisar que um Estado que não se preocupa com o social é fadado ao fracasso de toda a coletividade.

Nas leituras da atividade executiva, o Estado-governo tem toda a sua prática apoiada na lei e é a lei que vai dar a margem de opção para agir em conformidade com a conveniência e oportunidade. Nesse sentido, a prevalência da legalidade não exclui a discricionariedade, mas na afirmação de um Estado Democrático de Direito – também pela existência do direito administrativo – é que se conduz tal instituto jurídico com vistas a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público.

²⁸ Cabe pelo menos um adendo de que aplicar a lei de ofício é diferente de criar a lei para aplicá-la de ofício. Diferentemente do que aconteceu na Constituição outorgada de 1937, que tinha um superpoder Executivo, vide arts. 12, 13, 14, 38, 39, 64, 66, 73, 74, 76, 89, 99.

Dessa forma, a discricionariedade administrativa se caracteriza como um dever, mas, ao mesmo tempo, um poder de decidir conforme a avaliação da solução mais adequada para o caso concreto, notadamente, observados os limites trazidos pelo ordenamento jurídico. Ao que se pode complementar que se trata da adoção de uma solução elaborada de acordo com a oportunidade e a conveniência²⁹, *a priori*, podendo também alcançar os critérios de equidade e justiça da autoridade executiva, tendo em vista que se trata de uma pauta moral que não é definida pelo legislador³⁰. Isso importa em reconhecer que é a legislação que permite ao Executivo os espaços nos quais existe a liberdade moderada para optar, fundamentadamente, pela melhor solução possível ao caso, pois dentre as opções dadas ao administrador, todas são válidas segundo o ordenamento jurídico.

Pelos critérios de conveniência e oportunidade o Executivo realiza verdadeiros juízos, conjugando os aspectos jurídicos e práticos para o desempenho de sua atividade, que é voltada à satisfação do interesse público. No âmbito da conveniência, inserem-se os limites da competência, do interesse e da forma em que se expressará o ato do administrador. No âmbito da oportunidade, destaca-se o motivo e o momento propício para a realização do ato.

Dentro do modelo de repartição de funções e de competências adotado pelo Brasil, o Executivo é responsável pela efetivação das políticas públicas, tomando as medidas e decisões que visam a consecução dos importantes objetivos da República, explicitados no art. 3º da Constituição Federal, ao dispor que o Estado brasileiro foi criado para construir uma sociedade livre, justa e solidária; para garantir o desenvolvimento nacional; para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e para promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses objetivos fundamentais são o norte da atuação do Executivo, que, mesmo agindo sob as margens de discricionariedade, não está desvinculado dos matizes sociais que

²⁹ A súmula 473 do Supremo Tribunal Federal consagra que “administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

³⁰ A partir da Lei nº 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o art. 20 dessa lei passou a prever que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, com isso, a previsão das concepções pessoais que poderiam ser utilizadas como “argumento de autoridade” necessitam e aderência ao caso concreto, incidindo diretamente na motivo e no objeto do ato administrativo. Em complemento, o parágrafo único do art. 20 trouxe que “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

revigoram o pacto federativo. Ou seja, mesmo com todo azar de limitação econômica e de um alto contraste entre as classes sociais, a discricionariedade significa agir de acordo com a conveniência e a oportunidade, conjugando as condições fáticas e temporais para diminuir as desigualdades, efetivar os direitos fundamentais e promover a justiça social. Jamais, pela discricionariedade, poderá ser justificada uma abstenção, uma omissão ou uma atuação contra os objetivos fundamentais constitucionalmente impostos sobre o Estado.

Sempre que há esse desvio de finalidade do mandato executivo, revela-se a necessidade retornar à administração pública aos trilhos constitucionais, incidindo aqui os sistemas de freios e contrapesos, pelo qual tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário podem adentrar no âmbito da função executiva para garantir o cumprimento das obrigações constitucionais. Nesse passo, é importante ressaltar como aponta Braga (2018, p. 56-57) que embora o Legislativo empreenda esforços para criar – formalmente – as políticas públicas, elas são impostas ao Executivo, porém este não lhes dá eficácia, e, sem fiscalização pelo Legislativo, o problema segue para o Judiciário que acaba sobrecarregado na tentativa de impulsionar efetividade aos direitos fundamentais/sociais não realizados a contento por quem foi projetado para isso, ou seja, o Poder Executivo.

Mesmo com o problema da ineficácia executiva de uma ou de várias políticas públicas, é de se ter que, no Brasil, o grau de complexidade da construção de ações destinadas a determinado seguimento é ainda mais aguçado, pois há inúmeras variáveis que precisam ser consideradas na formulação e execução das políticas públicas, tais como: quantitativo populacional; dimensões geográficas; idiosincrasias dos contextos sociais; clima; espírito dos cidadãos; interesses divergentes da classe política; são apenas alguns dos pontos que influenciam o processo de identificação dos problemas públicos, de construção de alternativas e de consecução de resultados (CARVALHO, 2018, p. 46).

Longe de isentar um ou outro poder, é preciso entender que atribuir ao Executivo a única culpa pelo fracasso das ações voltadas à consecução dos interesses públicos e à efetivação dos direitos fundamentais, é atentatório ao Estado de Direito Democrático e Social, pois vulnera a confiança nos demais poderes e a credibilidade da Administração Pública. É a partir dessa ideia de que cada função tem responsabilidades e limitações, é que se pode pensar em uma administração coerente, que toma conhecimento das reais necessidades das pessoas e

alternativas”, dessa forma o ato precisa passar por uma fundamentação mais profunda, tornando a discricionariedade não mais em mera escolha do gestor, mas na melhor escolha possível deste.

não se figura inerte diante da efetivação de direitos fundamentais, aguardando a produção de leis ou a imposição do Judiciário para, de forma pontual, resolver um problema individual.

Ocorre que, a partir da discricionariedade – tema com o qual se iniciou a traçar algumas nuances do Executivo – buscando cumprir os objetivos da República e considerando a gama de ações que aí podem se inserir, cabe ao Executivo reconhecer que os direitos fundamentais têm aplicação imediata nos termos do art. 5º, §1º da Constituição, e, por isso, reclamam a atuação ininterrupta da atividade administrativa do Estado, que pode lançar mão da criatividade para a solução dos casos com os quais tem contato.

No entanto, a discricionariedade do Executivo não é indiscriminada, como já mencionado, o que revela a necessidade observância dos limites estipulados na lei, bem como a vinculação aos critérios de conveniência, oportunidade e justiça do gestor. Se de um lado o Judiciário acaba suprimindo algumas decisões de mérito administrativo para fazer valer os direitos fundamentais, de outro lado o Legislativo também incide com a contenção das pautas de governo. Isso quer dizer que se a governabilidade que depende muito da coalizão para funcionar o Executivo tem duas saídas que potencialmente se destacam: (i) pode governar por medidas provisórias; ou (ii) se sujeita a todo tipo de acordo com o Legislativo.

Como nota Marcos Nobre, a transição do regime ditatorial para a política aberta trouxe consigo uma pluralidade de pensamentos políticos, tanto que no texto da Constituição isso se consagrou como um fundamento da República Federativa do Brasil³¹ e a ampla liberdade política e partidária como uma constante do exercício da cidadania ativa³². No entanto, essa diversidade acabou eclipsada por um “bipartidarismo” que tomou a agenda do governo, oferecendo, em troca da governabilidade, o apoio parlamentar:

O período da abertura democrática foi marcado pelo generoso apoio à diversidade ideológica. Na saída da ditadura militar, o mais importante parecia ser deixar o caminho desimpedido para a multiplicação de partidos e para a diversidade de modelos de organização política. Ao mesmo tempo, havia certa expectativa de que “a competição no mercado político” levasse a uma progressiva concentração no cenário partidário. Não apenas pela indução a partir do instituto da eleição majoritária em dois turnos, mas também pela necessidade interna ao sistema de produzir coalizões de governo sólidas e efetivas.

³¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

V - o pluralismo político.

³² Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

No meio do caminho, entre a realidade caótica da década de 1980 e a expectativa em relação ao futuro, criou-se o conceito de “presidencialismo de coalizão”. Tratava-se de uma espécie de acomodação de um regime presidencialista a um sistema partidário já então razoavelmente fragmentado. A eleição em dois turnos deveria produzir um grande negociador da coalizão, o partido vencedor da eleição presidencial. Com isso, haveria também uma certa tensão — saudável e produtiva, esperava-se — entre o programa de governo da candidatura presidencial vencedora e os interesses partidários representados no Congresso, que teriam de se compor. Não se confirmou o esperado processo de fusões & aquisições partidárias que permitiria uma gestão menos turbulenta do presidencialismo. Em lugar da maior concentração partidária, o que aconteceu, a partir de 1994, foi uma especialização partidária de caráter binário. De um lado, a esmagadora maioria dos partidos se especializou em venda de apoio parlamentar ao governo, seja qual for o governo. De outro, dois partidos, PSDB e PT, especializaram-se em dirigir esse mesmo grande bloco de apoio parlamentar segundo determinado projeto de governo. Nessa divisão binária, os partidos líderes como que terceirizaram a busca por votos, mandatos e cargos para os demais partidos, concentrando-se na tarefa de coordenação. (NOBRE, 2016, p. 137-138)

O processo de formação das decisões de governo passa, inevitavelmente, pela deliberação da vontade e do interesse popular, quando se está em um ambiente democrático. Daí dizer que o terreno adequado para a elaboração da política pública é nos fóruns de legislação e de governo, é de se citar que no âmbito democrático de deliberação as pessoas ostentam voz para reivindicar e se posicionar juto ao Poder Público. A elaboração da política pública necessita de observar os canais de deliberação que estabelecem o diálogo entre povo e Estado, daí surgir a definição de política pública em processo dinâmico e não impositivo³³, que precisa ser observado pelas estruturas de poder, ocasião em que o presidencialismo de coalizão que se concentra somente na negociação do apoio enfraquece a democracia e inviabiliza a atuação legítima do Legislativo.

Nesse sentido, a decisão política do Executivo pode ser vista a partir da teoria sistêmica de David Easton como *outputs*, isto é, os mecanismos de saída, que a partir das demandas que recebem (*inputs*) possibilitam os processos de *feedback*, que são uma espécie de avaliação dos possíveis resultados. Desta forma, os *outputs* não são o término do processo político, mas são uma parte que se alimenta do sistema e molda o comportamento subsequente, possibilitando a realização de ações constitutivas que são capazes de se adaptar ou controlar as eventuais tensões (EASTON, 1970, p. 198). Se o

³³ Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou o redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos (BONETTI, 2006, p. 74).

Executivo não se atenta à sua tarefa de externar interesses realizáveis ao Legislativo para que seja viabilizada a legislação da política pública fica prejudicada a sua atuação no quesito de representação popular.

Por meio da percepção de que o Executivo detém com mais afeição as informações que propiciam a racional distribuição dos recursos públicos – notadamente, quando se predispõe a ouvir o interesse do povo, seja diretamente ou pelo Legislativo na forma representada – é que se pode contornar toda a inoperância do governo, preservando-lhe suas atribuições. Ou seja, colocar a função executiva nas mãos do Judiciário para a solução dos problemas a curto prazo, é em muito temerário, podendo tornar-se o ativismo judicial em decisões antidemocráticas, que preferem o interesse particular em detrimento do público, desprestigiando as demais funções estatais e a razão essencial do Legislativo, que será apresentada a seguir.

2.4 Legislativo: do império da lei à indignidade da legislação

Com suas bases firmadas na produção das leis, o Legislativo é o meio pelo qual se fazem as leis “para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou abrogam as que se acham feitas” (BONAVIDES, 2000, p. 174). Ao que remete a doutrina de Montesquieu (1996), no rascunho da separação dos poderes, o Poder Legislativo haveria de ser o ponto de proteção popular em face do Estado que era detido totalmente pelos monarcas, justificando sua criação para que o poder fosse dividido. Já Locke (1998) entendia que o Poder Legislativo seria responsável por transportar o direito natural para as leis e assim, representando o povo, evitaria os abusos de um governo absoluto. Rousseau (2013), aparentemente mais radical, entendia que o poder de legislar era do povo e deveria ser exercido de forma direta, para assegurar a vontade geral. Passar por esses três pensadores, pelos menos, é um ponto necessário para entender que o Legislativo tem um papel de criar leis e mecanismos que levam em conta o interesse popular e a anulação de uma atuação tirânica por parte do governante.

Em princípio, como governo era exercido na figura do mais se aproxima do Executivo, a ideia de tirar a atividade de produção das leis das mãos do governante partiu da sociedade. Ainda que o combate ao absolutismo seja uma luta social importante, não está bem demarcada na figura do oprimido a legitimidade da representação legislativa, isso porque, o interesse surge com mais força para garantir a liberdade e a propriedade.

Daí dizer que a burguesia foi responsável pela ideia de proteger-se da monarquia “vendendo ao povo a ideia de participação por meio da representação legislativa, aduzindo que a representatividade seria capaz de controlar uma série abusos perpetrados por parte dos governantes” (SANTOS, 2018, p. 148). A partir dessa ideia de representação, a tradição liberal-burguesa fez crer que sem a representatividade não há democracia, isso acaba se tornando quase um dogma, que foi tão defendido no século XVIII, como mecanismo de combate ao absolutismo, que se fixou como a pedra de toque da separação dos poderes.

Buscou o Legislativo estabelecer-se como o poder supremo, já que seria o responsável pela elaboração do ordenamento social. Porém, aparece como erro entender que há um poder que prepondere sobre outro, já que a faceta de absolutismo que se buscou combater pela separação de poderes pode tornar-se em tirania do parlamento. Dessa forma, a concepção tradicional da separação dos poderes, melhor dizendo, sua formulação original, “não impediu que o legislativo pudesse obter um *status* superior em relação aos demais” (MATA, 2017, p. 17).

Importante para a compreensão de algumas das características do Legislativo é o que Locke (1998) apôs em sua obra ao desenvolver a teoria de governo que relaciona a separação dos poderes e a supremacia legislativa que ocorreu na Inglaterra no século XVII, pois, reconheceu que deveriam haver limites no escopo da separação de funções para, ao mesmo tempo que fosse afirmada a supremacia legislativa, tal condição haveria de ser limitada. Tanto é assim que a ideia de Locke, ao teorizar a separação dos poderes, era a de que os legisladores não fossem juízes de si mesmo, que atuassem em causa própria, e, assim como o rei, um tribunal não eleito poderia corrigir a assembleia eleita, a fim de corrigir distorções (MATOS, 2017, p. 31).

O problema é que Locke (1998) insiste que o Legislativo é um poder supremo, que se submeteria às seguintes limitações: (i) estabelecer leis de igual forma para todos, sem legislar em benefício próprio; (ii) a finalidade das leis é sempre o bem do povo; (iii) não deve haver imposição de tributos sobre a propriedade do povo sem seu expresso consentimento; e (iv) a competência para legislar é intransferível. Somente na hipótese de desrespeito a esses limites, é que seria possível a intervenção a fim de corrigir o desvio legislativo.

Ocorre que, na formulação teórica de Locke, as leis estabelecidas, promulgadas e de conhecimento de todo o povo, funcionam com um mecanismo de oposição à arbitrariedade, pois protegem a coletividade de seus governantes, que ficariam adstritos aos seus limites e, nesse mesmo sentido, Locke afirmou que não há necessidade de se temer governos em que o

legislativo está nas mãos de uma assembleia passível de dissolução, cujos membros retornariam ao *status* de pessoas comuns (MATOS, 2017, p. 36).

Pelas ideias de Locke (1998), o que manteria o equilíbrio da relação entre o Estado e as pessoas, é justamente a situação de ter o Parlamento que, ao contrário da monarquia, teria representantes eleitos e que legislariam com a consciência de que, se hoje criam as leis, amanhã estarão como cidadãos comuns, submissos aos termos que outrora legislaram.

A partir da ideia de superioridade legislativa, no entanto, cabe o alerta de que “a legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembleia – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes)” (WALDRON, 2003, p. 37). Ou seja, ainda que sejam importantes as pautas tratadas pelo Legislativo, não há nada de distintivo nessa atividade, ao ponto de lhe colocar em um local superior, consideradas as demais funções exercidas pelo Estado.

Embora Waldron apresente a figura de uma assembleia como uma instituição comum, que se pode dizer, em pé de igualdade com os demais poderes, no entanto, é parte de sua ideia a defesa de que a atividade legislativa é a visão à qual todos devem dar preferência, o que coloca a *judicial review* em posição de legitimidade questionável. Notadamente, é o Legislativo uma coletividade de pessoas eleitas para representar os interesses dos eleitores e é aqui que Waldron (2003, p. 81) contrapõe Locke³⁴ ao ressaltar que no estado de natureza, os direitos não estão estabelecidos de forma suficientemente clara e, nesse sentido, “a função da legislatura é fixar mais precisamente as regras e as distribuições que já existem de forma tosca no direito e no estado de natureza. E esta seria uma função valiosa porque é justamente nessas questões que é mais provável que as pessoas entrem em conflito”.

Dessa forma, a lei tem a seu favor a segurança jurídica, ao carrear as normas de forma precisa, servindo bem ao propósito de estabilizar sociedade ante aos inevitáveis conflitos nos quais as pessoas incidem. Pese as teses dos realistas jurídicos – que contradizem a estabilidade e a segurança jurídica derivada da lei – ao tratar da interpretação da lei como atividade problemática no que tange à linguagem e às predisposições dos intérpretes, “as pessoas terão uma visão melhor de onde se encontram sob um conjunto de leis positivas

³⁴ O estado de natureza seria aquele em que os homens teriam “*perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem. (...) O *estado de natureza* tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses. (LOCKE, 1998, p. 382, 384)

válidas, que eles ou seus representantes decretaram, do que se tiverem de confiar no raciocínio individual de cada uma quanto à lei da natureza” (WALDRON, 2003, p. 94).

Como será abordado mais a frente, no **item 4.3** os argumentos de Waldron servem para rebater a *judicial review* e o objetivismo moral de Dworkin, mas, especialmente aqui interessa, porque quando dirigidos à teoria de Locke, no caso de controvérsias acerca do direito natural, a assembleia representativa tem condições de solucioná-las, visto que “na teoria, podem ser solucionadas por um monarca ou por uma junta, e os membros da junta podem até usar perucas e togas; na teoria, o poder legislativo pode caber de direito a uma pessoa ou a algumas. Mas, na prática, isso não será prudente” (WALDRON, 2003, p. 105).

Assim, para Locke, o abuso de poder decorre da inobservância dos direitos naturais, enquanto que Waldron alerta para que esses direitos naturais precisam ser muito bem explicitados na lei, daí decorre a dignidade da legislação, que coloca a função legislativa como atividade capaz de identificar os direitos e, como é representativa das pessoas, possui melhores condições, do que a função judiciária, para corrigir os desvios, especialmente os decorrentes da linguagem e da interpretação.

Tornar o Legislativo em um poder superior, diante da ideia de que da primazia da lei emana a segurança, a igualdade e a segurança jurídica, em nítida propensão parlamentarista para evitar a monarquia arbitrária é arriscado, pois assim o parlamento faria o papel de tirano. É por isso que, ao invés de depositar a confiança no direito natural para combater aos abusos, tal qual a ideia de Locke, o pensamento de Montesquieu (1996), trouxe que a existência de outro poder funcionaria como uma espécie de freio. E para tanto, Montesquieu (1996) pensou o Legislativo com composição variada, a fim de garantir a participação do rei, dos nobres e do povo, com o monarca atuando em uma espécie de poder de veto e os nobres e o povo representando os interesses de seus pares. *Interna corporis*, o rei era parte do Legislativo e com isso podia evitar que tal poder se tornasse despótico, assim como os nobres poderiam ser acusados pelo povo, porém julgados pelos seus pares, a fim de garantir que em um Estado livre, fossem julgados por iguais.

Por óbvio que a construção de Montesquieu sofreu críticas e adaptações ao longo do tempo, mas serve para observar como funcionariam os arranjos de poder, a constituição do Legislativo, os sistemas partidários e a representatividade, por exemplo. Ressalvando que se seu esquema de separação dos poderes dividia o legislativo em classes, a rigor, não separando funções, mas dividindo a soberania, “ao permitir, por exemplo, que o monarca atuasse como legislador negativo, Montesquieu não estava separando o trabalho executivo e legislativo,

estava apenas dizendo que não haveria lei contra a vontade do monarca” (MATOS, 2017, p. 48).

De outro lado, pode ainda ser vista a posição de Rousseau (2013, p. 36) na qual o legislativo é vontade e o executivo é força. Por meio do pacto social, o corpo político ganha existência e vida e é pela legislação que esse corpo adquire movimento e vontade, a lei é o que todo o povo estatui para todo o povo, sem divisão do todo, é o geral e jamais o particular (ROUSSEAU, 2013, p. 45-46). Assim, Rousseau afirma que pela lei podem ser criados privilégios, classes e direitos específicos, mas não pode nomear qual a pessoa será admitida nessas categorias, pois assim estaria subvertendo a regra da coletividade, colocando o geral em detrimento do particular. Embora a vontade geral seja sempre reta, o juízo que a guia nem sempre é esclarecido, por isso, é importante que as coisas sejam vistas de um prisma público resultante da união do entendimento e da vontade no corpo social, o que resulta a necessidade de um legislador (ROUSSEAU, 2013, p. 47). E como Rousseau defende que o povo não pode se privar do direito legislativo, o legislador não pode colocar suas opções particulares acima da vontade geral, honrando o pacto social em que cada um participa com sua força e liberdade para se unir a todos, “os deputados não poderiam ser representantes do povo, porque a vontade geral não era representada” (MATOS, 2017, p. 42).

Ainda que na narrativa de Rousseau encontrem-se valores impecáveis, é de prática inexequível em Estados de grandes proporções, visto que seria improvável reunir todo o povo para deliberar a vontade geral e formar as leis. Pelas palavras de Chevalier (1999, p. 174), “sobre as ruínas do absolutismo monárquico, condenado em espírito, Rousseau quis erigir, (...) uma soberania sem perigo para os governados e, apesar disso, tão augusta, majestosa e exigente quanto a soberania de um só”.

Porém, como Maus (2010, p. 170), menciona, “a ideia da unidade e indivisibilidade da soberania popular designa nada mais do que o Estado nas mãos do povo”, razão pela qual relacionar soberania popular ao absolutismo é uma forma de depreciar a soberania do povo, já que não há, nesse caso, exclusão da separação dos poderes, tal qual se dá no absolutismo.

Bem visto, o modo de preenchimento das cadeiras legislativas, ao mesmo tempo que combate a arbitrariedade do Estado-governo, engendra a arbitrariedade das classes dominantes do poder político e econômico e sujeita o povo, outrora submisso ao rei, à toda resignação oriunda dos legisladores que se apossam do Estado-legislador.

É óbvio que os arranjos da democracia indireta apresentam vícios e desvios ao que se inserem no modelo de representatividade, com frequência são observadas as traições do

mandato e as negociatas, que levariam a uma falsa impressão de que a democracia direta seria a solução para o problema.

Na democracia indireta, por meio da representatividade, o ideal que as assembleias tenham uma posição mais estável em relação aos interesses dos eleitores, do que esperar isso de uma agregação eventual e específica de massas, pressupondo que a organização das agendas políticas se deem de forma a compreender melhor as necessidades da maioria e das minorias. E a questão nodal da democracia reside na formação de minorias e majorias, de modo a não viabilizar a formação de monopólios políticos por estas últimas, pela qual seria importante o controle externo das decisões assembleares (ALVES, 2013, p. 152).

Todavia, longe de fazer uma defesa demagógica do modelo representativo, é importante observar que a democracia direta apresenta complicantes, especialmente quando se degenera em bonapartismo, entregando o governo a líderes, como nos últimos anos ocorre na América Latina, capazes de manipular a vontade do povo, uma vez que carismáticos extremamente hábeis para tal prática (ALVES, 2013, p. 150). Infelizmente, os parlamentos ainda “são foros destinados à retórica, à teatralização e à opinião forte, nada que se compare a um foro deliberativo sereno, em que pessoas argumenta sinceramente para tentar convencer seus pares, respeitam o desacordo e estão abertas a serem convencidas”, antes de serem o lugar do debate dos direitos se tornam um palco onde os atores buscam a audiência da população para garantirem suas posições nas eleições (MENDES, 2008, p. 73).

Nesse ponto, é necessário ter que a função legislativa se mantenha ligada aos processos de diálogos democráticos, observando as pautas e a participação populares, a fim de “gerar e repercutir demandas em espaços ou fóruns políticos mais gerais, como o parlamento” (ALVES, 2013, p. 151). De forma dialética, pelos debates entre os representantes e os representados, com uma atuação mais profícua na fiscalização dos atos parlamentares e com um controle das agendas políticas que contemple os interesses das majorias e minorias, é possível restabelecer os elos de confiança popular no Legislativo.

Como a democracia brasileira não pode prescindir da atuação dos partidos políticos, é importante que estes atuem como instancias de representação do pensamento social, sob pena de levar à falsa percepção de que indivíduos podem – por suas forças individuais – resolver os problemas de interesse público, parte-se da ideia de que nenhum político consegue solucionar os entreves sociais, jurídicos, políticos culturais e econômicos, e, por isso, os partidos políticos tem de congrega pessoas com diferentes experiência, preparo e atuação, identificar os anseios sociais e promover sua defesa, desenvolver políticas e programas governamentais, selecionar os mais preparados para defender os interesses públicos,

fiscalizar, criticar e apresentar alternativas aos posicionamentos governamentais (CAMBI, 2018, p. 250).

O partido político é uma figura expressiva do ordenamento jurídico, que se põe com fundamental importância para a garantia do processo democrático, derivando disso que aparece com amplitude no texto constitucional, do qual se pode obter as garantias e obrigações. De início, o pluralismo político – que compreende a multiplicidade de pensamentos e sujeitos – erige-se como fundamento do Estado brasileiro, o que vem espalmado no art. 1º, V da Constituição Federal. Na essência do art. 17 da Constituição, resta anotado que “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, devendo ainda serem observados os seguintes preceitos, segundo os incisos do mesmo artigo: (i) caráter nacional do partido; (ii) proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, para manter a representatividade, privilegiando, aqui, a soberania popular; (iii) prestação de contas à Justiça Eleitoral, para que seja respeitado o princípio da transparência e da igualdade de disputa do pleito eleitoral; e (iv) funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Os partidos políticos ostentam tanta importância no exercício de sua atividade de representar os interesses populares que, devido a isso, são legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade, desde que tenham representação no Congresso, conforme o art. 103, VIII da Constituição Federal, podendo atuar diretamente para a fiscalização e controle dos atos normativos e atos de governo que atentem contra a Constituição.

Dessa forma, embora o mandatário eleito tenha que guardar compromissos para com os eleitores, firmam-se, em muito mais, suas ações em consonância com os predicados do partido com o qual mantém vínculos jurídicos, políticos, culturais e ideológicos. Tanto que, pela análise da jurisprudência brasileira, pelo menos nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, o STF perfilhou o entendimento de que o mandato pertence ao partido, “pelo qual se elegeu o representante e não, a ele, ao povo, ou ao eleitor individualmente considerado” (ALVES, 2013, p. 158).

Todavia, a questão não se exaure a dizer de quem é o mandato, pois, no emaranhado normativo que se cria em torno dos partidos políticos, além de ter, cada partido, autonomia para elaborar suas leis internas – na forma de regimentos e estatutos – há ainda as condições que surgem, a cada pleito, inovando compromissos de coligações e estratégias para obter as

cadeiras legislativas. Daí dizer que é paradoxal o entendimento dominante, de que o “mandato é do partido”, pois na hipótese de coligação, os candidatos se beneficiam da mesma para obter a cadeira, pelo que seria justo o critério de suprir a cadeira derivada da infidelidade partidária pelo melhor colocado considerando a agremiação coligada, não o partido isolado. Ocorre que é na convenção partidária o momento em que a agremiação delibera seus candidatos e faz a opção pela coligação, pelo que a coligação se firma como uma verdadeira união de esforços para o objetivo de vencer a disputa eleitora. Mas, em contato com o caso concreto, o STF entendeu que o mandato seria do partido, conforme julgou no Mandado de Segurança 30.407³⁵.

Feitas estas considerações, é importante dizer que os partidos políticos carregam sobre si significativa parcela dos direitos políticos, ou de cidadania, pelo que podem e devem promover a intervenção popular indireta no governo. Como o Legislativo brasileiro pode se apresentar em duas formas – unicameral e bicameral – é preciso entender que o Congresso Nacional é formado por duas casas legislativas para compreender a vontade popular e manter o respeito ao objetivo fundamental da erradicação das desigualdades regionais. Daí restar sua formação pela Câmara dos Deputados – eleitos pelo sistema proporcional – que são os representantes do povo e pelo Senado – eleitos pelo sistema majoritário – que representa as unidades federadas na formação da unidade central. No âmbito dos estados e municípios, a composição legislativa é unicameral, visto que não há necessidade de formação de uma unidade central, pese o exercício do mandato ser permeado de regionalismos na legislatura estatal.

Ainda que o Legislativo figure em um importante mecanismo dentro da estrutura de Estado, propiciando a elaboração – no ponto de vista teórico – de leis racionais para a organização da sociedade e também promovendo a fiscalização do Executivo, a incidência de fundamentos democráticos para o seu bom funcionamento é essencial. Ocorre que, se de um lado o povo não se interessa pelas decisões do Estado, de outro lado, os ocupantes das funções procuram cada vez mais esconder as armas da democracia, a fim de evitar exigências

³⁵ Embora figurasse saudável para a democracia outorgar a cadeira ao suplente da coligação, o Supremo Tribunal Federal não admitiu no MS 30.407 de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 19/12/2014, a prevalência de tal argumento do impetrante. O argumento para denegar a segurança foi o de que há décadas a prática de ter o mandato vinculado ao partido vem se consolidando e que julgar ao contrário disso seria uma ruptura da previsibilidade das decisões, da segurança jurídica e da confiança. Ao mesmo tempo, a Corte sinalizou para a tese de que as coligações partidárias funcionam como instrumentos de viabilização do acesso das minorias ao poder político e do fortalecimento da representatividade dos pequenos partidos políticos, mas não deu a cadeira ao suplente da coligação por entender que seria uma espécie de quebra da tradição.

e a participação por parte dos indivíduos e assim realizar os interesses particulares daqueles que estão investidos no poder.

Como afirma Conrado Hübner Mendes, a sensação de autogoverno coletivo diminui à medida que o legislador não respeita os direitos e prevalece sobre a corte, desse modo, a eleição por si só não é suficiente para criar um órgão representativo suficientemente plural que reflita a diversidade da sociedade contemporânea. Desse modo a própria ideia de representatividade: o parlamento espelha a sociedade, é cada vez menos defensável num momento em que um único representante ou partido não consegue carregar as preferências de seus eleitores (MENDES, 2008, p. 73-74).

A partir do diagnóstico das experiências do país com a democracia e com os direitos políticos, pode-se dizer que o quadro é recente, imaturo e precário, posto que mais da metade dos latino-americanos prefeririam uma ditadura eficaz na solução de problemas econômicos do que uma democracia³⁶; decorre disso que ainda prepondera a ideia de que a política reduz-se a um mero instrumento do domínio econômico (ALVES, 2013, p. 146).

O Legislativo, para que consiga realizar sua atividade representativa, precisa ser formado a partir de ideias plurais e de alta carga de cidadania, juntamente com o aprimoramento de mecanismos aptos à organização das eleições, dos partidos e candidaturas, para somente assim superar uma “crise da lei e da democracia representativa”, enquanto uma falta de identificação do eleitor com os partidos políticos e os representantes eleitos pelo povo que somente será suprida com o aperfeiçoamento, conjugando elementos da democracia participativa (CAMBI, 2018, p. 256-257).

É importante ter que no Legislativo se concentra com mais efeito a representação, isso porque no Brasil há múltiplas cadeiras a serem preenchidas, enquanto no Executivo tão

³⁶A pergunta realizada em 2004 foi: “você apoiaria um governo autoritário se ele pudesse resolver os problemas econômicos?” A pedido da ONU, pesquisadores fizeram essa pergunta a 18.643 pessoas. A maioria (54,7%) disse que sim. A pesquisa está disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2104200401.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019. Já em 2014, a Data Folha realizou a pesquisa “Ditadura e Democracia”, na qual os brasileiros em sua maioria (62%) têm a democracia como melhor sistema de governo. Segundo o relatório, “a democracia segue sendo defendida como o melhor sistema de governo, em qualquer circunstância, pela maioria dos brasileiros, mas há fissuras nesta relação: no momento em que se completa 50 anos do golpe militar de 1964, os brasileiros veem a situação política daquela época melhor do que atualmente, e estão um pouco ou muito insatisfeitos com o funcionamento da democracia, na qual veem alguns problemas, como corrupção e insegurança”. Paralelamente, na opinião sobre os principais responsáveis pelos problemas econômicos e sociais do Brasil hoje, 61% dos entrevistados creditam aos governos civis que vieram depois, contra 14% que responsabilizam os governos militares daquele período. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2014/03/1433561-brasileiros-preferem-democracia-mas-sao-criticos-com-seu-funcionamento.shtml>. Acesso em: 19 mai. 2019. Embora se tenha um aspecto positivo quanto à democracia, a falta de credibilidade dos governos civis é alarmante, o que pode ter corroborado para o resultado das eleições de 2018, cuja pauta preponderou no âmbito da economia.

somente uma. Enquanto ali, na decisão de parlamento é possível um diálogo, aqui a decisão vem revestida de uma ideia de vontade da maioria potencializada na figura do Chefe do Executivo. Enquanto foro deliberativo, o parlamento tem melhores capacidade de “coletar informações, obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos” (MENDES, 2008, p. 83).

A importância da democracia adentrando nos tecidos do Estado, se dá em tom de não deixar as políticas públicas e a implementação dos direitos fundamentais somente nas mãos do Parlamento. A qualidade da legislação depende da maneira como se exerce a cidadania, do grau de informação e de compreensão das questões políticas, por isso a participação das pessoas nos espaços públicos (CAMBI, 2018, p. 257-258) – leia-se políticos – tem um papel fundamental não somente para um Estado de Democrático e Social de Direito substancial, mas para que a democracia se construa como a condição de legitimidade das decisões políticas.

A importância do Legislativo se encontra nas possibilidades da representação que não permitem que a política seja devorada por atos de vontade na dimensão temporal do agora e na dimensão espacial do aqui, que Conrado Hübner Mendes aponta como mola mestra da vida política. Em sua ideia, a representação consegue transformar a presença física em voz e conectar as esferas do formal e do informal do campo político, propiciando ações a longo prazo, para que a política não fique refém do voto.

A escolha pragmática da técnica representativa viabilizou a democracia não tanto porque o povo teria passado a governar indiretamente. A ideia de busca de uma vontade comum por meio de instituições representativas é equivocada. Esse processo, porém, disciplina e estimula a competição política em bases equitativas, e permite ao eleitor escolher e rejeitar competidores. O que define tal regime como democrático é o igual direito de qualquer cidadão de votar e de ser votado (MENDES, 2008, p. 82)

A opção pela representatividade como alternativa na atualidade pode encontrar base nos argumentos de Nadia Urbinati, uma vez que a autora entende que democracia representativa envolve uma espécie de revisão da concepção moderna de soberania popular, capaz de questionar a ideia de monopólio da vontade na definição e na prática da liberdade política. Para tanto, a democracia representativa de Urbinati marca o fim da política binária do sim ou não e inaugura a política como um espaço de opiniões contestáveis e decisões sempre sujeitas à revisão (URBINATI, 2006, p. 224 – tradução livre).

Como foi tratado no **item 2.1**, a pós-modernidade ostenta uma condição reativa ao projeto do Iluminismo, com suas padronizações e metanarrativas e, por mais atomizada que a sociedade seja atualmente, a manutenção do Legislativo mediante a representação a partir da reflexão de Nadia Urbinati se torna mais adequada do que uma busca por democracia direta que pode facilmente corroborar em isolamento social e desordem³⁷. Desse modo, como apresentam Vera Fátima Gasparetto e Karin Cristina Caneparo:

Discutir as interfaces relacionadas à prática democrática leva a refletir acerca da participação, do sistema eleitoral e fundamentalmente do conceito de liberdade. De modo que é possível trazer à luz o ideal de liberdade e relacioná-lo com o imaginário político dos indivíduos partícipes tanto do sistema eleitoral quanto das instituições políticas. A provocação é para pensar com base na “nebulosa” afirmação incutida no senso comum de que “vivemos em uma democracia, temos liberdade de expressão e direito a voto”. Tais pressupostos podem camuflar e consolidar práticas arbitrárias e representativas das elites do poder. (GASPARETTO; CANEPARO, 2017, p. 340)

Sobretudo, a lei – como produto que o Legislativo pode oferecer –, embora não seja a expressão de todo o direito e não carregue todos os preceitos da vontade geral – porque deve comungar interesses da maioria e da minoria –, ainda assim figura em um importante instrumento de promoção dos direitos fundamentais, razão pela qual o problema não se fixa na lei, mas na manipulação ideológica do conceito de lei, quando é utilizado para a promoção de totalitarismos e para a supressão ou redução de direitos fundamentais (CAMBI, 2018, p. 257).

Dessa forma, não subsiste a ideia de dar um status maior ao Legislativo tão somente pela falsa noção de segurança jurídica que decorre da lei. É de se questionar, essa segurança é para quem? Em um país como o Brasil, marcado por uma sociedade mosaico, que possui uma diversidade política, cultural e social de grandes proporções, agrega-se o problema de um Legislativo que quase sempre não se preocupa com o essencial de legislar em favor dos direitos fundamentais e atua em uma legislação “não normativa”³⁸. De outro lado, isso

³⁷ Ellen Meiksins Wood enfatiza que nem tudo o advém do Iluminismo e da modernidade precisa, necessariamente, ser descartado. Tanto é assim que Wood separa o que é próprio do moderno e o que é do capitalismo: “a ideologia da burguesia francesa no século XVIII não guardava tanta similaridade com capitalismo, mas com lutas sobre formas de apropriação não-capitalistas, conflitos a respeito de poderes de exploração extraeconômicos. Não quero reduzir o Iluminismo a pura ideologia de classe; mas, nessa conjuntura histórica em particular, em condições perceptivelmente não-capitalistas, mesmo a ideologia de classe burguesa tomou a forma de visão maior da emancipação do gênero humano – não apenas emancipação para a burguesia, mas para a humanidade em geral. Em outras palavras, em que pesem as suas limitações, esse movimento constituiu um universalismo emancipatório – motivo pelo qual ele certamente pôde ser apropriado por forças muito mais democráticas e revolucionárias (WOOD, p. 50).

³⁸ De acordo com o Portal de Legislação, no ano de 2019 já são contabilizadas mais de 13.800 leis ordinárias, das mais variadas matérias, que não expressivamente normativas. Disponível em:

favorece a “legitimidade legal” que teria por base a noção de que todo o direito pode ser estatuído em regras abstratas aplicáveis pelo juiz e que o ordenamento é impessoal e por isso que lhe é devida obediência (GOMES, MAZZUOLI, 2019, p. 45).

A legitimidade do Legislativo não é extraída desse plano formal do exercício da função estatal de legislar, mas passa pela resposta ao questionamento de como essa atividade é exercida. Assim, se no escopo do Estado Liberal, para garantir sua perpetuação no poder, restou transformada a confiança que as pessoas têm em si mesmas em confiança no aparato estatal, impedindo qualquer tipo de investigação sobre o conteúdo do texto legal (GOMES, MAZZUOLI, 2019, p. 47).

Frequentemente a legitimidade política, perquirindo aqui a resposta de como a legislatura é exercida, se perde e dá lugar à legitimidade formal, a do poder pelo poder, que institucionaliza a confiança. Nessa senda, os direitos são deixados de lado, para que o debate gravite em torno dos interesses eleitorais:

O parlamento, da maneira como é composto, não permite que se leve direitos a sério. Legisladores têm, às vezes legitimamente, muitas outras coisas na cabeça. São influenciados por um conjunto de incentivos mais imediatos, ligados à conveniência da política pública. Direitos, quando aparecem na balança, são um entre outros componentes, não a preocupação primária. Na escala moral de um regime que respeita liberdades, porém, direitos são trunfos. Não podem ser um fator a mais de negociação e de barganha. Com eles, não há espaço para *trade-offs*. Essa, porém, ainda é uma imagem otimista do parlamento. Com mais frequência, direitos sequer fazem parte de uma agenda remota. O comportamento dos representantes é voltado, na maior parte do tempo, a satisfazer interesses imediatos de seus eleitores. Suas motivações se reduzem a uma variável simples: escolherão tudo aquilo que aumentar as chances de reeleição e de ampliar o poder individual. São, nesse sentido, agentes políticos auto-interessados. (MENDES, 2009, p. 72-73)

Nesse sentido, basta rememorar que na época da votação da Medida Provisória nº 766/2017, que se converteu na Lei nº 13.496/2017, cujo escopo era promover uma renegociação de dívidas com a União, um grupo de parlamentares seria beneficiário dessa legislação, pois tinham inscritos na Dívida Ativa da União cerca de 1,4 bilhão de reais, nitidamente legislando em causa própria³⁹. Ou ainda, a proposta do governo em oferecer um extra de 40 milhões de reais em emendas parlamentares até 2022, a cada deputado federal que votasse a favor da reforma da previdência⁴⁰, o resultado é que a Câmara dos Deputados

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/2019-leis-ordinarias> Acesso em: 29 ago. 2019.

³⁹ Disponível em: <https://www.listadevedores.pgfn.gov.br/> Lista consolidada de 2017, atualmente houveram alterações tanto em valores como em pessoas ligadas a parlamentares.

⁴⁰ Notícia de 24 de abril de 2019, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-dara-r-40-mi-em-emendas-a-cada-deputado-que-votar-pela-reforma.shtml>. Acesso em: 02 set. 2019.

aprovou, em segundo turno, o texto principal da reforma com 370 votos a favor, 124 contra e 1 abstenção⁴¹.

A noção de legitimidade difere-se da de legalidade no passo em que a legalidade está para a força de lei e a legitimidade se assenta na efetividade social como direito justo, não apenas na eficácia formal da regra jurídica:

A voz legalizada saída da boca do soberano não é legítima, em que pese ser legalizada por institutos normativos. Pois, nenhuma lei de exceção é justa. Em síntese, a partir de 2016, a “força de lei” atua como ato reflexo do poder de exceção. Além da negação histórica e sistemática do acesso à segurança pública, ao trabalho decente, ao lazer, ao esporte e à cultura, a Ditadura Inconstitucional as instituições republicanas por dentro. (MARTINEZ, 2019, p. 222).

Se persiste a desconfiança no Legislativo, no entanto, não é pela suplantação de suas funções que se recuperará a justiciabilidade do ordenamento e a certeza de que os representantes do povo detêm a capacidade mais aguçada para a solução dos problemas de interesse público. Embora não seja de todo ruim – se e, somente se, usado para contrapor tendências antidemocráticas – o ativismo judicial acaba se colocando como um entrave no exercício da cidadania e tangenciando a potencialidade da lei. Ressalva-se, que a defesa da lei não significa preterir as “novas” formas de compreender o ordenamento normativo, mas, como será apregoado, tem mais relações com a ideia de uma teoria do direito e da decisão judicial, em sua compreensão em sentido lato.

2.5 Judiciário: guardião ou dono dos direitos?

Nas propostas mais tradicionais, aquelas de tripartição de poder, o Judiciário se erige como “o terceiro poder [que] dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil” (BONAVIDES, 2000, p. 176).

E continua o autor, dizendo, a partir da obra de Montesquieu (1996), que no Judiciário, assim como no Executivo, é nociva a conjugação dos poderes num só órgão ou pessoa, haja vista que tal situação acaba por eliminar a liberdade política. Conforme acentua Bonavides na soma do poder judiciário com o poder legislativo, ou seja, na figura do juiz legislador, salta o poder arbitrário sobre a vida dos cidadãos, “o poder judiciário ao lado do poder legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A

⁴¹ Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/08/07/camara-reforma-da-previdencia-2->

opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política” (BONAVIDES, 2000, p. 177).

As principais críticas quanto à possibilidade de o Judiciário legislar, é justamente a possibilidade de deter, ao mesmo tempo, a capacidade de criar as leis – as regras do jogo – e aplica-las ao caso concreto, ou, a partir do caso concreto criar as leis, a partir da consciência e das convicções do magistrado, tornando-se numa espécie de quimera jurisladora.

Mas, em contraponto, a expansão do Poder Judiciário é defendida sob a premissa de que os outros poderes não teriam a mesma eficiência na garantia e efetivação dos direitos fundamentais, o que vem a ser o ponto mais utilizado para argumentar a favor do ativismo judicial, seja pela inoperância do executivo ou pela atecnia do legislativo, os quais não conseguem dar solução aos problemas da sociedade na velocidade exigida na contemporaneidade. Aliás é sob a capa da velocidade que se esconderiam os anseios não de uma sociedade sedenta da efetivação de direitos fundamentais, mas de uma forma de controle estatal – na figura do Judiciário – que é hoje o protagonista por conta própria⁴², a impulsionar a reforma do sistema processual brasileiro, que dialoga com as razões da reforma processual civil na Itália de Benito Mussolini, em 1940, instituída no Código de 1942 (BRAGA, 2018, p. 85).

No escopo do Estado Liberal, era notável o objetivo de neutralizar o Judiciário frente aos demais poderes, especialmente, diante do Poder Legislativo que tinha um papel de protagonista na atuação política, fazendo a ruptura entre a política e o direito (CAMBI, 2018, p. 268). Tem-se então, o Judiciário como uma figura inerte e que somente seria movida para dizer o direito no caso concreto, com a atividade judicante extremamente pautada no princípio da legalidade e a realização da subsunção do fato à norma, sem qualquer entrada de outros elementos ou referências sociais, políticas ou morais. Aqui, precisamente, é que se construiu a figura do juiz boca-da-lei idealizado por Montesquieu (1996).

No âmbito do positivismo jurídico, que será mais detalhado à frente, foram desenvolvidos diversos meios técnicos de controle do comportamento social, notadamente, pautados nos ideais político-liberais de individualismo e racionalidade formal, no qual o modo concreto de ser do homem passou a ser a abstração (VERBICARO, 2017, p. 62-63). Daí dizer que a atividade judicante também foi influenciada por esse modelo jurídico-positivista, que busca soluções mais padronizadas para dar ao caso concreto, pois estrita e extremamente

[turno.htm](#). Acesso em: 02 set. 2019.

⁴² Aqui é que são dirigidas as críticas do constitucionalismo popular, que serão mais adiante abordadas.

pautadas na legalidade, perpetrando uma série de desigualdades dos mais variados prismas (político, econômico, social, cultural) que, como já mencionado, privilegiam a igualdade formal – decorrente da lei geral e abstrata – sem se atentar para as discrepâncias e desajustes que ocorrem factualmente.

Tal concepção já não se acomoda mais com o quadro contemporâneo, tanto de pensamento político e social, como de pensamento jurídico e burocrático. Isso porque, se de um lado o Legislativo e o Executivo não são prestigiados pelo povo e cada vez mais são alvos de intensa fiscalização e questionamento junto ao Judiciário, de outro lado os problemas que são colocados para solução judicial são, em muito, mais complexos e o surgimento dos direitos sociais não são alcançados em contemplação e velocidade pela legislação.

De se atentar que além do gigantesco ordenamento normativo brasileiro, com mais de 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, o juiz tem que tratar com pessoas de diferentes origens e em uma visão alternativista do direito, importa reconhecer que a sociedade não é igual porque está categorizada em classes e não é harmônica porque as classes vivem em conflito. Resta evidente que a neutralidade do juiz, para além da imposição do positivismo – enquanto ideologia da conservação e da segurança –, é um mito, não só por inexistir um juiz neutro como também a ciência não é neutra porque sempre defende um ponto de vista. O direito em si não é neutro pois está sempre a serviço de algo ou alguém porque é fabricado por legisladores que podem ser comprados e interpretado por juristas que tendem a defender seu ideal legalista, conservador, conformista (GOMES; MAZZUOLI, 2019, p. 53-54).

Atualmente, de acordo com Verbicaro, o Judiciário desempenha funções diferentes para exercer sua atividade principal de jurisdição, das quais são as mais evidentes: a política, a simbólica e a instrumental. E continua a autora, esmiuçando tais funções, a dizer que na função política o Judiciário ocupa um papel decisivo como mecanismo de controle e pacificação social, obrigando ao cumprimento de direitos e obrigações, por isso, reforçando as estruturas vigentes de poder e garantido a integração da sociedade; na função simbólica o Judiciário traz para sua atividade uma carga de equidade e justiça, socializando as expectativas dos autores na interpretação da ordem jurídica e impondo padrões de legitimidade na vida política, ainda que se reconheça que isso acaba domesticando ou intensificando o conflito; e na função instrumental é o principal local de resolução dos conflitos, atuando com responsabilidade e dentro dos limites que são atribuídos ao Judiciário pelo ordenamento normativo em vigência; na conjugação dessas três funções principais, o

Judiciário exerce a atividade de solução dos conflitos, controle social e administração e criação do direito (VERBICARO, 2017, p. 82).

A compreensão de que o Judiciário exerce funções políticas não é um produto da contemporaneidade, pois, assentando-se nos postulados da separação dos poderes, resta evidente que ao compor um poder devidamente instituído em um desenho de Estado e ao se destinar à pura aplicação do direito já fica clara tal característica, tanto pelo viés de exercer o contrabalanceamento das dinâmicas de poder, como para combater o autoritarismo dispersando o poder nas variações de órgãos.

Nesse raciocínio, quando o Judiciário exerce a sua atividade judicante, as funções política, simbólica e instrumental vão se evidenciando de forma concomitante. Pois, para obter a pacificação social e a restauração da ordem outrora violada que é função política, tem-se que o controle social, função simbólica, é efetivado, respaldando a noção geral de segurança jurídica que é objetivo do Estado, ao final, resolvendo o conflito e exercendo a função instrumental.

Com efeito, as funções política, simbólica e instrumental são presentes na simples dedução de que a segurança jurídica não é obtida da mera criação de leis pelo Legislativo, mas é resultado de uma atuação do Judiciário no sentido de fazê-las cumprir pela sociedade e, na figura do Executivo principalmente, zelar para que o Estado não as descumpra. Ao mesmo tempo, não se pode olvidar que o Legislativo não está depreciado com isso, pois tem a atividade positiva de criar as leis que servem de parâmetro e o Executivo, da mesma forma, não pode se eximir de sua atividade de governar, ponto em que é uma função preponderantemente ativa. A função política do Judiciário arremata a legislação negativa e a inércia da administração.

A função de criação do direito pelo Judiciário permanece como a mais problemática, uma vez que em países de cultura jurídica fixada no direito romano-germânico (*Civil Law*) quando o grau de criatividade aumenta ante a entrada dos princípios nos tecidos da subsunção lógica, as fronteiras entre a criação e a aplicação do direito se tornam mais difusas (VERBICARO, 2017, p. 83).

Pela leitura dos aspectos funcionais, a instituição Poder Judiciário foi concebida para atuar no âmbito político, simbólico e instrumental em um campo social estável, no qual há níveis razoáveis de distribuição de renda e um sistema legal com normas padronizadoras, unívocas e hierarquizadas (VERBICARO, 2017, p. 85). O ativismo judicial em um quadro desses nem é cogitado, porque há uma estabilidade que sai da sociedade para se irradiar nas

estruturas de Estado, que podem funcionar de acordo com a natureza para a qual foram concebidas.

Todavia, é em uma situação de instabilidade que o Judiciário supera o modelo neutro que foi desenhado nas bases das ideias liberais. Nos países que de modernidade tardia, a qual é lócus marcado “pela diferença, por antagonismos sociais e por uma série de distinções, que são capazes de produzir uma variedade de posições de sujeito e identidades” (ALVES, 2013, p. 120). A jurisdição neutra não tem lugar no contexto da modernidade tardia, já que perpetuando a igualdade formal, as funções política, simbólica e instrumental não têm nenhum alcance de efetividade, sendo importante que o Judiciário tome um posicionamento de desneutralizar suas ações frente às flagrantes desigualdades e injustiças.

A mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais é um ponto notável de abertura ao diálogo entre os poderes, a fim de determinar o significado objetivo do texto constitucional, com isso, ocorre o processo de desneutralização política do Judiciário (CAMBI, 2018, p. 268). Como o Poder Judiciário é constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, a função “socioterapêutica” da justiça se dá com a proteção dos direitos fundamentais e a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social como norteadores da atividade do juiz, que assume-se como juiz social para impulsionar a materialização dos postulados constitucionais de justiça (CAMBI, 2018, p. 269-270), especialmente reconhecendo a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais tal qual determina o art. 5º, §1º da Constituição, pois “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E nessa atividade, em tese, estaria o Judiciário autorizado a adentrar nas atividades reservadas aos outros poderes, para compulsar eficácia ao ordenamento jurídico⁴³, melhor dizendo, para garantir direitos fundamentais.

Como no exercício da jurisdição contemporânea é necessário que o Judiciário tenha uma predisposição para compreender os aspectos sociais que possibilitam verificar o quanto os direitos fundamentais estão, de fato, efetivados, o modelo fechado de julgar somente com as fontes do direito não se apresenta eficiente. Daí dizer que o Judiciário amplia seu ferramental normativo, passando a compreender regras, princípios e fundamentos da filosofia,

⁴³ Compete ao Judiciário, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei (...). Para isso, há de interpretar a lei ou a Constituição, sem que isso implique ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. (STF - AI 410.096 AgR, rel. min. Roberto Barroso, j. 14-4-2015, 1ª T, DJE de 6-5-2015). O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da CF. (STF - RE 669.635 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-3-2015, 2ª T, DJE de 13-4-2015)

da sociologia, da história, da ciência política, entre outras áreas do conhecimento, para formatar respostas adequadas à solução do caso concreto.

Essa ampliação da visão – não propriamente da atuação em si – do Judiciário é resultado da superação de uma velha dualidade: direito e política como fenômenos completamente separados.

Como esta dissertação trabalha na interação dos aspectos políticos e jurídicos, cabe dizer que muito do debate acerca da função judicial se torna oblíquo por apego a essa dicotomia de matrizes positivistas. Cabe ressaltar que as principais forças que influenciam os juízes são notadamente políticas e é fundamental compreender isso, como Conrado Hübner Mendes aponta em crítica dirigida a muitos teóricos normativos:

Insistem no velho hábito da separação absoluta entre política e direito: o juiz deve decidir somente de acordo com este, e estar insulado daquela. Criou-se o mito de que há uma instituição distante da política. Essa relação, porém, é de interdependência. Juízes são produtos da sociedade em que vivem e são influenciados pelos jogos de forças políticas e ideológicas dessa sociedade. (MENDES, 2008, p. 136)

Há que se alertar, no entanto, para a possibilidade de desvirtuamento da função do Judiciário que se transformaria em “governo de juízes”. Nesse ponto, em especial, os juízes passariam a se utilizar da abertura semântica dos princípios para moldar a realidade de acordo com os interesses do Poder Judiciário, desconsiderando, lamentavelmente, os interesses dos cidadãos e se afastando do ideal de garantir e efetivar os direitos fundamentais (CAMBI, 2016, p. 271).

Com a judicialização da política, aumentam-se os filtros do direito o que poderia, ao menos em tese, melhorar as deliberações no sentido de saber que estas passariam pelo crivo da constitucionalidade, da legalidade e da jurisprudência, correndo risco de reformulação e, ao menos nos dois primeiros aspectos, a atuação do Judiciário é favorável ao desenvolvimento da democracia. Outrossim, no âmbito de um debate de direitos, a atuação do Judiciário em um contexto político pode ser benéfica para a democracia se no campo da formação do Legislativo e do Executivo não existem bases de oposição, no entanto, o inverso é verdadeiro e pode ocorrer o controle da política pela jurisdição incidindo diretamente em decisões de mérito das outras funções do Estado:

Ademais, a contestação política e judicial de determinadas políticas públicas pode ser influenciada pelo partido ou coalização política que está no poder. Por exemplo, se o partido governista ou a sua coalização política possui apoio de sindicatos, da classe trabalhadora e têm uma base aliada mais robusta, possivelmente as reformas a

serem adotadas terão menos contestação política e sofrerão menos judicialização. A título de exemplo, a reforma previdenciária realizada pelo governo Lula se beneficiou da sua ligação com os sindicatos e a classe trabalhadora, bem como de uma oposição mais fraca à sua base.

De outro lado, diante do crescimento da judicialização da política, o governo, o parlamento e as elites políticas tentarão cada vez mais controlar as nomeações para os tribunais, bem como influenciar os juízes nomeados. Assim, existe uma tendência de que a judicialização da política produza a politização dos tribunais. Desse modo, mesmo com a judicialização, a questão política tende a ser resolvida por decisão política, ainda que tomada pelo Judiciário. (LUNARDI, 2019, p. 4)

Essa posição é defendida por Ran Hirschl quando faz a sua análise da judicialização da política e de seus efeitos extraprocessuais, que avançam sobre a pauta megapolítica⁴⁴ como instrumento hegemônico de igualdade formal formatando jurisprudências aplicáveis em contexto nacional.

A judicialização da política pode refletir a competitividade do mercado eleitoral de uma comunidade ou os horizontes temporais dos governantes. Segundo o modelo de “alternância eleitoral”, por exemplo, quando um partido governante espera vencer diversas eleições seguidas, a probabilidade de se ter um Judiciário poderoso e independente é baixa. Porém, quando um partido governante tem baixa expectativa de permanecer no poder, torna-se mais propenso a apoiar um Judiciário poderoso, garantindo assim que o próximo partido governante não poderá usar o Judiciário para fins políticos. Do mesmo modo, quando atores políticos são impedidos de implementar plenamente sua agenda, podem tentar vencer os obstáculos estimulando o exercício ativo do controle de constitucionalidade por um Judiciário que seja simpático à sua agenda. A judicialização da megapolítica pode permitir que governos imponham a comunidades enormes e heterogêneas uma política centralizadora de “tamanho único” (consideremos, por exemplo, o efeito uniformizador da jurisprudência constitucional de tribunais superiores em comunidades extremamente heterogêneas, como os Estados Unidos ou a União Europeia). Por fim, a transferência de “grandes questões” controversas para tribunais ou outras instituições decisórias quase profissionais e semiautônomas, tanto domésticas quanto supranacionais, pode ser vista como parte de um processo maior pelo qual elites políticas e econômicas procuram proteger a elaboração de políticas públicas das vicissitudes da política democrática, ao mesmo tempo que manifestam apoio a uma concepção schumpeteriana (ou minimalista) de democracia. (HIRSCHL, 2009, p. 166- 167)

O juiz é, antes de qualquer cargo, um ser humano o que não o desvencilha da concepção aristotélica de ter o homem como um animal político (*zoon politikon*) e por isso é inevitável que tenha um pensamento político acerca do caso que aprecia, enquanto desempenha a função estatal da jurisdição. Superado o mito da neutralidade e reconhecendo

⁴⁴ Hirschl não fornece um conceito preciso de megapolítica, mas trata o termo como sinônimo de política pura. Assim, a judicialização da megapolítica pode ser entendida como uma atuação do Judiciário em uma pauta puramente política, capaz de definir resultados de eleições, de controlar jurisdicionalmente o processo de *impeachment*, controlar políticas macroeconômicas, definir a identidade coletiva e a nacionalidade, retirar políticos e partidos políticos da esfera pública, entre outros exemplos.

que o direito é tão político quanto os seres humanos é preciso ainda colocar o Judiciário em seu lugar na política, naquilo que pode e que deve fazer enquanto participante da comunidade. E novamente dizendo a respeito de legitimidade, agora coloca-se aqui a reflexão de Lenio Streck:

É verdade que o direito presta legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política lhe garante coercitividade. Concebendo a política como comunidade (*Polity*), o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política (*politics*), há uma coimplicação entre eles na constituição do político. Como ponto de vista partidário, o direito tem o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí política ou político, no sentido daquilo que é da *polis*, é sinônimo de público, de *res publica*. (STRECK, 2014b, p. 91)

Ou seja, não se trata de atribuir, mas de reconhecer ao Judiciário uma função política que seja capaz de identificar os problemas sociais e solucioná-los sem a atuação dos demais poderes, todavia tem-se o mesmo risco de autoritarismo outrora combatido nas ideias tradicionais de separação dos poderes. Ocorre que, no âmbito do Judiciário com os atuantes que não são eleitos pelo povo e, por isso, não têm mandato fixo, além de possuir prerrogativas de inamovibilidade e vitaliciedade no cargo, o perigo de deixar a atividade judicante se desenvolver sem limites. É de se ressaltar que “a confiança acrítica no judiciário como paladino da justiça pode não se coadunar com uma concepção contemporânea de democracia” (ALVES, 2013, p. 297), por isso é que a função jurisdicional também precisa se submeter a limitações e também observar pressupostos de legitimidade para o seu exercício.

Não é somente pelo fato de que o provimento dos cargos de juiz não se submete ao crivo popular que estão deslegitimados no exercício de suas funções, mas é pelo distanciamento da democracia que perdem a representatividade quando da elaboração das decisões a respeito dos direitos fundamentais que não são legítimas. Isso não significa que os juízes estariam descredenciados a realizar sua atividade jurisdicional, tampouco se trata de uma legitimidade *a posteriori* para a ocupação do cargo. De maneira distinta, o ponto que atinge a legitimidade do juiz é o cumprimento da tarefa constitucional de garantir direitos fundamentais, até porque o *error in iudicando* é mais complexo ao enfrentar a questão disciplinar do juiz. Também é de se ter que os ministros do Supremo Tribunal Federal se colocam em uma situação distinta, podendo responder por crime de responsabilidade nos termos do art. 52, II da Constituição. Com efeito, a decisão democrática nem sempre é resultado da aceitação popular ou da opção da maioria, pois o STF exerce também o papel contramajoritário e que ganha nuances de garantir a existência da diversidade, contrariando a

opinião popular sem que isso, por si, seja uma decisão contra a população, já que, a fundo, é uma decisão que protege o povo dele mesmo em determinadas circunstâncias.

Os argumentos de que o parlamento seria o lugar ideal de autogoverno podem ser contrapostos com a noção de que se trata de um ambiente institucional prioritário para a última palavra tão somente por serem representantes eleitos, isso simplifica o debate:

A representação não se esgota na eleição. Supor que a corte, simplesmente por não ter membros eleitos, é um agente externo à comunidade e longe de seu controle, como se as decisões “deles” jamais pudesses ser percebidas como “nossas”, é ignorar um conceito mais abrangente e desejável de legitimidade. A oposição entre “povo”, espelhado no parlamento, e “juizes”, ofuscaria uma dinâmica política mais complexa. Cada instituição pode possuir nada mais do que “rastros de autogoverno”, na expressão de Michelman, que mostrou como a ofensiva contra o feitiçismo judicial traz consigo a armadilha do feitiçismo legislativo⁴⁵. Como toda atitude cognitiva binária, ela faz uma defesa fundamentalista de um dos polos. (MENDES, 2008, p. 163-164)

É de se atentar que, mais do que fiscalizar ou controlar as políticas públicas, no sentido material da Constituição e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário pode formular, implementar e corrigir política públicas (CAMBI, 2018, p. 272), mas sempre em um quadro negativo, ou seja, não pode agir de ofício na elaboração, implementação e correção da atuação que é natural dos outros poderes⁴⁶.

Como um desdobramento do Estado Democrático no qual é conferido amplo acesso às informações, as pessoas e a imprensa, em efetivo controle social, encaminham ao Poder Judiciário os reclamos derivados do exercício do poder político, esperando dos juizes uma postura vinculada aos valores e objetivos da Constituição, residindo aqui a sua legitimidade. É nesse esforço que se deve reconhecer que são “necessárias inovações e a reestruturação do sistema de justiça, para que seja adequado às demandas da contemporaneidade de modo a assegurar mais eficiência ao próprio sistema de justiça e maior eficácia Às dinâmicas de inclusão e participação popular” (ALVES, 2013, p. 297).

⁴⁵ Esta nota replica a explicação de Conrado Hübner Mendes no contexto da sua ideia acima citada: “Frank Michelman mostra-se sensível aos graus de probabilidade do erro, mas ainda parece opor parlamento e corte de forma excludente ao explicar que: ‘Portanto, a questão é, antes de eu avançar ainda mais: qual é a probabilidade de o juiz ser mais capaz e de na melhor situação cometer erros sobre o que a democracia exige de um conjunto de leis básicas e suas interpretações? Se e quando nossa estimativa dessa probabilidade ultrapassar um certo ponto, as vantagens institucionais do judiciário começam a parecer uma desculpa escassa para não deixar o povo se rebelar’” (MICHELMAN, 1999, p.58 – tradução livre).

⁴⁶ Segundo o STF, não vulnera a separação dos Poderes do art. 2º da Constituição Federal a imposição, pelo Poder Judiciário, de uma política pública, já que é sadio à harmonia dos Poderes tal relação, assim “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas

Diante da atuação do Judiciário e do respeito à democracia, não se pode pensar a democracia como a síntese da vontade da maioria, pois, se assim fosse, os efeitos sobre a sociedade e sobre os indivíduos seriam deletérios, tais como a prevalência dos ideais de igualdade formal, a preponderância das pautas dos grupos hegemônicos de poder e a eliminação das minorias do campo político das discussões.

A função da democracia constitucional atrela-se à ideia de proteção e garantia dos direitos individuais considerando a pluralidade da sociedade, por isso, a vontade da maioria embora deva ser respeitada, não pode prevalecer diante da real possibilidade de eliminação das minorias. Há que se atentar, que o Judiciário se estabelece como “defensor objetivo e independente da ordem constitucional (*higer law*), servindo como uma contraestrutura instituída ou como um contrapoder que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobra violadoras da Constituição” (CAMBI, 2018, p. 277). E é a par dessa ideia de contramajoritariedade e de atuação para minar a possibilidade de monismo da maioria, que o Judiciário tem de zelar pela regra maior de que no jogo político a vitória pela eliminação do outro não se conforma com a ideia de direitos fundamentais⁴⁷.

Resta consignar, no entanto, que a sociedade não é bipartida em maioria e minoria somente. Nesse espaço não há como afirmar que o parlamento representa a maioria e o tribunal representa a minoria sempre. A aprovação de um projeto de lei vista como uma mera divisão entre aprovação e rejeição acaba por ignorar o processo anterior de composição de diferentes graus de interesses, já que os legisladores podem ter escalas de preferências morais sinceras (MENDES, 2008, p. 76-77). O mesmo acontece no âmbito do Judiciário, pois os magistrados íntegros podem ter suas preferências morais e externas na forma das decisões que prolatam sem que isso represente, necessariamente, a defesa de minorias. Representativo

constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo” (STF - AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010).

⁴⁷ E isso que Hannah Arendt trouxe em “Origens do totalitarismo” quando escreveu que “a razão pela qual comunidades políticas altamente desenvolvidas, como as antigas cidades-Estados ou os modernos Estados-Nações, tão frequentemente insistem na homogeneidade étnica é que esperam eliminar, tanto quanto possível, essas distinções e diferenciações naturais e onipresentes que, por si só mesmas, despertam silenciosos ódio, desconfiança e discriminação, porque mostram com impertinente clareza aquelas esferas onde o homem não pode atuar e mudar à vontade, isto é, os limites do artifício humano. O “estranho” é um símbolo assustador pelo fato da diferença em si, e evoca essa esfera onde o homem não pode atuar e mudar e na qual tem, portanto, tendência de destruir. (...) Sem dúvida, onde quer que a vida pública e a sua lei de igualdade se imponham completamente, onde quer que a civilização consiga eliminar ou reduzir ao mínimo o escuro pano de fundo das diferenças, o seu fim será a petrificação; será punida, por assim dizer, por haver esquecido que o homem é apenas o senhor, e não o criador do mundo. (...)O paradoxo da perda dos direitos humanos é que essa perda coincide com o instante em que a pessoa se torna um ser humano em geral – sem uma profissão, sem uma cidadania, sem uma opinião, sem uma ação pela qual se identifique e se especifique – e diferente, em geral,

disso, por exemplo, é o julgamento da ADI 4439/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que o ensino religioso confessional não contraria a laicidade do Estado e a liberdade religiosa⁴⁸.

A força normativa da democracia ganha destaque em uma atuação positiva do Estado – compreendidos o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – no campo dos direitos fundamentais, não bastando a simples defesa, mas, sendo necessária, a sua efetivação. Desse modo, o Poder Judiciário não pode ficar preso aos desmandos dos demais poderes e muito menos se submeter às pressões da vontade da maioria, sob pena de se tornar em um ente ineficaz e não alcançar o fim último de garantir que os direitos fundamentais cheguem até as pessoas na forma de políticas públicas.

Assim, o Poder Judiciário atua como um guardião do ordenamento normativo, mantendo um ideal pragmático e garantidor da concretização dos valores da Constituição, mas ao mesmo tempo, não se transforma em um superpoder que sujeita a todos. Deixar de lado a ideia de supremacia é um ponto necessário, já que, na atividade interpretativa, todo o corolário de elementos que compõem o conteúdo de uma norma precisa ser apreciado pelo juiz e considerados, por mais que a interpretação sofre influxos da concepção pessoal, não há uma imparcialidade plena, nem da legislação nem do julgador:

Do mesmo modo, consideramos com segurança que nossa sociedade não acredita na existência de um conjunto de valores objetivos, ou princípios morais universalmente válidos, passíveis de serem descobertos e úteis (do ponto de vista pragmático) para afastar as decisões dos nossos representantes eleitos.

Isso significa que o papel das Cortes constitucionais, nas democracias contemporâneas, não consiste na imposição de valores substantivos, extraídos da Constituição ou fora dela, até porque a determinação dos conteúdos de uma norma constitucional não é “jurisdição constitucional” em sentido próprio, mas antes, “legislação constitucional”.

O papel dessas Cortes é figurar como árbitros do processo de representação das democracias contemporâneas para que as maiorias não destruam as minorias; não existe sentido mais nobre para o controle de constitucionalidade. (ALVES, 2013, p. 305)

representando nada além da sua individualidade absoluta e singular, que, privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo o seu significado. (ARENDRT, 2000, p. 335-336).

⁴⁸ Decidiu o STF pela improcedência da ADI, declarando-se “a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental” (ADI 4439, Relator Min. Roberto Barroso, relator p/ Acórdão: min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, publicado em 21-06-2018). Com isso, tornou-se possível a sobreposição de uma religião sobre outra para efeitos de ensino religioso e o aluno teve sua liberdade de crença assegurada a partir da faculdade de frequentar ou não a aula. Resta assim prejudicada a visão de mundo do estudante que, muitas vezes, somente poderá ter acesso à informação de que existem outras religiões se isso é repassado na sala de aula, com isso, a possibilidade de formação de uma consciência plural é drasticamente prejudicada.

A cláusula da separação dos poderes, da forma como foi incorporada na Constituição (art. 2º) demanda independência e harmonia porque um Estado Democrático não suporta a ideia de absolutismo – não há espaço para uma guerra interna entre as três funções do Estado, em detrimento das necessidades sociais. As bases e reservas do poder encontram na Constituição a sua morada e nos direitos fundamentais o seu objetivo.

A partir da ideia central nos direitos fundamentais que demandam atuação do Estado, os direitos fundamentais sociais, que “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2005, p. 286), tem-se no próprio Estado o primeiro destinatário da norma constitucionalmente erigida. Isto quer dizer que o legislador se vê vinculado à produção de leis para viabilizar os direitos fundamentais sociais, da mesma forma que o Poder Executivo tem sua atividade pautada na eficácia desses direitos, autorizando o Poder Judiciário a atuar para corrigir os desvios e obrigando seu exercício jurisdicional a avocar atribuições dos outros poderes para garantir a concretização dos postulados constitucionais. Nesta espécie de controle, também tida como ativismo, o Poder Judiciário é a reserva última do cidadão na busca pelo acesso aos direitos sociais que são fragilizados pelo próprio Estado na figura dos outros poderes.

2.6 Dos constitucionalismos e sua importância para a compreensão da ordem jurídica

Com apoio em Lassale (2006), que denomina a Constituição a partir de fatores reais de poder, é possível dizer que as Constituições são transcendentais, ou seja, não são mero constructo da modernidade ou da contemporaneidade, pois presentes nas mais variadas das formas de organização social.

Também pela concepção de Aristóteles (2007), a Constituição – como politeia – é o modo de ser da polis, figurando em si, a totalidade da estrutura social da comunidade, que a seu tempo, traduzia a forma de governo adequada e a unidade da polis para a solução das crises e problemas.

O Constitucionalismo pode ser tido como um movimento ou uma organização de pessoas em torno de um ideal ou com vistas à consecução de um objetivo. Aparece como um movimento que parte de vários ângulos para alcançar um ponto comum, com características

políticas na formação e organização do Estado, jurídicas ao tratar de direitos fundamentais e sociais por envolver o pensamento dominante que rege a Constituição.

Enquanto organização de pessoas, o constitucionalismo pode vislumbrar movimentos contemporâneos que formam as pautas de discussão política, jurídica e social, assim como movimentos mais antigos que tiveram relevância para o reconhecimento da importância da Constituição. Pode-se compreender o constitucionalismo a partir de momentos ou fatos históricos variados, haja vista a necessidade dos seres humanos de terem na Constituição a base de organização da sociedade, ainda que hajam rupturas no movimento em análise, qual seja, o constitucionalismo, pois a história denuncia que não há uma linearidade na construção do que se possa denominar constitucionalismo. Nessa razão, não há como dizer que o constitucionalismo se desenvolve em uma linha evolutiva, até porque, não é possível definir um parâmetro de evolução. Por exemplo, se se tem na defesa dos direitos fundamentais a ideia de evolução, a história denuncia avanços e retrocessos, se for contraposta a dinâmica constitucional com os fenômenos sociais.

Entre constitucionalismos ou movimentos constitucionais, prefere-se esta última expressão, porque, conforme Canotilho (2003), há vários movimentos constitucionais que permitem recortar a noção básica de constitucionalismo, como a teoria ou ideologia que pauta o princípio do governo limitado como um pressuposto indispensável para a garantia dos direitos em dimensão estruturante de uma organização político-social, por isso, o constitucionalismo se erige como técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

Existiram diversos movimentos constitucionais que se destacaram ao longo dos tempos, assim sendo, é de se citar o constitucionalismo hebreu, no qual os líderes das famílias eram os responsáveis por dizer as regras e resguardá-las ou garanti-las como suprema para o convívio social. Segundo Karl Loewestein (1979), o povo hebreu teve grande destaque no movimento constitucionalista primitivo, principalmente porque reconheceram que os valores bíblicos não poderiam ser violados por ninguém, assim criando uma Constituição, já que pautaram sua identidade, organização social e regras a partir de uma ideia-força, qual seja a Lei Divina.

O denominado constitucionalismo antigo, por seu turno, teve como principal referência para seu estudo a situação em que os Parlamentos e Monarcas eram responsáveis pela formulação de normas de convívio social. Nessa ocasião, embora a pauta de defesa ante à postura do governo já induzisse a formulação e regramento de direitos fundamentais dos indivíduos, o constitucionalismo era fraco, em consequência do descumprimento das

normativas pelos monarcas que não prezavam pelas garantias conferidas aos direitos fundamentais.

Também se destaca como um movimento constitucional importante, o constitucionalismo medieval, o qual teve como característica de destaque o surgimento de documentos que tinham por escopo a limitação dos poderes dos Monarcas e a garantia das liberdades públicas aos cidadãos, como referência, tem-se Magna Carta de 1215, no Reino Unido. Época também denominada de constitucionalismo inglês, whig ou termidoriano, caracterizada por uma produção lenta e gradual dos ideais constitucionalismo, na qual a ascensão de Guilherme Orange e do partido whig, no Reino Unido, ao final do século VII, surgiu como importante marco histórico, bem como a *Bill of Rights* de 1689, assim se considera.

Por outra percepção, o constitucionalismo pode ser evidenciado com mais destaque no início da Idade Média, que tem nas revoluções liberais o ponto fático de ligação com os aspectos jurídicos de alteração da – ou de opção pela – Constituição. Antecedentes desse pensamento se firmam, na Reforma Protestante como “primeira fratura na concepção de mundo predominante na Idade Média, dominada pelo pensamento e autoridade da Igreja Católica” (FONTES, 2019, p. 80).

O Constitucionalismo moderno deriva do pensamento mais posicionado, com afeição ao ideal liberal, surgiu com a materialização e afirmação das constituições formais liberais, que representavam as garantias mais sérias, se comparadas com outras constituições, impondo a limitação dos poderes soberanos, assim como vinham dotadas de legitimidade democrática popular, na figura da burguesia, entretanto. Esse movimento constitucional teve como característica marcante as revoluções liberais, podendo-lhe ser atribuída a Revolução Francesa como marco histórico, assim como o despontar das constituições dirigentes.

Pelas influências do iluminismo e com o processo de laicização, que torna o debate político preponderante sobre o debate divino ou religioso, o constitucionalismo encontra seus fundamentos de legitimidade do poder em teorias contratualistas. Mas, no contexto filosófico do Iluminismo e com apoio na crítica política ao absolutismo, o constitucionalismo adquire sua característica de defesa dos direitos individuais e de busca pela limitação do poder (FONTES, 2019, p. 80-82).

Outra vertente dos movimentos constitucionais é o constitucionalismo contemporâneo, que se consolida com as constituições garantistas, de bases firmadas na defesa dos direitos fundamentais igualitários, sociais e solidários. As disposições das constituições contemporâneas têm uma maior força normativa, abrangendo superioridade com

relação às demais normas do ordenamento jurídico e aos atos estatais. Notáveis constituições dirigentes surgiram neste período, tratando, pois, de normas programáticas, visando nortear os fins a serem visados pelos Estados, privilegiando os direitos fundamentais sociais e a atuação estatal com vistas a realizar a igualdade redistributiva, saindo do plano formal para a materialização, tais como a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar.

Todavia, no constitucionalismo contemporâneo, surgiram também as constituições que foram criadas apenas para justificar o exercício de um poder não democrático, dando azo aos regimes autoritários e ditatoriais, como por exemplo, a Carta Polaca de 1937 que sustentou o governo de Getúlio Vargas. Tais constituições são denominadas pela doutrina como semânticas, pois buscam apenas termos que possam reconhecer a tomada e manutenção do poder por regimes autoritários, que suplantam o povo e as garantias de cumprimento – por parte do Estado – dos direitos e garantias fundamentais. Embora o período de constitucionalismo em que as ideias alçavam a construção dos direitos sociais, foi na vigência da Constituição de Weimar que a Alemanha teve implementado o nazismo e a humanidade sofreu os horrores da Segunda Guerra Mundial.

Após os ocorridos na Segunda Guerra, ganharam força os movimentos pelos direitos humanos e a predisposição de alguns Estados a recebê-los nos textos constitucionais, e, nesse mesmo contexto, foi criada a Organização das Nações Unidas, em 1945, com 51 países signatários da Carta das Nações Unidas – dentre eles o Brasil – a qual teve como objetivo manter a paz e buscar o desenvolvimento acessível a todos os países. Tal informação é de relevante importância para possibilitar uma compreensão dos direitos humanos não apenas como uma criação jurídica, mas para tê-los como atributos inerentes à condição humana, e, nessa não podem ser afastados das pessoas.

Por direitos humanos pode-se entender o “conjunto de direitos, de características definidas tanto pela sua substancialidade e formalidade como pela sua qualidade de outorgar legitimidade e sentido ao sistema político, bem como pela convicção de que constituem o núcleo mais expressivo da liberdade e da igualdade humana” (LORA ALARCÓN, 2014, p. 373-374).

Devido à importância dos direitos humanos a nível mundial e após as catastróficas ocorrências e consequências da Segunda Guerra Mundial, é que se convencionou o seu reconhecimento jurídico para garantir que a Humanidade não retroceda a estágios bárbaros de convivência. O fato de positivizar direitos representa um importante passo para alcançar sua efetividade e reconhecimento de sua relevância para as pessoas, no entanto, não é uma

garantia plena de que os indivíduos poderão alcançá-los ou que não terão tangenciados direitos que já possuem.

Em que pese, seja importante a previsão dos direitos humanos em um regramento, ou seja, seu reconhecimento jurídico – aspecto formal –, o ápice dos direitos humanos encontra-se na sua materialização, em aspecto substancial, pela sua concretização para as pessoas. Por isso é que se pode afirmar que quanto mais uma comunidade se preocupa com a efetivação dos valores e bens jurídicos reconhecidos como direitos humanos, maior é a sua condição de progressiva evolução, no sentido de alcançar a plenitude da formação humana, com a realização da emancipação integral do ser.

A literatura jurídica que trata da problemática da efetivação dos direitos humanos é bem vasta, podendo ser citada a obra “Levando os direitos a sério” de Ronald Dworkin, na qual o autor defende a existência de espécies de direitos morais que as pessoas têm contra o Estado, para que possam impulsionar a efetividade e a garantia de direitos humanos. E também, a “Teoria discursiva do direito” de Robert Alexy, na qual o autor, de forma diferente, considera que os direitos humanos têm como atributo a fundamentalidade e, por isso, precisam estar positivados para que possam se materializar, ocasião em que questiona quais os direitos humanos são necessários e como trazer o seu conteúdo para o direito, para que possam ser efetivos.

Com a incursão na temática dos direitos humanos é que se tem no constitucionalismo contemporâneo as bases garantistas que este busca defender, impulsionando mais as normas que carregam os preceitos dos direitos fundamentais em contraponto a outras normas do ordenamento jurídico.

No âmbito dos constitucionalismos, há também o neoconstitucionalismo, que tem por pilar a importância da moral e dos valores sociais, que são garantidos em grande parte por princípios, reconhecendo à Constituição uma posição de destaque no ordenamento jurídico. Diferentemente de Kelsen para quem a Constituição se situa no topo piramidal do ordenamento, ao qual todas as normas se submetem (KELSEN, 1998, p. 155), no neoconstitucionalismo a Constituição é o centro do ordenamento jurídico, irradiando suas imposições para as demais normativas e regramentos, operando a “constitucionalização do Direito”⁴⁹. O neoconstitucionalismo tem certa desconformidade com as constituições

⁴⁹ A constitucionalização do Direito é a que Luís Roberto Barroso buscou explorar: “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico públicos e os

dirigentes e as normas programáticas, por entender que a Constituição deve ser dotada de força normativa, e, desse modo, todas as normas constitucionais são dotadas de efetividade, destaca o Poder Judiciário como garantidor dos direitos, colocando a atividade legislativa em plano inferior, porque basta a Constituição para que seja exigido um direito em face do Estado. Por outras palavras, o neoconstitucionalismo tem por objetivo a extração da máxima efetividade da Constituição, colocando-a como o centro do sistema jurídico, não mais em mera relação de hierarquia ou de sujeição das demais espécies normativas aos seus termos.

O neoconstitucionalismo se apresenta como a denominação mais aceita pela doutrina, como fenômeno que altera a natureza dos Estados constitucionais modernos, em especial os Estados legais do século XIX (FONTES, 2019, p. 83).

Pela forma como semanticamente se apresenta, o movimento antepõe o prefixo ‘*neo*’ ao constitucionalismo para indicar um despontar de uma nova cultura jurídica e política, se colocando como uma *práxis* distinta do constitucionalismo com o qual concorre.

O que se pode compilar, é que o neoconstitucionalismo se manifesta, em um primeiro conceito, que pode ser denominado semântico, com um movimento constitucional que possibilita “um suporte teórico maior e envolvente de novas práticas jurisprudenciais e novas especificidades dos textos constitucionais” (SANTOS, 2018, p. 27).

Ainda que o neoconstitucionalismo possa ser assim considerado, se trata de um movimento mais complexo, que é objeto de estudos e discussões bem mais profundas. Basicamente, sua ideia principal tem por objetivo atacar o positivismo que permitiu a existência e validade do ordenamento jurídico vigente durante a Segunda Guerra Mundial, o qual desconsiderava preceitos fundamentais da existência humana. Assim sendo, o neoconstitucionalismo tem um aspecto histórico. Nessa senda, em que a maioria das bases do neoconstitucionalismo se fundam no fracasso do positivismo que deu azo aos regimes nazifascistas – já que decorre da observação aos fenômenos trágicos da Segunda Guerra

comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. Os valores, os fins Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema”. (BARROSO, 2005, p. 13)

Mundial – para, a partir das reflexões filosóficas do direito e no direito, exigir uma reconstrução do constitucionalismo para que não acabe endossando o mesmo resultado totalitário que combate (SANTOS, 2018, p. 28)

Noutro giro, o neoconstitucionalismo se apresenta como uma resposta ou tentativa de superar os efeitos e defeitos do positivismo, estabelecendo, para tanto, alternativas que manifestam suas intenções, daí dizer que tem um aspecto ideológico. Ou seja, se apresentando como um movimento multifacetado, passou a abrigar, em sua cultura, propostas e mudanças, albergando como características: “proposições filosóficas, teóricas e práticas que passaram a carregar a bandeira do neoconstitucionalismo em detrimento do rótulo desse constitucionalismo proveniente do fracasso da experiência totalitária europeia dos meados do século XX”, aglutinando em seu rótulo diversas vertentes teóricas e autores como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky – obviamente guardadas suas características próprias –, tornando-se, assim, em algo maior que uma multicultural jurídica, “um querer” (SANTOS, 2018, p. 28-29).

O neoconstitucionalismo, pelas palavras de Paulo Gustavo Guedes Fontes (2019, p. 86) é uma “denominação que representa adequadamente, embora com as várias nuances apresentadas, de um lado uma determinada realidade do constitucionalismo moderno, de outro uma coerente de pensamento doutrinário jurisprudencial”. E ainda que se firme como fenômeno jurídico contemporâneo de expressiva difusão, devem, ao menos, ser apontadas duas críticas: a primeira quanto ao risco de a supremacia da Constituição se tornar em supremacia judicial e a segunda quanto à assimilação excessiva entre direito e moral. Em todo caso, tais críticas afetam a democracia e a liberdade individual, aquela no campo político-jurídico e esta no campo da filosofia do direito (FONTES, 2019, p. 86-87)

No quadro atual, não há que se falar que o neoconstitucionalismo superou ou que substituiu qualquer outro movimento que possa ser considerado constitucionalismo, mas, no cerco conjuntural do século XXI, existem paralelamente diversos constitucionalismos, tal qual o outrora mencionado, o constitucionalismo contemporâneo, como também o constitucionalismo popular.

O constitucionalismo popular tem sua compreensão como movimento teórico crítico que congrega diversos autores, como, por exemplo, Mark Tushnet, Larry Kramer, Richard Parker, Akhil Amar, e que tem por finalidade questionar a ideia de supremacia judicial na interpretação da constituição, promovendo críticas às posturas de defesa do controle de constitucionalidade antipopular e avesso ao povo, para tanto, valoriza a interpretação constitucional extrajudicial efetuada pelos cidadãos, grupos, movimentos sociais e instituições (GODOY, 2017, p. 35).

Surgido nos Estados Unidos, o constitucionalismo popular se estabeleceu como movimento teórico crítico em um contexto de resposta às posturas conservadoras da Corte Rehnquist, a qual pôs fim à atuação da Corte Warren. Esta última, era uma Corte formada por julgadores progressistas, que tinham a postura de promoção dos direitos civis pelo ativismo judicial.

Dessa forma, uma das ideias motrizes do constitucionalismo popular se pauta em revelar argumentos para retirar do Judiciário o monopólio da palavra final. Todavia, em maior compreensão, o constitucionalismo popular se caracteriza como movimento que busca restaurar o aspecto democrático e legítimo da interpretação constitucional, levando o povo à posição de destaque, como uma espécie de revisor das decisões estatais em geral.

É possível situar como área de estudo e pesquisa o constitucionalismo em sua historicidade e suas diversas correntes de pensamento dentro da teoria constitucional. Esta, por seu turno, “tem dedicado grandes esforços em torno do papel que as cortes constitucionais desempenham na garantia de direitos fundamentais em sociedades comprometidas com a democracia” (LIMA, 2018, p. 7). Daí porque os constitucionalismos que se dedicam à restauração das matrizes políticas no processo de formação dos sentidos, limites e alcances da Constituição podem ser considerados como representantes do constitucionalismo político, inobstante a tradição filosófica de autores como Jeremy Waldron, Richard Bellamy, Mark Tushnet e Larry Kramer, notadamente distintas, os argumentos no sentido de recuperar as bases democráticas do constitucionalismo é um “núcleo mínimo convergente”, como expressa Jairo Lima.

A preocupação do constitucionalismo político – para além da crítica ao modo como cortes superiores tendem a afastar do debate constitucional as demais categorias representativas de pessoas e promover o monopólio da palavra final sobre os direitos fundamentais – é trazer a discussão acerca do conteúdo dos direitos fundamentais para o processo político ordinário, tornando a Constituição em um constructo político, em aspecto dialético de constante criação, discussão e superação. O constitucionalismo político não leva em consideração a posição hierárquica da Constituição, já que isso seria, em tese, uma restrição à atividade política ordinária, limitando a atividade legislativa, no entanto, tal pensamento é no sentido de promover de forma mais democrática a tutela dos direitos fundamentais junto dos representantes eleitos, importando em um mecanismo de proteção dos direitos mais próximo das pessoas (LIMA, 2018, p. 67).

Uma importante condição para o fortalecimento do constitucionalismo político é a existência de pluralidade de opiniões, que se dá em um ambiente democrático. Isso significa

que o debate a respeito dos direitos fundamentais se amadurece pelos dissensos e antagonismos, que podem ser livremente expressados, partindo do raciocínio que Chantal Mouffe⁵⁰ constrói acerca da democracia. E, “tal antagonismo tem sua base na existência legítima do oponente, com a qual ele é compartilhado com os princípios ético-políticos constitutivos da democracia, mas discorda do conteúdo desses princípios”⁵¹ (ALVES; LIMA, 2017, p. 56), permitindo a coexistência de opiniões sem que seja necessário engendrar a destruição de inimigos⁵². Pelo constitucionalismo político o movimento é agregativo e não eliminatório das possibilidades de leitura dos direitos fundamentais.

2.7 Conclusão do primeiro capítulo

Para a formulação deste primeiro capítulo, objetivou-se uma leitura mais próxima da ciência política e da filosofia do direito, a fim de construir estruturas para dar seguimento ao objeto do texto. Assim, foram apresentadas noções importantes do Estado, da separação dos poderes e dos constitucionalismos, sem perder de vista aspectos críticos dos itens abordados, sobretudo, para trazer a noção de que o pensamento jurídico possui seu valor e dimensão.

Nesse sentido, o jurídico não pode ser recluso a um mero mecanismo de organização, mas, da mesma forma, não pode ser apenas um objeto de conhecimento técnico e científico, reduzindo-se a um singelo instrumento de poder (GROSSI, 2006, p.140).

Seria impossível compreender um quadro jurídico sem considerar que encontra instituído dentro de uma organização social e de uma estrutura de poder, produzindo valores e reproduzindo interesses que fazem toda a intersecção das pessoas com o ordenamento jurídico.

⁵⁰ A autora entende que a impossibilidade de erradicar o antagonismo não significa que os oponentes não possam deixar de discordar, pois os acordos fazem parte do processo político, mas com a característica excepcional de um confronto em andamento. Portanto, os acordos não provam a extinção de conflitos. (ALVES; LIMA, 2017, p. 57, tradução livre). Chantal Mouffe afirma que “o anseio por um mundo no qual a dicotomia nós/eles estaria superada está baseado em falsas premissas, e aqueles que compartilham essa visão certamente não compreendem a verdadeira tarefa que a política democrática tem diante de si” (MOUFFE, 2015, p. 2)

⁵¹ Tradução livre.

⁵² Em Mouffe, a finalidade da política democrática é neutralizar o antagonismo das relações sociais. Encontrar um ponto comum para que não se conceba relações inimigo/amigo, mas entre adversários, isto é, mesmo que em um contexto antagônico o “nós” possa legitimar a lógica do “eles”. Para tanto, o conflito precisa encarnar uma estrutura que não anule o político, que seja capaz de estabelecer algum vínculo entre as partes em conflito, sob a intenção de fugir do paradigma de que todo inimigo precisa ser eliminado. Com o cuidado de entender que essa relação é complexa e permeada por singularidades, não podemos esperar que questões com esse enredamento sejam solucionadas por uma simples negociação. Podemos reconhecer ao mesmo tempo a permanência da esfera antagonística do conflito e a possibilidade de que este seja domesticado. No intuito de dimensionar essa heterogeneidade a autora conceba esse tipo de relação enquanto agonismo (OLIVEIRA, 2018, p. 96).

Entender o funcionamento e a razão de se ter instituída a figura do Estado para sociedade é fundamental, não somente para a compreensão da sua organização, como também para visualizar o exercício do poder. Nesse sentido, o Estado aparece como uma ficção que pode passar tanto segurança como transtorno para as pessoas, de modo que possibilita a realização de um processo civilizatório contínuo, mas também viabiliza a barbárie. No entanto, esse auge da idade moderna – que se pode chamar de Estado – contava com uma complexa e esfacelada condição sócio-política e cultural que foi abandonada em troca da concepção absolutista e monopolista do poder político, “o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura do poder político”, que passado um tempo, já na era liberal, desperta o interesse da burguesia que “mortifica o jurista como repetidor da voz do legislador”, capturando o direito em mecanismos que eliminam a sociedade civil e a cultura o quanto possível do campo político e formando os “nós não resolvidos do século XX” que se apropriam da criticidade do pensamento jurídico e não permitem avançar na essência do direito (GROSSI, 2006, p. 142-143).

Na ideia de separação das funções do Estado, o que precisa ficar claro é o limite de atuação e o estabelecimento das tarefas e atividades de cada poder-função. Assim, essa forma de organização do Estado em distintas funções se justifica na realização das políticas públicas e do cumprimento das disposições constitucionais, não apenas servindo como um arquétipo de organização política e jurídica meramente formal. Passa à frente, a noção de que os direitos fundamentais se tornam mais importantes que a mera existência do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, que não são mais apenas mecanismos de poder, mas se transformam em instrumentos de efetivação das diretrizes da Constituição. Vale ressaltar que a separação dos poderes, em si, não é uma figura essencial na organização do Estado, pois como será visto no **item 3.3** a tradição jurídica da *common law* permite uma organização diferente, todavia funcional. Resta evidente, que o essencial na formação e organização do Estado é o respeito ao princípio democrático e aos direitos reconhecidos garantindo-lhes efetividade.

A noção que o constitucionalismo traz, serve para entender que em um mesmo espaço e tempo podem conviver diversas teorias, especialmente se considerados os aspectos do constitucionalismo contemporâneo, do neoconstitucionalismo e do constitucionalismo popular. Isso torna possível traçar elementos que possam nortear a leitura das decisões judiciais, que será vista a seguir.

3 POSSÍVEIS LEITURAS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Pela noção geral de Estado, de separação dos poderes, do papel de cada função dos entes estatais e também pelo aporte que o constitucionalismo fornece, pode-se avançar para uma melhor compreensão da decisão judicial.

A respeito da decisão judicial, é preciso uma incursão que possibilite a sua pré-compreensão enquanto um fenômeno diretivo-estatal de reprodução da função judicante. Se considerado o art. 2º e o art. 60, §4º, III da Constituição, a função jurisdicional é um atributo pétreo, portanto, permanente e inafastável da construção do Estado brasileiro, ao erigir o poder Judiciário no esboço da separação – formal – de poderes. Por isso, é importante retratar, inicialmente, o termo poder, para efeitos deste trabalho, como apontado **no item 2.1**, sendo um fenômeno social que deriva do povo e é monopolizado pelo Estado.

O Judiciário que no Estado Liberal era restrito a dizer o direito aplicável ao caso concreto, vivendo sob as rédeas do positivismo⁵³, contemporaneamente adentra nas pautas políticas e morais, em uma constante expansão de suas atividades. O poder que outrora era controlador da legalidade, toma formas descontroladas para dizer o limite, o alcance e os sentidos das expressões que o direito carrega.

Aquele sistema legalista que se erigiu contra o modelo tirânico de Estado, constituindo um novo paradigma de Estado – de direito e de justiça – reinou durante, pelo menos, um século e meio, trazendo a figura do juiz Júpiter e passando por mutações: Estado Social de Direito com juiz Hercules e Estado Democrático de Direito com Juiz Hermes⁵⁴, mas não foi completamente substituído:

Apesar das transformações, o sistema legalista não desapareceu; continua a operar no mundo jurídico, agora, porém, limitado pelas ordens constitucional e internacional. Aliás, em pleno século XXI vê-se que a lei (aprovada por legislador democraticamente) ainda não foi destronada, pois continua sendo o ponto de partida de toda interpretação judicial (assim como o ponto de chegada, quando se reveste de validade amparada em uma dupla compatibilidade vertical material, ou seja,

⁵³ A partir do positivismo puramente descritivo de Hans Kelsen, Thomas Bustamante aponta que a teoria jurídica positivista “se desinteressa por questões práticas como a interpretação do direito e a fundamentação das decisões judiciais. As teses das fontes e da separabilidade, aqui, aparecem claramente não como o resultado de uma abordagem ‘interpretativa’ ou construtiva em relação ao direito, e nem muito menos como uma opção justificada com base em argumentos políticos ou morais, mas como a aplicação de uma metodologia científica típica das ciências naturais, cujo rigor depende da neutralidade do teórico do direito e do isolamento de seu objeto de estudo, que deve ser claramente diferenciado de outros sistemas normativos com os quais ele eventualmente possa ter algum tipo de semelhança” (BUSTAMANTE, 2015, p. 314).

⁵⁴ Cabe esclarecer que essa é uma posição apresentada por François Ost, que admite outras releituras, especialmente como tratado no item 2 deste trabalho.

constitucional e internacional: controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade das leis) (GOMES; MAZZUOLI, 2019, p. 20)

Ainda que conforme Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli subsista uma ideia de dominação da lei, é de se atentar para o fato de que o crescente ativismo judicial acaba dando à decisão judicial a possibilidade de destronar a legislação⁵⁵.

O Estado constitucional tem na separação de poderes um de seus standards, trata-se então de uma expressão da necessidade de distribuir e controlar o exercício do poder político, pelo que a concepção de “poderes” é meramente figurativa e é apropriado dizer separação de funções, a qual é um postulado desde o constitucionalismo da Antiguidade – com a *polis* grega – até o liberalismo moderno (LOEWENSTEIN, 1979, p. 55-56). Pelo menos é o que se tem até o constitucionalismo clássico, mas que é colocado em questão no

⁵⁵ Nesse sentido, o HC 126.292/SP, cuja *ratio decidendi* reside na possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sem que isso comprometa o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. O grande problema é que a decisão não observa o trânsito em julgado e admite a execução prematura da pena, contrariando o texto constitucional do art. 5º, LVII e também do art. 283 do Código de Processo Penal (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016). Também o HC 124.306/RJ no qual foi perfilhado o entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de que os arts. 124 a 126 do Código Penal que tipificam o crime de aborto merecem interpretação conforme a Constituição para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. No trecho da ementa fica assente o posicionamento da Corte que no caso em apreço julgou que a criminalização da conduta de provocar abortamento viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. Por isso, trata-se de criminalização incompatível com os direitos fundamentais: (i) sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; (ii) a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e (iii) a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. Somado a isso o julgado avançou sobre o aspecto social ao ter que esse tipo de conduta tem impacto direto sobre o problema da criminalização sobre as mulheres pobres. Ou seja, o tratamento da conduta de interromper a gravidez antes do terceiro mês como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Consequência disso é que se multiplicam os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. Dessa forma, a tipificação penal viola, o princípio da proporcionalidade porque: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. Nesse julgado o Supremo Tribunal dá ao texto legal dos arts. 124 a 126 uma interpretação diferente daquela objetivamente disposta com o fito de preterir sua incidência em um caso em que a paciente era uma pessoa socialmente vulnerável e em início de gestação (HC 124.306/RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016). Tanto um julgado como o outro o Supremo Tribunal Federal não se prenderam à lei para proferir a decisão, no entanto, no HC 126.292/SP se posicionou de modo a reduzir a aplicação do direito fundamental de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado e no HC 124.306/RJ ampliou o alcance dos direitos fundamentais para afastar a aplicação da lei penal que tipifica o aborto. Importa consignar que ambas decisões formam precedentes, mas não constituem uma “regra” aplicável a todos os casos.

neoconstitucionalismo, pois não há pacificado na doutrina o *locus* do exercício de cada função de modo independente, melhor dizendo, com o avanço do ativismo judicial, do protagonismo político do Judiciário e da expansão do poder dos juízes, não fica bem delineado o limite da atuação dos poderes. A separação dos poderes passa de solução do problema de governos absolutistas a estorvo para a concretização de direitos fundamentais, merecendo uma natureza teleológica ao invés de simplesmente funcional (AGRA, 2008, p. 436).

Nesse âmbito, há uma necessidade premente de efetivação dos direitos fundamentais que justifica a inserção – muitas vezes indevida – do Judiciário nas pautas legislativas e executivas, ditando o que se deve ou não fazer, com isso, o que deveria ser democrático, torna-se autoritário. A pauta discutida na via judicial sofre toda uma obliquidade política – uma vez que a política se torna instrumental e não implementária de ideias e construções coletivas – e busca, pela força, a imposição do direito individual sem sopesar a política pública. Há, em certa medida a contaminação da política pelo direito (AGAMBEN, 2004, p. 133), que de forma violenta põe o direito – como poder constituinte – reduzindo, quando muito, a capacidade política em negociar com o direito – que já tem respostas prontas e aceitas, à força – sem um processo dialético, que acaba por fomentar um Estado de exceção.

A conjuntura política que se reflete na atividade do Estado, tanto na produção legislativa, como na atuação executiva, também incide sobre a construção da interpretação do conteúdo da norma jurídica, quando o Judiciário assume um papel de proteger os direitos dos indivíduos diante do próprio Estado. Daí dizer que o Poder Judiciário pode, a depender da situação, alterar o quadro político, social e econômico em vigência, que encontra uma posição de desconfiança no legislador e de mal-estar nas instituições democráticas diante de uma usual tirania das eventuais maiorias que emergem nos governos de turnos (VERBICARO, 2017, p. 3-4).

Essa capacidade de mudança política, social e econômica, da qual o Poder Judiciário pode se utilizar, acaba acentuando as crises internas de poder, pelo que se deforma a ideia tradicional de separação de poderes, passando o Judiciário a exercer um superpoder, decidindo além das esferas de jurisdição, para orientar os destinos das políticas públicas e também legislando de modo positivo. Isso é o que põe em reflexão o modo elaboração/produção de uma decisão judicial.

Nesse sentido, é necessária a abertura do Judiciário para a participação das pessoas mediante audiências, tomadas de opiniões e também da atuação dos *Amici curiae* como auxiliares na atividade de formulação das políticas públicas, já que têm, além do contato mais sensível com os problemas levados em juízo, o conhecimento e o aparato técnico necessários

para o manejo das questões que envolvem a efetivação dos direitos sociais, tornando o exercício da função jurisdicional democrático.

Ocorre que tudo parece querer ser decidido de forma exata, como se numa busca incansável pela perfeição e não pela solução do problema. A ciência jurídica acaba se colocando em uma posição de estudo do funcionamento do direito e da sociedade, como se fosse um mecanismo que pode ser particionado e estudado, engrenagem por engrenagem, não à toa se cunhou a expressão operador do direito, que remete ao direito um status maquínico tal qual lembram Deluze e Guattari (1995, p. 23) ao mencionar a máquina-tribunal descrita por Kafka em “O processo”⁵⁶.

A influência do positivismo nas escolas do direito se tornou um ponto decisivo para a construção das proposições a respeito da norma, das regras e dos princípios, principalmente, forçando a literatura jurídica a adotar, em similitude à literatura das ciências naturais, procedimentos metodológicos de taxonomia, de tabelamento, de fórmulas, de prova e contraprova, efetivamente tornado o direito em objeto estático. Como se em nome das infraestruturas, das estruturas ou dos sistemas, a subjetividade não se colocasse como um componente de relevância e os pesquisadores e estudiosos passassem a trata-la tomando precauções, usando luvas e cuidando para nunca a afastar demais dos paradigmas pseudocientíficos das ciências duras, “tudo se passa como se um superego cientista exigisse reificar as entidades psíquicas e impusesse que só fossem apreendidas através de coordenadas extrínsecas” (GUATTARI, 1990, p. 18).

A partir de tais pressupostos são estudadas as dinâmicas entre as normas, regras e princípios, bem como a incidência do pensamento construído nas escolas do direito e como são absorvidos pela cultura jurídica no Brasil.

3.1 Entre normas, regras e princípios

A evolução da sociedade, da cultura e do Estado são visíveis a partir de um sem número de acontecimentos. Importa destacar que o sistema jurídico, composto por regras e normas, não fica distante de uma noção de evolução, ou, melhor dizendo, de uma expansão,

⁵⁶ O processo não pode permanecer parado sem que para tal existam pelo menos razões aparentes. Por conseguinte, é necessário criá-las. Assim, de vez em quando, tem de se tomar diversas disposições, interrogar o acusado, realizar investigações, etc. O processo é, pois, obrigado a girar no mesmo pequeno círculo a que artificialmente o limitaram. (KAFKA, 2000, p.114)

compreendendo o aumento dos mecanismos jurídicos e dos atores que participam das dinâmicas da jurisdição.

Para que seja possível compreender os modelos jurídicos, é necessário levar em consideração os modelos culturais que formam paradigmas no tempo e no espaço, experimentados pela Humanidade e sistematizados pelo processo de racionalização (VERBICARO, 2017, p. 25). A decisão judicial pode ser vista como uma partícula que compõe a universalidade do direito, mas é uma peça tão importante que sem ela não seria possível conceber um sistema minimamente eficaz de solução dos conflitos por parte do Estado.

O julgador trabalha com diversos elementos, sejam eles textuais ou não, pois participa não só de um produto final da tentativa da lei de organizar e prover a sociedade de seus influxos, mas também tem a tarefa lapidar de manejar questões políticas, culturais e sociais em conjunto com o texto para entregar uma solução adequada o quanto possível ao conflito com o qual tem contato.

Daí dizer que no embate entre texto e contexto é que atuarão as regras que limitam o Estado-juiz, ao considerar o vácuo legislativo ou a falta de especificidade da regra que precisa de detalhamento judicial. Desse embate, arbitrado por juízes, há que se preservar a coexistência dúctil com a obra do legislador, mediante a filtragem e composição coletiva dos limites de aplicação do direito (TOMELIN, 2018, p. 172). Esta é a síntese de uma prática orientada por situações políticas, jurídicas e institucionais que formam a atuação do Judiciário, o que se convencionou chamar de discricionariedade.

Inserese nesse quadro a influência do constitucionalismo, enquanto um fenômeno jurídico que abunda construções filosóficas, doutrinárias e políticas, pois no século XXI já não há mais lugar para a ideia de direito como lei. Dito isso, não cabe mais a redução do direito ao legalismo que faz crescer a disponibilidade temporal sobre o direito, propiciando a percepção de maleabilidade de sua validade e manipulação de seus limites e alcances de forma técnica e controlável, adaptando-se a prováveis necessidades futuras de revisão e viabilizando um alto grau de detalhamento dos comportamentos judicializáveis, rompendo o direito de suas bases consuetudinárias para dispor a respeito das condutas sociais (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 75). Por outras palavras, o direito como lei tem a capacidade de disponibilizar soluções prontas para a sociedade, mas na pós-modernidade não se apresenta funcional para acompanhar a velocidade e a dinâmica das relações sociais, demandando uma alteração legal rápida o suficiente para não chegar com soluções anacrônicas.

O positivismo jurídico foi responsável pela construção do dogma da completude do ordenamento jurídico⁵⁷, no qual todas as respostas poderiam ser deduzidas das leis, pois o direito seria objetivo, completo, sem lacunas, sem ambiguidades e coerente, “o que é insustentável na sociedade moderna, caracterizada por rápidas transformações socioeconômicas e por uma multiplicidade de ideias, informações e opiniões” (CAMBI, 2018, p. 102-103).

Importante destacar que o constitucionalismo em sua situação atual, segundo Ferrajoli (2012, p. 13), pode ter duas nuances, notadamente opostas: de um lado pode ser entendido como a superação do positivismo por uma tendência jusnaturalista ou ético-objetivista; de outro lado, é a sua expansão ou complemento. Esse primeiro constitucionalismo é o mais difundido e etiquetado como neoconstitucionalismo.

Nesse raciocínio, não se pode perder de vista que o positivismo jurídico se erigiu como paradigma dominante da modernidade, a partir do qual se formou uma ciência dogmática, apartada de realidades sociais, políticas e morais que alimentam o direito. Ciência esta que propiciou o positivismo, a genealogia dos conceitos e uma cientificidade formal e dogmática como justiça, isso importou na mitificação da lei, no afastamento das fontes plurais e na irracionalidade do direito frente às expectativas sociais (VERBICARO, 2017, p. 51).

Não há como se falar em uma superação do positivismo em tom de substituição por um mecanismo político-jurídico que seja maleável e adaptável para a solução de problemas, considerando apenas a consciência do julgador, pois assim se estaria eliminando o princípio democrático da decisão, a instaurar uma superposição do Poder Judiciário na sociedade, capaz de conduzir destinos de forma ilimitada. Vale ressaltar que, pela dificuldade do positivismo para explicar os conceitos indeterminados, especialmente em casos difíceis (*hard cases*), foi trazida a discricionariedade como um instrumento dado ao julgador e ao administrador público – que também julga – que, à medida que se afasta da força normativa dos princípios,

⁵⁷ No âmbito da Teoria Pura do Direito que foi desenvolvida Kelsen ficou patente a ideia de que o direito seria completo. A partir disso ao autor “rejeita, peremptoriamente, qualquer tentativa de se fundamentar uma ‘racionalidade prática’ voltada para a fundamentação de normas e decisões sobre o que se deve ou não fazer. A razão, para ele, está limitada à nossa capacidade de ‘conhecer’, que se contrapõe claramente à nossa ‘vontade’, que é vista como o único locus onde se pode gerar a ação. Portanto, não faz qualquer sentido se tentar construir uma teoria geral da interpretação que almeje fornecer ‘métodos’ ou ‘cânones’ de interpretação, já que todos esses métodos são arbitrariamente escolhidos pelo intérprete autêntico do direito e levam invariavelmente a soluções contraditórias. A escolha entre as interpretações semanticamente permitidas para um documento normativo é, por conseguinte, um ato exclusivamente político, que se situa fora do objeto da ciência do direito” (BUSTAMANTE, 2015, p. 314).

se aproxima do arbítrio (CAMBI, 2018, p. 104) e também da deturpação das condições de adaptabilidade que o direito poderia tomar para a solução de problemas.

Adentrando um pouco no positivismo de Herbert Lionel Adolphus Hart, mas sem o objetivo de aqui permanecer, é importante trazer que, para o referido autor, o direito é mais para uma obrigação: “dever-se-á recordar que a teoria do direito que o concebe como ordens coercitivas [positivismo] teve sua a origem, não obstante seus erros, numa apreciação perfeitamente concreta do tato de que onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória” (HART, 2001, p.92).

Embora Hart não explicita uma ideia de obrigação, constrói sua teoria a partir da premissa de que o direito obriga, ou seja, havendo o direito, não se tem uma faculdade, mas uma determinada obrigação. Uma importante contribuição advém da regra de reconhecimento (HART, 2001, p. 104) que consiste em uma regra secundária que serve de remédio para a incerteza do regime das regras primárias, especifica um ou mais aspectos de determinada regra, indicando-a de forma afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que é capaz de exercer. É a passagem do pré-jurídico para o jurídico, eliminando a dúvida acerca de uma determinada regra primária. Pela eliminação da incerteza, delineiam-se os aspectos de validade da regra de conhecimento.

A norma fundamental de Kelsen é uma norma pressuposta, que serve de ponto de apoio do sistema jurídico, ou seja, a partir da norma fundamental é construído o ordenamento jurídico e operada a sua hierarquização, no caso da regra de conhecimento, ao contrário de uma pressuposição, ocorre um processo de eliminação da incerteza a respeito de uma regra primária, enquanto a norma fundamental é criada, a regra de reconhecimento já existe e é apenas juridicizada: “é importante distinguir entre ‘supor a validade’ e ‘pressupor a existência’ de tal regra; quanto mais não seja porque a incapacidade de o fazer obscurece o que se quer dizer pela afirmação de que uma tal regra existe” (HART, 2001, p. 120). E Thomas Bustamante, ao analisar o pensamento no campo do positivismo de Hart, faz o seguinte apontamento:

Hart vê o sistema jurídico como um sistema de normas sociais, no duplo sentido de que essas normas “governam a conduta de seres humanos nas sociedades” e de que “elas devem a sua origem e existência exclusivamente a práticas sociais humanas”. Essas práticas sociais, contudo, só existem em função da aceitação, pelos oficiais do direito que atuam no ponto de vista interno, de uma regra última de reconhecimento que contenha os critérios fundamentais de validade das outras regras que componham o sistema jurídico. Pode-se, de fato, dizer simplesmente que “o enunciado de que uma regra particular é válida significa que ela satisfaz todos os critérios providos pela regra de reconhecimento”. E essa “regra de reconhecimento”, como aponta o autor, existe

apenas como “uma prática complexa, mas normalmente coerente, dos tribunais, oficiais e pessoas privadas ao identificar o direito por meio de certos critérios”.

Vê-se, portanto, que o reconhecimento de uma regra por seus aplicadores é, para Hart, constitutivo para sua validade. Sem embargo, esta virada para o “ponto de vista interno” consiste muito provavelmente em um primeiro passo para a autodestruição do positivismo descritivo, já que ela exige que o direito seja compreendido por meio de um tipo de pensamento que vai muito além das ambições “descritivistas” ou puramente “conceituais” de autores como Austin, Kelsen e o próprio Hart. A introdução do denominado “ponto de vista interno” traz sérias consequências para a teoria jurídica porque não mais é possível compreender o direito apenas como um observador externo que descreve certas regularidades e compila determinados comportamentos que são representados como meros “hábitos” de obediência. Para capturar, por exemplo, o sentido de um ato que se suspeita “ilícito” ou “delituoso” em um discurso jurídico, deve-se tentar entender “o que nós estaríamos fazendo se fôssemos a pessoa que realiza juízos de valor” sobre a sua validade, e tal compreensão não se dá apenas no nível da observação externa, mas no plano da investigação hermenêutica.

(...)

Essa leitura do ponto de vista interno, para nós, leva a se reconhecer uma “virada hartiana” na filosofia jurídica contemporânea, pois já não é mais possível compreender o direito com os métodos tradicionalmente empregados pelos positivistas. Ela convida a formular perguntas que estavam proscritas pelo rigorismo metodológico do positivismo descritivo, como a questão de se saber quando uma decisão que possa ser inferida das fontes do direito é “racional” ou razoável, ou quando se pode dizer que uma decisão está corretamente fundamentada. (...) Não obstante, nenhuma teoria adepta do positivismo descritivo jamais conseguirá oferecer uma resposta adequada a essas relevantes questões que são enfrentadas na argumentação jurídica. (BUSTAMANTE, 2017, p. 315-317)

A alternativa de conjugar com o positivismo as alternativas de expansão dos sentidos e complementação de seu conteúdo se mostra mais adequada ao levar em conta elementos preexistentes e normas já implementadas por um processo de discussão proveniente da política representativa que esposa a lei. Não se trata de uma neutralização da atividade judicante, mas de propiciar sua intersecção com aspectos democráticos primários que são derivados da legislação.

Disso deriva a necessidade de situar a posição das normas, regras e princípios, para efeitos de entender que o direito não se compõe tão somente da lei, mas conjuga valores, culturas, conceitos e decisões.

O conceito de norma é um dos principais conceitos da ciência do direito, muitas vezes confundido com mandamento, preceito, regra, princípio, o que muitas vezes pode levar a erros grosseiros na compreensão dos sentidos e significados de uma situação juridicamente relevante. Norma e texto são objetos distintos. A norma é o significado de um enunciado normativo, de modo que os critérios para sua identificação devem ser buscados ao seu nível e não no nível do texto, pois uma mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos (ALEXY, 2011, p. 54). E, como Alexy assevera, este é um conceito

primário de norma, pois as normas podem ser expressas sem a utilização necessariamente de um texto, mas de sinais, signos ou emblemas⁵⁸.

A norma alude a algo que dever ser, aquilo que será produzido (ZAGREBELSKY, 2011, p. 109). Dessa forma, as normas são o resultado da interpretação, pois o texto, por si, não traz um significado sem que seja feito um exercício interpretativo de sua leitura, figurando em seus elementos palpáveis – semânticos – o ponto de partida para o processo de construção da norma carregada na letra da lei ou da Constituição (CAMBI, 2018, p. 108-109).

Existem diversas técnicas para interpretar a lei e a Constituição, para que se possa alcançar a norma, passa-se por métodos, tais como: (i) o método histórico que busca a historicidade da norma, reputando os fatores tempo e espaço que levaram o legislador a criar o texto que é objeto de interpretação; (ii) o método literal que considera a carga semântica das palavras, para formar o entendimento sobre o que aquele texto significa como norma; (iii) o método sistemático, para o qual é levada em consideração o conjunto da obra, a lei ou a Constituição como um todo, para que a norma seja obtida sem dissonâncias internas; (iv) o método lógico, para alcançar a norma bastam as expressões do enunciado, sem a utilização de qualquer elemento exterior, para que possa ser aplicado ao caso concreto; e (v) o método teleológico que se apoia na reflexão sobre o objetivo do texto para dar significado a ele⁵⁹.

No âmbito constitucional, Konrad Hesse apresenta o método concretizador para realizar a interpretação. Para tanto, estabelece que a interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição e, mesmo que o Tribunal seja competente para fixar o

⁵⁸ É importante anotar que Alexy contrapõe a teoria de Müller a partir da diferenciação do conceito de norma, de relevância normativa e de fundamento da norma. Assim, norma seria um objeto semântico dos argumentos axiológicos, empíricos, jurisprudenciais, dogmáticos, entre outros que podem ser usados na fundamentação de uma proposta de interpretação. A relevância normativa é tudo aquilo que pode ser corretamente apresentado como argumento contra ou a favor de uma decisão jurídica. O fundamento da norma são os argumentos que sustentam a proposta. Segundo Alexy, Friedrich Müller pretende incluir no conceito de norma os elementos ligados ao âmbito normativo, não todo e qualquer argumento possível na argumentação jurídica. Ao final, Alexy acaba concordando em partes com Müller acerca de que a possibilidade de uma fundamentação correta (argumento) é um critério para identificar a norma em questão como uma norma de direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 81-84). Quando Alexy faz essa apreensão acerca de uma teoria da interpretação da norma não está a dar azo ao ativismo judicial, mas simplesmente reconhece que é possível a coexistência de interpretações e que a fundamentação da norma é um critério para identifica-la enquanto direito fundamental, sem que isso implique em “fundamentalizar” direitos. Como pontua Fernando de Brito Alves, “na contemporaneidade, é evidente a crise da experiência jurídica, na exata proporção em que ocorre a ampliação desenfreada do conceito de direitos fundamentais e de princípios constitucionais, para mencionar apenas dois exemplos. (...) Como se fôramos desprovidos de histórias curiosas, atribuímos fundamentalidade a direitos que absolutamente carecem de fundamentalidade ou que possuem fundamentalidade duvidosa” (ALVES, 2013, p. 111-112).

⁵⁹ O método aqui expressado é aquele utilizado pela Escola Histórica do direito e serve apenas para exemplificar os caminhos pelo qual se pode construir a norma, porém com algumas variações. Não há uma unanimidade no que diz respeito aos métodos de interpretação e talvez essa seja uma das agravantes da problemática das decisões judiciais.

conteúdo da Constituição, com eficácia vinculante, não se encontra acima da Constituição à qual deve sua existência. O papel da interpretação, sobretudo, é correto se racional e controlável, criando certeza e previsibilidade jurídicas. Para Hesse, a superação do positivismo, segue acrítica e busca a solução para a insegurança em métodos de interpretação tradicionais, ignorando por completo o problema da interpretação constitucional, porque fornecem uma solução/percepção parcial da questão, resolvendo os problemas de forma imperfeita (HESSE, 1983, p. 36-38).

Outra visão sobre a interpretação é fornecida por Friedrich Müller, quando traz a teoria e a metódica estruturante, as quais têm a pretensão de racionalizar o trabalho prático dos juristas, não de forma a superficializar a interpretação das normas, mas de um modo que permita a discussão, a revisão e as regularidades normativa e interpretativa. Müller desenvolve um conceito dinâmico de normatividade, decorrente de um processo estruturado metodicamente a partir das exigências do Estado de Direito ao qual a norma se encontra vinculada. Ou seja, “a teoria da norma jurídica precisa, de qualquer modo, estar especificamente a serviço da racionalidade jurídica, precisa diferenciar de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível” (MÜLLER, 2008, 161). Então Müller faz uma crítica ao referencial metodológico que concebe a interpretação em dois aspectos: (i) normativo e (ii) fático, uma vez que isso não consegue transpor o cânone clássico da interpretação legal. Tal separação se mostra, segundo Müller, insustentável se se está diante de processos reais de interpretação, porque o sentido das normas precisa passar por investigações sociais comportando modificações e ajustes estruturais reais (MÜLLER, 2008, p. 164-167). Há, na teoria da norma jurídica de Müller, um preenchimento da norma pela realidade, pelo que a sua concretização se dá mediante as influências da realidade levando a crer que a metódica estruturante leva a uma interpretação correta.

Tais métodos de interpretação e tantos outros que existem e não foram aqui mencionados são manejados para buscar a norma jurídica. Todavia, permanece como um ponto de necessária reflexão notar que a “interpretação se articula entre os horizontes de saída e de recepção do direito, formando a norma jurídica para além da lei – a interpretação contribui para a continuidade do processo de produção normativa do direito, direito esse que não possui ser para além do processo de interpretação” (OLIVEIRA, 2017, p.148).

Da mesma forma que existem vários métodos para interpretar e construir o significado da norma, existem vários critérios para distinguir regras e princípios. A distinção entre um e outro é fundamental para a compreensão do direito enquanto ciência, assim como é

essencial no campo prático da aplicação e do manejo do direito na sociedade e nos casos concretos.

Figura importante a distinção entre regras e princípios, pois ao fundo acabam formando a base para a racionalização dos direitos fundamentais, constituindo “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 85). É importante ressaltar que o limite da racionalidade não se reduz a uma fórmula, de modo que a proposta de Alexy, ao elaborar os critérios de ponderação entre os princípios, elaborou a fórmula como um atributo a ser utilizado somente em caso difíceis (*hard cases*), em que é inevitável o embate de princípios. Isso não se confunde, portanto, com a racionalização do direito nos moldes do positivismo, no qual o raciocínio jurídico era constrangido à mera constatação de condições para a aplicação da regra jurídica, de modo que “a sentença era resultado de mero silogismo judiciário, reduzindo o direito a um cálculo matemático” (CAMBI, 2018, p. 106).

De plano, é possível dizer que as regras são mais rígidas quanto à sua aplicabilidade, enquanto os princípios são mais flexíveis, mas ao mesmo tempo, as regras podem carregar valores básicos e os princípios podem conter uma alta carga axiológica, todavia, “tanto princípios como regras são normas, porque ambos dizem o que deve ser” (ALEXY, 2011, p. 87).

As regras formam uma construção jurídica que se destina de forma abstrata e geral à regulação de uma situação específica e por isso proporcionam uma solução determinada e estrita. Acaba que as regras “se esgotam em si mesmas, não tendo uma força constitutiva fora do que elas mesmas significam” (CAMBI, 2018, p. 115). Por isso, as regras “são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige” (ALEXY, 2014, p. 185).

O caráter fechado das regras fica evidente quando, Dworkin (2002, p. 39) ressalta, elas são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Então, a regra para ser completa precisa contemplar em seu enunciado todas as hipóteses em que é aplicável, para que seja válida, se tem proposição e também tem exceção ou exceções, tudo precisa ser enunciado e, para que tenha validade, e, quanto mais forem detalhadas as exceções da regra, mais completa esta será (DWORKIN, 2002, p. 40). Como explica Dworkin, as regras ou são aplicáveis ou não são aplicáveis, mas isso é resultado do enunciado, não da atuação do juiz em um primeiro momento, porque as regras seguem automaticamente as condições que são dadas.

Somente as regras se sujeitam a variados métodos de interpretação que tem por objeto a linguagem do legislador, as regras são criadas para serem obedecidas e, em razão disso, precisam ser determinados com precisão os preceitos que o legislador elencou na sua formulação, proporcionando de forma clara os critérios para as ações das pessoas em situações previstas pelas próprias regras (ZAGREBELSKY, 2011, p. 110).

Os princípios ocupam uma posição diferente daquela que as regras têm no ordenamento normativo. Essa diferenciação muitas vezes é perceptível no aspecto semântico de um enunciado, outras vezes é resultado de uma reflexão sobre o texto. Os princípios geralmente não possuem comandos tão objetivos e exauríveis como as regras, ficando evidentes quando da aplicação ao caso concreto.

No âmbito do positivismo, os princípios ocupavam um lugar meramente integrativo, sendo aplicados como uma maneira de integralização das regras, uma vez que, embora o sistema jurídico fosse concebido para não possuir lacunas, na atividade discricionária do juiz, ele teria que recorrer aos princípios para alcançar a subsunção do fato à norma deduzida da lei.

A partir das expressões abertas da Constituição, o constitucionalismo passou a realçar os princípios nos textos, como um importante veículo de normas.

No caso dos princípios, também há uma variedade de formas para trazer suas características, uma delas é a da generalidade, na qual os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras têm um grau baixo de generalidade (ALEXY, 2011, p. 87). Isso quer dizer que os princípios são aplicáveis a uma diversidade de situações enquanto a regra é formatada para uma ocasião específica.

Tendo em vista a carga axiológica dos princípios que considera aspectos transcendentais de comportamentos específicos e avança sobre o ordenamento normativo de forma mais ampla, também pode ser adotado o critério qualitativo para a caracterização de um princípio. Tal raciocínio foi desenvolvido por Alexy quando caracterizou os princípios como mandamentos de otimização. Assim, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível diante das situações jurídicas e fáticas, figurando em verdadeiros mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas a que são submetidos (ALEXY, 2011, p. 90).

Dessa forma, e considerando que os princípios podem abarcar um conteúdo quase infindável de condutas, o comando normativo deve ser visto de forma flexível, permitindo a coexistência de normas em um mesmo ordenamento jurídico, sem a exclusão ou a eliminação de uma delas no caso de conflitos (CAMBI, 2018, p. 117).

Para Ronald Dworkin (2002, p. 36), os princípios são denominados como padrões que devem ser observados em razão de uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, não apenas porque podem promover ou assegurar uma situação econômica, pois isso seria uma política. Percebe-se uma tênue linha que divide o princípio e a política, enquanto aquele se destina a uma situação de justiciabilidade, esta seria mais apta a uma questão de desenvolvimento da sociedade. É certo que especialmente em países de modernidade tardia os aspectos de justiça e de economia muitas vezes se imbricam, mas o que Dworkin faz, ao separar princípio de política, é construir um entendimento de que um direito assim estabelecido para uma pessoa não pode ser flexibilizado em seu detrimento para a promoção de um interesse econômico, político ou social da comunidade, fazendo perecer o indivíduo, com base em um argumento utilitarista. Por mais que os princípios possam se assemelhar com as regras – isso no aspecto normativo, não somente nos enunciados –, ainda assim não apresentam consequências jurídicas que se seguem de forma automática diante das condições em que são colocados (DWORKIN, 2002, p. 40).

De acordo com Gustavo Zagrebelsky, somente os princípios têm um papel propriamente constitutivo do ordenamento jurídico, de modo que as suas formulações têm pouco a que se interpretar no âmbito da linguagem, sua leitura remete a tradições históricas, contextos de significado e que na interpretação semântica devem ser entendidas em seu *ethos*, ou seja, no contexto de costumes, hábitos e cultura da comunidade, da época e do lugar. Por isso, Zagrebelsky ressalta que os princípios diretamente não são capazes de dizer nada a respeito de um critério para as ações da sociedade em determinadas circunstâncias, mas proporcionam os critérios para que se possa tomar posição em situações concretas que aparentam indeterminadas, permitindo uma atitude favorável ou contrária na situação (ZAGREBELSKY, 2011, p. 110).

Por certo que Zagrebelsky assevera que a interpretação de uma regra elimina outra, enquanto os princípios coexistem, um preponderando sobre o outro conforme o caso concreto. Assim, também, Dworkin lembra que nas regras se aplica o critério do tudo-ou-nada para realizar a interpretação e nos princípios se encontra a motivação das decisões, apenas pela precedência de um sobre o outro. Alexy menciona que a colisão de regras se dá no plano da validade e a colisão dos princípios no âmbito da ponderação, na qual são estatuídos graus e é aplicada a fórmula de peso.

É importante ressaltar que o ponto convergente entre Alexy, Dworkin e Zagrebelsky se situa na ideia de que do conflito de regras decorre a eliminação da regra inválida, pelos critérios de antinomia (cronologia, especialidade e hierarquia), ao passo que no conflito de

princípios é preciso que um ceda lugar ao outro levando em consideração sua importância no caso concreto, sem que isso implique a retirada do ordenamento normativo, daquele princípio não aplicado no momento.

Sobre a antinomia jurídica, Norberto Bobbio a define como “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” (BOBBIO, 1995, p. 88). Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 211) faz a menção de que os ordenamentos modernos possuem variadas regras ou critérios para a solução de conflitos normativos historicamente corporificados, estabelecendo os critérios hierárquicos (*lex superior derogat inferiori*), de especialidade (*lex specialis derogat generalis*), cronológicos (*lex posterior derogat priori*), além da regra *lex favorabilis derogat odiosa*, que não mais se utiliza atualmente. A antinomia jurídica pode ser definida como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo e põem o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos para a solução de um conflito a partir de ordenamento dado. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 212). Na evidência de uma antinomia jurídica, a saída possível figura – a partir de regras – eliminar a norma contraditória em um processo de derrogação, já que a revogação que solucionaria de vez o problema somente se opera pela atuação do legislador, importa consignar que as normas podem ter validade mesmo coexistindo, mas como Dworkin menciona, isso fica comprometido diante da falta de previsão da exceção à regra, solucionando o problema de ordem jurídica de forma oblíqua.

De acordo com o plano de validade da norma, Bobbio apresenta pelo menos três situações de antinomia, que podem ser: total-total, parcial-parcial e total-parcial. Na primeira situação, total-total, as normas incompatíveis têm igual âmbito de validade e em nenhum caso a norma poderá ser aplicada sem entrar em conflito com a outra. Na segunda hipótese, parcial-parcial, as normas incompatíveis têm sua validade em parte igual e em parte diferente, de modo que a antinomia somente subsiste para a parte comum, não implicando invalidar a aplicação da parte não conflitante. Na terceira ocorrência, total-parcial, as normas incompatíveis podem ter âmbito de validade iguais, todavia uma é mais restrita que a outra, o que corrobora na inaplicabilidade total da norma restrita que conflita na íntegra com parte da outra norma. Estas são as antinomias impróprias, porque podem ser solucionáveis a partir de critérios objetivos (BOBBIO, 1995, p. 88-90).

A solução para as antinomias impróprias é apontada pelo exercício da interpretação, baseando-se em critérios que Bobbio aponta, basicamente, serem três: (i) o critério cronológico, entre duas normas incompatíveis prevalece a posterior; (ii) o critério hierárquico,

entre duas normas incompatíveis prevalece a superior; (iii) o critério da especialidade, entre duas normas incompatíveis prevalece a especial (BOBBIO, 1995, p. 92-96).

Quando se está diante de uma inevitável colisão de princípios, há de se ter que um não elimina o outro, visto que ambos detêm a mesma força e valor, ocupando um lugar de igual aquilatação no ordenamento normativo.

Alexy propõe uma fórmula para a utilização dos princípios e dos direitos a partir da atribuição de pesos abstratos às normas em conflito, da interferência que cada um teria no outro e das evidências empíricas, para que então se possa avaliar no caso concreto qual o princípio ou direito se sobressai na eventual colisão. A justificativa para a utilização da fórmula se dá a partir do raciocínio de que, se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, porém não quer dizer que o princípio cedente deva ser declarado inválido ou que deverá ser introduzida uma cláusula de exceção, tal qual ocorre nas regras. Um dos princípios têm precedência no cotejo com o outro em determinadas condições, já em outras condições, o princípio outrora preterido poderá prevalecer. A partir disso é que se pode afirmar que nos casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência, as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso (ALEXY, 2011, p. 93-94).

A fórmula de peso cumpre um importante papel de demonstrar que não há princípios ou direitos absolutos, ao mesmo tempo que permite a eliminação das colisões nos casos concretos. Por conseguinte, é significativo trazer que a teoria dos princípios, defendida por Robert Alexy, tem o objetivo de sopesar princípios para alcançar um resultado único e inequívoco, visto que esse intuito é abandonado em favor de uma posição moderada e sensata de que nem sempre é possível determinar um resultado de forma racional, razão pela qual a colisão entre princípios não encontra, abstratamente, no ordenamento normativo uma única resposta correta. (CAMBI, 2018, p. 635)

De outro modo, Dworkin afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm e que, quando se inter cruzam, o julgador terá de resolver o conflito considerando a força relativa de cada um dos princípios colidentes, decorrendo disso um julgamento sem mensuração exata e que em outra ocasião será objeto de uma nova controvérsia (DWORKIN, 2002, p. 42).

Acerca do embate argumentativo entre princípios que, de início, são igualmente aplicáveis em uma mesma situação concreta, Zagrebelsky afirma que, embora se tenha uma pluralidade de princípios e não exista uma hierarquia entre eles, pode haver uma ideia sobre a sua articulação, nesse sentido, doutrinas alemãs da concordância prática e do equilíbrio entre

os interesses pelo princípio da proporcionalidade (*Güterabwägung ausgerichtet am Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) podem ser abordadas. Entretanto, o esforço sob o qual se debruça a jurisprudência constitucional é no sentido de formatar procedimentos lógicos dessa ponderação que, do ponto de vista da ciência jurídica, leva a resultados assustadores. Desse modo, a única regra formal que Zagrebelsky entende possível é a da otimização dos princípios, regra esta que somente seria alcançada no plano prático. O resultado de entender os princípios como coexistentes é considerar que não são absolutos, sob pena de construir um sistema fechado e incompatível com constituições pluralistas que demandam princípios controlados e harmonizados (ZAGREBELSKY, 2011, p.125).

Entre as normas, regras e princípios, é possível perceber que a decisão judicial precisa atuar não para a formulação de um enunciado de subsunção do caso concreto ao ordenamento normativo, mas é necessário que busque um acordo entre o interesse das pessoas e as situações sociais, culturais e políticas, conjugando e interpretando regras e princípios aplicáveis.

O desafio da aplicação substancial da jurisdição se põe nos casos difíceis (*hard cases*) para os quais a atuação hermenêutica precisa se potencializar e buscar a construção da melhor decisão. Nesse esforço é que serão apresentadas as escolas clássicas do direito no tópico a seguir.

3.2 Escolas clássicas do direito: interpretação, decisão e influências

As escolas clássicas do Direito constituem uma base importante para compreender o estado atual das coisas. Não pelo apelo de teorizar ou problematizar as situações, muito menos para realizar comparativos, mas para trazer do limbo temporal questões que podem servir de apoio para a compreensão da ciência, do ensino jurídico e da forma prática como são aplicadas as normas aos casos concretos.

À primeira vista, parece anacrônico falar das escolas clássicas já que remetem a um pensamento que se suspeita superado, que seria aquele do positivismo clássico em sua nuance mais cientificista. Todavia o peso dessas escolas clássicas é tamanho, a ponto de influenciar o ensino jurídico ainda hoje, com a separação de conceitos, as dualidades, o esquema sujeito-objeto e tantas outras heranças que acabam por desmotivar os alunos da graduação em Direito e a colocar os profissionais em situações-limite, nas quais não conseguem visualizar uma saída, senão aquela de buscar insaciavelmente por uma lei ou por uma de tantas ementas que compõem o emaranhado de julgados que tentam se firmar como jurisprudência.

Toda a ciência moderna vem presidida por um modelo de racionalidade construído a partir da Revolução Científica do século XVI, que foi se desenvolvendo e se aperfeiçoando a partir das teorias de Copérnico, Galileu, Kepler, Newton e na consciência filosófica com Bacon e Descartes. Isso promoveu uma ruptura com os princípios epistemológicos do saber aristotélico-medieval que consistia na razão pela fé e deu espaço para o modelo de racionalidade a partir de uma única forma de conhecimento verdadeiro, alcançável por regras metodológicas fundadas na reta razão e no afastamento de juízos prévios, da *doxa*, das tradições e das aparências sensíveis, para só então conceber o conhecimento fundado em bases sólidas e constantes (VERBICARO, 2017, p. 35-36).

É inegável a contribuição da ciência pelos nomes outrora citados, tanto que diversas descobertas da humanidade podem ser creditadas a esse novo paradigma de conhecimento que rompeu com o modelo de razão pela fé e possibilitou o desenvolvimento das ciências naturais, pela forma com que as pesquisas passaram a ser conduzidas para trazer a explicação das coisas. O esquema sujeito-objeto adotado pelo positivismo possibilitou o desenvolvimento de teorias exteriorizadas e da representação, dando à matemática um lugar de destaque, porque possui exatidão e seus raciocínios podem ser evidenciados de forma a sólida. Evidentemente, pela matemática seria possível fragmentar o mundo para sua compreensão, corroborando na lógica de Descartes de analisar e sintetizar para compreender a descoberta, isso seria o conhecer (VERBICARO, 2017, p. 36-37, SANTOS, 2008, p. 27-28). Para Descartes, o universo material e organismos vivos eram como máquinas e poderiam ser entendidos completamente se analisado em partes (CAPRA, p. 25-26).

Toda essa busca por racionalizar ou tornar exato fez que fossem importados os métodos das ciências naturais para a ciência jurídica, “um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos” (SANTOS, 2008, p. 29). A partir disso, a afirmação que conduz o pensamento positivista clássico é a de que “se existem leis invariáveis tanto na natureza quanto na sociedade, a sociedade pode ser estudada da mesma maneira que são estudadas as ciências naturais, ou seja, a partir dos mesmos métodos e dos mesmos processos que são ali utilizados” (FONSECA, 2009, p. 151). É o que acaba por consolidar o pensamento que é dominado pelo objeto – pensamento objetivista –, constringendo o cientista do “como funciona”, mas sem avançar na explicação do “para que serve”.

Nesse contexto surgem, pelo menos, duas escolas clássicas: a Escola da Exegese na França e a Escola Histórica na Alemanha, esta última propiciando a jurisprudência dos conceitos⁶⁰.

O paradigma filosófico clássico adotou postura objetivista, no direito o pensamento ficou organizado como se o texto e a norma constituíssem um mesmo elemento, não cabendo ao intérprete qualquer análise subjetiva, o sujeito que conhece é aprisionado ao objeto, cabendo ao intérprete tão somente a tarefa de revelar o sentido da lei como algo pronto e acabado (STÜRMER, 2017, p. 62). A influência do positivismo, também chamado de positivismo oitocentista, é relevante na escola da exegese e isso teve repercussão tanto na esfera jurídica, da ciência do direito, como na esfera política.

Um meio de visualizar a escola da exegese, despregando-se do aparato positivista, é buscar não como funcionava o seu aspecto ideológico-cognitivo, até porque se torna destacado pelas linhas anteriores que ao se filiar ao positivismo oitocentista foi buscada a lei natural da sociedade, transpondo a pluralidade social e cultural ao monismo decorrente da separação de fato e valor. Dessa forma, é mais interessante buscar a resposta do para que servia a escola da exegese, sua finalidade, seus agentes, deixando em segundo plano a causa formal, como propôs Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 30).

Para responder à questão: qual o método da escola da exegese? Leonardo Zehuri Tovar se utilizou da definição de método proposta por Heidegger, ou seja, método como caminho pelo qual sigo uma coisa⁶¹. Torna-se necessário conhecer os pilares da codificação de 1804 que ocorreu na França, despontando desse, por assim dizer, movimento, o Código de Napoleão que é massivamente comentado em aulas de direito civil, história do direito e direito constitucional, como o movimento da codificação, no século XIX⁶². E, pouco antes, no Golpe

⁶⁰ Na Inglaterra, é contemporânea a teoria de Bentham, propondo a codificação no direito inglês, com base em primados positivistas e utilitaristas, para criticar a *common law*, que seria o direito judiciário dominante na época. Para tanto, Bentham formulou cinco fundamentos principais para sua crítica ao *common law*: (i) a incerteza do direito judiciário em contraponto com o direito legislado; (ii) a retroatividade do direito comum; (iii) a falta de aplicação do princípio da utilidade; (iv) a obrigatoriedade do Judiciário em solucionar todos os casos sem uma competência específica em todos os campos do direito; (v) a impossibilidade de o povo controlar a produção do direito por parte dos juízes. (BOBBIO, 1995, p. 95-99)

⁶¹ O questionamento vital perece. O próprio ser-tomado-por, que pertence ao questionamento filosófico fica de fora. Tudo isto com o agravante de que o ter-sido-tomado-por alcançou o conhecimento e chegou mesmo a ser expresso. O que foi expresso é considerado isoladamente e transformado em resultado palpável, em algo passível de aplicação. A partir daí, qualquer um é capaz de aprendê-lo e repeti-lo. (HEIDEGGER, 2011, p. 47)

⁶² Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico (é

de Estado de 18 de Brumário, Napoleão colou fim ao Diretório e impõe uma ditadura no Estado Francês. Pelo golpe, que pode significar o fim da Revolução Francesa, Napoleão buscou pôr fim na história das trevas da Idade Média e trazer elementos ao século das Luzes, que fossem suficientes para romper a dominação, a desigualdade social e o obscurantismo religioso. Do ponto de vista jurídico, o direito desempenhou um papel de ruptura com o passado, na medida em que o texto legislado seria uma resposta jurídica que não precisaria de interpretações práticas e contextualizações com a história. O texto legal era o direito e com isso negavam-se os costumes e tradições da Idade Média para legitimar, pela lei, a nova experiência racionalista do Século das luzes (TOVAR, 2018, p. 52-53).

Com o Código de Napoleão, surgiram pelo menos dois dogmas que orientaram o pensamento da Escola da Exegese: o dogma da onipotência do legislador e o dogma da completude da lei, em especial porque o art. 4º desse Código dispunha que o juiz não poderia abster-se de decidir um caso sob pena de denegar a justiça. Isso era uma espécie de resposta a uma prática dos juízes na Revolução, que, diante de leis imprecisas, devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito em respeito à separação dos poderes e, politicamente, aos grupos revolucionários, para evitar desavenças (BOBBIO, 1995, p. 77-78).

Para a Escola da Exegese, o intérprete deveria buscar a *mens legislatoris*, a vontade do legislador, e esta consistiria na barreira à sua atividade criativa, pois a lei seria a única fonte jurídica e ao juiz caberia, portanto, descobrir a vontade dos criadores da lei, que era perfeita e sem qualquer lacuna. Todo conflito teria solução à luz da lei, sem qualquer possibilidade de buscar fundamentos em fontes externas (STÜRMER, 2017, p. 63-64).

Esse pensamento da Escola da Exegese, pautado na racionalização e na concepção de um direito autônomo, com leis exatas e superiores, acaba de um modo paradoxal se tornando adepto àquilo que combatia, ao buscar se desvincular da cultura, da tradição e da religião, ele mesmo se tornou servo do legislador e endossou uma opção política de neutralizar o Judiciário.

A codificação e, com rigor, a Escola da Exegese exercera uma grande influência sobre a interpretação jurídica, que se desdobram no que Leonardo Zehuri Tovar (2018, p. 54) resume: “o intérprete deve respeitar o texto, atendo-se, de modo austero e intransigente àquilo que se encontra dito nos códigos”. E, respondendo à pergunta inicial, o método da Escola

precisamente por sua incidência no desenvolvimento desta doutrina jurídica que estamos aqui nos ocupando da história do código francês). (BOBBIO, 1995, p. 73)

Exegética é um método “eminente racional, de caráter puramente dogmático, lastreado na apreciação exegética dos textos legislativos legais” (TOVAR, 2018, p. 55).

Ao contrário do que foi dito no **item 3.1**, na Escola da Exegese a norma não é o produto ou o resultado da interpretação de um enunciado, mas sim o próprio texto, porque a interpretação válida é a literal, que se atém aos elementos gramaticais, com o objetivo de garantir a segurança jurídica.

Para a Escola Exegética, o julgador é um legalista, o juiz Júpiter, como François Ost (1993, p. 172-176), vinculado ao Direito Júpiter, que confunde o direito com a lei e parte da premissa da harmonia social – escamoteadora das desigualdades sociais – para o qual o Estado é dividido em três poderes independentes e na sociedade vigora a ordem, a segurança e a paz social. O juiz deve sempre julgar os litígios de acordo com a lei e viabilizar decisões iguais, em nome da certeza jurídica, não cria o direito, aplica-o, ainda que a lei seja injusta, ponto que toca ao legislador resolver. A atividade do juiz é um raciocínio formal de (i) observar a premissa maior que figura na norma – que no caso é a lei –, (ii) observar a premissa menor que é o fato, e (iii) concluir o cabimento da consequência jurídica prevista na norma (GOMES; MAZZUOLI, 2019, p.26).

Ainda nas escolas clássicas do direito, é possível uma abordagem da Escola Histórica, sendo necessária uma exposição do porquê de considerá-la aqui. Como a dogmática jurídica moderna foi influenciada pelo pensamento e o ordenamento jurídico brasileiro parte de teorias do direito alemão, portanto, alicerçado na tradição jurídica da *civil law*, o desenvolvimento do historicismo jurídico pode passar pelos crivos positivistas, por mais antirracionalista e multifacetado que tenha sido o seu início e como se chegou à Jurisprudência dos Conceitos⁶³.

Antes do positivismo jurídico, a Escola Histórica do direito se consolidou como uma das correntes mais importantes do pensamento jurídico ocidental, nela são encontrados seus precursores mais relevantes Gustav Hugo, que erigiu ideias iniciais da crítica ao racionalismo a-histórico do jusnaturalismo e Friedrich Carl von Savigny que promoveu a renovação da ciência jurídica pela exploração da dimensão histórica do direito e de seu caráter científico e sistemático, o que tornou seu objeto predeterminado pelo presente. O empirismo-histórico que

⁶³ Início e destino para efeitos desta pesquisa sobre a Escola Histórica não importam, necessariamente, na concepção de que houve uma evolução do pensamento da teoria do direito alemã, nem que o ponto de partida seja a Escola Histórica e que o seu destino era premedito à Jurisprudência dos Conceitos. Da mesma forma, falar aqui em evolução não tem o sentido de progresso, mas de captar o caminho que leva de um evento a outro, partindo de um pré-conceito de relevância para tecer a respeito das leituras das decisões judiciais.

orientava a formação da Escola Histórica propiciou a criação de uma jurisprudência oposta às correntes racionalistas do jusnaturalismo, que ganhou mais impacto com a descoberta da imanência de um sentido criador nas manifestações históricas que, ao mesmo tempo, era inesgotável e irrepetível em suas individualizações (VERBICARO, 2017, p. 42-43).

Uma característica da Escola Histórica é que era prestigiada pelos “eruditos” do meio jurídico da Alemanha, tendo se desenvolvido na passagem do século XVIII para o século XIX, em um ambiente dominado pelo racionalismo iluminista, que impôs a visão de mundo mecanicista, formal e geométrica como supremo saber que pela sua matematicidade deixava de lado a razão prática para dar vazão a toda a sua razão teórica. A Escola Histórica se contrapôs ao raciocínio mecanicista, característico das ciências duras, numa tentativa de aproximação cultural do povo, pela historicidade e pela tradição (TOVAR, 2018, p. 60)

Ao menos duas críticas à história, que aparece como um elemento absoluto no tempo para a Escola História, podem ser feitas, a primeira com apoio em Hanna Arendt (2007, p.198) quando a teórica política faz a ponte entre a teia de relações e as histórias humanas, uma vez que história real da qual as pessoas participam durante toda a vida não é criada, mas é resultado da ação humana e, por isso, “a introdução de um ator nos bastidores que vemos em todas as filosofias da História, e que constitui razão suficiente para que as qualifiquemos de filosofias políticas disfarçadas”. Se o direito não poderia ser um produto artificial do legislador, também não o poderia ser como uma criação da história, da vontade do povo – *Volksggeist* – que ao se apegar nessa “fonte” para projetar o direito, e aqui a segunda crítica, com ela carrega o conservadorismo e o tradicionalismo, e, ao combater a rigidez do direito codificado, aprisiona-o como caudatário ao passado, propiciando a manutenção de práticas exploratórias (MARX, 1982, p. 239).

Para entender o direito como um acontecimento histórico, é preciso que o jurista entenda que o direito é dinâmico no tempo e no espaço, de um modo que não se reduz ao fato e ao valor de formas separadas, mas imbrica-os para que não se tornem anacrônicos em sua efetividade. Aqui, novamente a pergunta: “para que serve o direito?” ressoa no método da Escola Histórica que, embora tivesse dois objetivos claros de (i) criticar o Iluminismo e de (ii) compreender o direito por meio de uma ciência cultural e histórica, tinha certeza de que uma codificação unitária como a da França não funcionaria na Alemanha fragmentada territorial e politicamente, na época.

A Escola Histórica acreditava nas mesmas exigências que estavam na base do movimento pela legislação, ou seja, dar a uma determinada sociedade um direito unitário e sistemático, porém, ao invés de dar ao legislador a tarefa de evitar um direito judiciário, tal

missão ficou a cargo do direito científico, que seria destituído de rigidez e mais adaptável à sociedade do que o direito legislado (BOBBIO, 1995, p. 121).

Se na Escola da Exegese a decisão judicial era fruto da interpretação gramatical do texto-lei ou texto-norma, a Escola Histórica, ao se opor ao império da lei, precisava de instrumentos hábeis para que pudesse alcançar a *ratio* do direito a partir de tradições históricas e culturais, a fundo, o esforço do intérprete se torna maior para enfim desvendar esse direito que nasce do povo.

A Escola Histórica criou métodos científicos de interpretação, compostos por quatro elementos: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Rudolf von Jhering acrescentou o elemento teleológico a estes quatro iniciais. Pela interpretação gramatical, a análise se dá no âmbito léxico, nos elementos sintáticos do texto interpretado. Na interpretação lógica, é estabelecida uma relação entre o texto e as possibilidades de sua generalização para outros casos por indução, ou uma relação entre o sentido geral e a concretização em casos diversos por dedução, a lógica é a subsunção, não da lei, mas do direito costumeiro como premissa maior para o caso analisado como premissa menor. Por meio da interpretação sistemática se correlacionam a proposição normativa interpretada com outras relacionáveis, observando o contexto em que está inserida, tanto na esfera sistemática como na institucional, um texto não é analisado de modo isolado. A interpretação histórica é a que conduz aos sentidos históricos da proposição normativa, avançando a pesquisa do intérprete sobre as exposições de motivos das leis, as razões que a justificam e elementos extratextuais que compõem o processo de formação do enunciado interpretado. A interpretação histórica conduz à interpretação teleológica, tanto que ao conhecer o passado do texto, pelos elementos predecessores à lei, é possível alcançar sua finalidade, ou seja, para que o direito foi posto ou proposto (TOVAR, 2018, p. 63-65).

Mais adiante, o enfoque histórico acabou resultando em um trabalho de genealogia de conceitos que se aproximou do enfoque lógico, pois o jurista da época, ao enfatizar os valores sistemáticos do direito como instrumento científico, dogmatizou a historicidade do direito, realçando aspectos conceituais e classificatórios que propiciaram o nascimento da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), introduzindo o positivismo jurídico na Alemanha por uma via aparentemente desviada do historicismo jurídico (VERBICARO, 2017, p. 48).

O direito alemão se valia de uma perspectiva lógico-conceitual que acabou remetendo-o ao direito romano, em uma construção pandectista do direito científico, revelando a genealogia dos conceitos a partir de uma pirâmide conceitual. O método adotado

pela Jurisprudência dos Conceitos era o dedutivo, ou seja, a partir de um conceito mais geral se se chegaria ao específico, em uma forma piramidal a genealogia dos conceitos colocava o conceito superior no topo e a partir dele se desmembravam os outros conceitos, segundo regras da lógica formal. (LARENZ, 1997, p. 22-24).

E como elucida Stürmer (2017, p 66), o termo jurisprudência não possuía o significado que se conhece hoje. Esse método da genealogia piramidal dos conceitos foi desenvolvido por Georg Friedrich Puchta, que era aluno e sucessor de Savigny, mas também foi objeto de defesa e de desenvolvimento por Bernhard Windscheid, e Rudolf von Jhering, trazendo a noção de que os conceitos servem de fonte de conhecimento para a criação do direito. Por esse viés, a legitimidade do direito baseia-se na sua correção sistemática, na sua verdade lógica e na sua racionalidade, ratificando, assim, o monopólio dos juristas na interpretação do espírito do povo para a produção dos conceitos (VERBICARO, 2017, p. 50). Como já mencionado, o que a Escola da Exegese foi para a França a Escola Histórica foi para a Alemanha, ainda com mais força nessa fase da Jurisprudência dos Conceitos, aquela equiparando o direito à lei com o monopólio do Parlamento e esta equiparando o direito ao conceito com o monopólio dos eruditos, ambas, afastando o juiz do discurso da validade, aplicando cegamente a lei ali e aqui de igual modo aplicando os conceitos (STÜRMER, 2017, p. 67).

A Jurisprudência dos Conceitos se pautou em uma ideia de sistema, de um lado promovendo uma unidade ou coesão do direito e de outro uma supremacia do elemento constitutivo do direito, o sistema é, portanto, mais que uma forma de simplificar ou de tornar claro o domínio do direito, mas é a única forma possível de se assegurar a verdadeira cientificidade da ciência jurídica, ostentando uma característica orgânica que correspondia ao pensamento dos românticos, já que as fontes do direito no espírito do povo sensibilizavam e a aparência da lógica remetendo a institutos do direito romano (LARENZ, 1997, p. 21-23).

De se acentuar que o Juiz Júpiter aparece também na Escola Histórica, “ao intérprete judicial confere-se uma tarefa de mera descrição da lei, devendo seguir mecanicamente a vontade do legislador” (VERBICARO, 2017, p. 51). E isso possibilitava extrair a decisão exatamente da lei ou deduzi-la pelos conceitos jurídicos pressupostos, por um método subjetivo imbuído na racionalidade objetiva da vontade estabelecida pelo formalismo científico da ciência jurídica dogmática.

A partir desse aporte das escolas clássicas podem ser feitas as considerações acerca da forma brasileira de conceber a decisão judicial, que possui expressiva influência de uma interpretação exegética para a formatação do raciocínio jurídico, que se pauta em um

racionalismo e um formalismo excessivos (PRADO, 2010, p. 84)⁶⁴. Parte desse modo de agir advém das estruturas de Estado e parte também pode ser atribuída ao vínculo do ordenamento normativo a aspectos culturais, sociais, bem como a uma tradição jurídica que será a frente abordada.

3.3 A forma brasileira: nem *common law*, nem *civil law* e os riscos para a democracia

De maneira básica e mais amplamente considerada nos debates acadêmicos do Brasil, os sistemas jurídicos se dividem em tradições da *common law* e da *civil law*, ainda que um estudo detido nessa área seja capaz de denunciar a existência de outros sistemas, híbridos a partir desses dois, autônomos, ou vinculados à tradição do direito socialista. A depender da formação cultural, política e religiosa, principalmente, o sistema jurídico do Estado é desenhado, levando em conta as características relevantes de sua tradição, sua orientação ideológica e a formação dos indivíduos que compõem a sociedade. Existe uma multiplicidade de direitos e cada Estado possui o seu próprio direito, assim como comunidades não-estatais também têm seus direitos, a exemplo do direito hindu do direito judaico, assim como existe o direito internacional que regula situações a nível mundial ou regional entre Estados e relações mercantis internacionais. (DAVID, 2002, p. 19-20)

Com efeito, o corte metodológico permite aqui que se desenvolvam aspectos importantes para compreender o sistema brasileiro, assim arraigado em um pensamento

⁶⁴ Tanto é assim que o CNJ estuda a implementação de mecanismos de Inteligência Artificial para auxiliar a atividade jurisdicional, o STF já está usando um robô (VICTOR) para identificar temas de repercussão geral e outras tarefas de gestão, e o TJSP também pretende utilizar o Assistente Digital do Magistrado, já em fase de testes. Nathaly Campitelli Roque e Iane Naia de Oliveira Ruggiero Del Bel exploram essa tendência no artigo “O juiz e a emoção na era da inteligência artificial”, onde concluem que: (i) “o uso dos robôs que sugerem decisões de forma matemática pode fortalecer um racionalismo, formalismo e conservadorismo excessivos no Judiciário, favorecendo mecanismos de repressão e projeção nos Magistrados e, assim, uma influência mais poderosa de aspectos inconscientes nas decisões, além de inibir a criatividade, a inovação e a empatia, promovendo uma justiça estacionária e desumanizada, com perpetuação de decisões que não se adaptam às mudanças sociais ou se conectam com as pessoas e suas dores”; (ii) “por outro lado, as análises de grandes volumes de dados podem ser muito úteis se utilizadas como mais uma ferramenta de julgamento que confirma a importância da racionalidade e, simultaneamente, por poder ser realizada de forma artificial, valoriza outros atributos humanos de muito mais difícil replicação: o sentimento, a empatia, a criatividade. O uso dessas tecnologias no Judiciário também objetiva alcançar maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões, por meio da uniformização baseada em precedentes, o que demandará a proliferação de decisões com as especificidades do caso explícitas, de modo que se tornem dados computáveis”, por fim, manifestam que o uso complementar da inteligência humana e da inteligência artificial seria capaz de alcançar unificação, aumentar a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica, permitindo maior individualização, contextualização do caso concreto e empatia (ROQUE; BEL, 2019, p. 401-402).

ocidental que, acerca da política, é preenchido pelas ideias gregas e um pensamento romano acerca da sociedade, de uma visão primeira. No aspecto organizacional há muita influência portuguesa, como ressalta José Murilo de Carvalho (2008, p. 121-123), o que também orientou o modo como foi elaborada a educação jurídica do Brasil. O direito do Brasil possui muito do *civil law* em sua posição jurídica, notadamente uma influência de Portugal, tanto porque os primeiros diplomas legais em vigência no país dependiam da importação do conhecimento jurídico dos colonizadores, como por uma formação de juristas após a independência, que mantiveram o pensamento ligado ao direito romano-germânico para pensar os arquétipos do direito.

Bem na verdade, há também influências do *common law*, não somente se observada a forma de controle de constitucionalidade pela via difusa que se aproxima da sistemática americana, mas também por uma tendência a adotar a dinâmica precedentalista tanto no art. 489, V e VI do Código de Processo Civil, ao dispor que a sentença não pode se limitar a invocar precedente ou súmula sem contextualizar com o caso concreto, e, para deixar de aplicar uma súmula ou precedente, a sentença deve apontar a distinção no caso ou a superação do entendimento⁶⁵. No art. 927 do Código de Processo Civil, fixa-se o cerne da observação dos precedentes, vinculando juízes e tribunais a tal prática na formação de suas decisões. Da mesma forma, as súmulas vinculantes impõem sua observância ao Judiciário e à Administração Pública, a partir de reiterados entendimentos do STF sobre a matéria constitucional veiculada e, no caso dos recursos extraordinários, deve ser demonstrada a transcendência do interesse individual o que indica o direcionamento do mecanismo de controle difuso-concretivo para a proteção da ordem constitucional abstrata (LIMA, 2018, p. 64).

Se há uma predominância do sistema *civil law*, mas também há importantes aportes do *common law* no que se pode chamar de ordenamento normativo brasileiro, qual a tradição jurídica do Brasil? Ou melhor, existe uma tradição jurídica? Essas perguntas são relevantes para a apreensão da decisão judicial, já que ela pode remeter a um contorno de privilegiar o direito legislado ou então pode passar a seguir o direito judiciário, ou realizar uma mescla.

⁶⁵ O inciso V do art. 489 do Código de Processo Civil adota as figuras do *distinguishing* e do *overruling*. Entende-se por *distinguishing* a recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual. Já *Overruling* é medida que acarreta o afastamento de uma regra estabelecida anteriormente. Isso ocorre quando um tribunal resolve de modo diferente um problema jurídico antes solucionável por um precedente estabelecido anteriormente, recorrendo a novos fundamentos que

Para responder a esses questionamentos, seria necessário primeiro traçar o que é uma tradição jurídica. E uma tradição jurídica pode ser entendida como um conjunto de atitudes que, de forma profunda, colocam-se enraizadas e condicionadas historicamente a respeito da lei e da função do direito em uma sociedade, ao passo que o sistema jurídico é um corpo operativo de instituições, procedimentos e normas jurídicas, compreendido como uma parcela dedutível em um âmbito cultural. (MERRYMAN, 1971, p. 13-15).

Como ressalta Karol Araújo Durço (2018, p. 14-15), as tradições jurídicas não são simples conjuntos normativos ou um amontoado de instituições, mas, ao compreender a função do direito na sociedade, são uma expressão mais profunda e, nesse passo, revelam aspectos historicamente sedimentados da natureza da norma, do modo como o direito é criado, desenvolvido, aperfeiçoado e aplicado.

As tradições se apresentam em um aspecto macro, conjugando não somente elementos do direito, mas também os fatores culturais, históricos e políticos da sociedade e que influenciam na formação que podem ou não influenciar na formatação do ordenamento jurídico. Ocorre que o direito é composto numa determinada época e em determinado país, possuindo um certo número de regras, todavia é mais complexo do que isso, pode conter aspectos como o vocabulário e o uso da linguagem para corresponder a determinados conceitos, trazer o uso das técnicas para formular as regras e interpretar as normas, liga-se a uma concepção de ordem social e tudo isso implica o modo de aplicação e na própria função do direito. O estudo do direito não se resume à leitura e apreensão do conteúdo das regras, pois é inevitável que com o passar do tempo sejam modificadas pelo legislador, porém há aspectos que subsistem, que não podem ser modificados por uma vontade arbitrária e que se encontram ligados à toda a civilidade humana e sua capacidade pensante. Isto quer dizer que por mais que o legislador se insurja com a criação de regras, o modo como as regras são ordenadas, o método para fixar o seu sentido e promover sua harmonização são mais influenciados pela linguagem e pela maneira de raciocinar do que pelo legislador (DAVID, 2002, p. 20-21). Da mesma forma, princípios ainda que sejam mais transcendentais que regras em seu sentido axiológico, independentemente de sua disposição escrita ou não, podem ser vislumbrados no âmbito do direito no ponto em que a sociedade a eles adere.

As tradições jurídicas se diferenciam entre si, como já ressaltado no início por diversas características. Dentre as características ou fatores de mais destaque se situam o

conduzem a resultado diverso. Nessa hipótese, é estabelecida uma nova regra jurídica que regerá situações semelhantes ou idêntica (MEDINA, 2017, n.p.)

idioma, a cultura, o costume, a economia e a estrutura político-administrativa do Estado. Como o idioma comporta as condições gramaticais e semânticas, sua incidência é um fator relevante na conformação das tradições jurídicas, levando à afirmação de que idiomas mais diretos, objetivos e de menor complexidade favorecem sistemas jurídicos com as mesmas características, mas isso não é uma constante. A cultura, ao considerar crenças, tradições – sociais e familiares – e a história de um povo ou país também condicionam o sistema normativo, vale dizer que o direito é uma espécie de manifestação cultural, tal qual o direito canônico, o direito muçulmano e o direito hindu, por exemplo. O costume, enquanto fonte do direito, ainda que em sistemas nos quais é tido como exceção, não pode ser considerado, por si como algo contra a lei, por outro lado, em sistemas consuetudinários, são a própria essência de uma tradição. A economia teve, por longa data, suas influências negadas ou relegadas a um segundo plano, mas passou a ser considerada tendo em vista os aspectos sociais e políticos do direito⁶⁶. O sistema jurídico reflete do modelo de Estado, dessa forma, de acordo com a organização do Estado, o ordenamento normativo tende a se enquadrar em uma outra tradição jurídica e tal fator possui um viés tão acentuado que em alguns casos a organização político-administrativa se confunde no sistema normativo (DURÇO, 2018, p. 16-18).

A partir de uma ideia acerca da tradição jurídica, enquanto composta por diversos fatores, podendo ser considerada uma construção plural e de que cada Estado possui uma identidade, objetiva-se trazer os aspectos da *civil law* e da *common law*. Tanto uma quanto a outra são denominadas famílias para que se possa observar que de certa forma, os sistemas de direitos derivam de uma ou de outra – ou ainda, do direito socialista que não será abordado neste trabalho – e isso facilita a compreensão das peculiaridades dos diversos ordenamentos jurídicos em um estudo de direito comparado, como também permite identificar as características essenciais do direito (MERRYMAN, 1971, p. 15; DAVID, 2002, p. 22).

Pois bem, no âmbito da *civil law*, que é a família romano-germânica, a ciência do direito foi formada com base no direito romano, um direito para o qual as regras são concebidas de modo a estabelecer a regulação das condutas que se pautam em preocupações de justiça e de moral. A partir do século XIX, a família romano-germânica recebeu uma grande missão, a lei, e com isso passou a adotar os códigos. Mas também é uma característica

⁶⁶ Nesse sentido Ronald Coase apresenta a problemática relação entre o desenvolvimento de uma atividade econômica e o impacto social dela, contrapondo o interesse individual fundado na obtenção de lucro com o resultado negativo produzido na sociedade (COASE, 1960). E também Richard Posner (2007, p. 59), ao mencionar que “a decisão legal será um precedente que influencia a decisão dos casos futuros. Portanto, o juiz

da *civil law* o fato de que os direitos teriam sido elaborados por razões históricas, para regular as relações entre os cidadãos, reprisando essa cientificidade do direito civil a outros direitos. A família de direito romano-germânica é originada da Europa e se formou graças às universidades europeias que, desde o século XII, fizeram um trabalho baseado nas compilações do imperador Justiniano para ciência jurídica comum a todos e apropriada ao mundo moderno. Em decorrência da colonização, a família do direito romano-germânico alcançou muitos territórios, bem como muitos países receberam voluntariamente as instituições dessa família para buscar modernização ou uma ocidentalização. No entanto, os direitos que se ligam à família romano-germânica fora da Europa devem ser colocados em um grupo distinto, tendo em vista a existência de civilizações autóctones com modos de vida, de socialização e de instituições próprias, que demandaram uma recepção parcial do direito, permanecendo alguns princípios tradicionais, que implicaram uma aplicação diferente desse direito em sua sociedade (DAVID, 2002, p. 23-24).

Visando a uma melhor compreensão das origens e desenvolvimento da tradição que pode ser denominada de *civil law*⁶⁷, três pontos referenciais podem ser destacados: (i) a redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* do direito romano pelos juristas medievais; (ii) a concepção de que o direito deveria ser criado por órgãos legislativos; e (iii) a conjugação desses dois aspectos com a racionalização absoluta do fenômeno jurídico compondo a base da *civil law* (DURÇO, 2018, p. 36).

Cabe ressaltar aquele aspecto da Escola Histórica no sentido de se opor à racionalização iluminista, o que cedeu lugar à codificação. Apenas para não contradizer o que até agora já foi escrito e para que um eventual silêncio eloquente não retire alguma solidez da pesquisa, esclarece-se que na Alemanha a codificação se intensificou após a Jurisprudência dos Conceitos. A recepção do direito romano na Alemanha foi favorecida em razão de sua situação politicamente pulverizada e de uma cultura jurídica espontânea, que era pouco tocada pelas influências da antiguidade, proporcionais a uma crise de assimilação mais duradoura, em grande parte influenciada pelo predomínio espiritual do moderno direito natural nos séculos XVII e XVIII que, a partir da desenvoltura da Escola Histórica em detrimento da filosofia moral do Iluminismo, possibilitou a estruturação de uma ciência jurídica tão

deve considerar o provável impacto de decisões alternativas sobre o comportamento futuro de pessoas que realizam atividades que podem originar o tipo de acidentes que estão vivenciando”.

⁶⁷ Importante ressaltar que René David entendeu que a denominação *civil law* estaria mais sujeita às críticas, razão pela qual preferiu usar “direitos romano-germânicos”, para “homenagear estes esforços comuns,

reforçada em sua postura que reivindicou para si a fundamentação do direito. Com efeito se tornou dominante a ideia de que o direito se esgotaria na suma das teses jurídico-dogmáticas da Jurisprudência dos Conceitos e, após, na suma das prescrições legais. Com a neutralização da ética jurídica e com o formalismo racionalista, acertou-se que a lógica dos conceitos gerais poderia alcançar o direito justo, dessa forma, a própria pandectística (*Pandektenwissenschaft*) se tornou em um instrumento da “sociedade aquisitiva” do Estado de direito burguês. Isso maturou o positivismo legal e viabilizou o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch, B.G.B*) de 1900 (WIEACKER, 1980, p. 11-13).

Como a *civil law* possui sistemas dispersos por todo o mundo e uma técnica de codificação que tende a provocar uma confusão entre direito e lei, tornando difícil a identificação do elemento de unidade que une muitos direitos diversos que acabam aparecendo como direitos nacionais, inteiramente distintos uns dos outros (DAVID, 2002, p. 34), a codificação adquire o status de direito modelo de justiça que poderia ser adotado por todo o globo (WIEACKER, 1980, p.366) e, com isso, “o soberano é competente para afirmar o direito e o reformar no seu conjunto” que de um modo metodológico traz “o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais” (DAVID, 2002, p. 66). E como o direito ensinado nas universidades na época já era fundado em um estudo analítico de leis escritas, especialmente o *Corpus Iuris Civilis*, a codificação com influências do direito romano ganhou mais prestígio, com os códigos representando o ápice da *civil law* (DURÇO, 2018, p. 44-45).

A confiança no código foi uma das razões para o sucesso na formatação de sistemas jurídicos baseados na *civil law*, como instrumentos de sistematização, racionalização e coerência, contribuindo para a centralização do poder e o surgimento dos Estados modernos, com o Legislativo empunhando a função de construir o direito pelas leis e relegando qualquer função criativa ou de inovação por parte dos juízes, em contraponto com o *common law*, como será mais a frente abordado. Assim, “o ato legislativo não estava sujeito a nenhuma autoridade temporal ou espírito superior ao Estado, não estava sujeito sequer à limitação do Estado” e, com isso, “a soberania teria duas faces, a exterior que excluía todo o direito externo e a interior que excluía todo o direito consuetudinário” (MERRYMAN, 1971, p.46).

O conceito moderno de lei representa uma ruptura com o Estado absoluto, como apontado no **item 2.4**, abrindo espaço para o parlamento expressar o conteúdo da vontade

desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos” (DAVID, 2007, p. 24).

geral, ou seja, instaurador de “um corpo legislativo de representantes de um novo ator político chamado povo (que, no contexto da revolução francesa, serão os burgueses)”, porém com esse novo modo político de Estado, um Estado Legislativo, cuja lei é a representação máxima da vontade geral, veio “a herança que todos nós conhecemos: o silogismo interpretativo, a cisão entre fato e direito e a proibição de interpretação dos juízes” (STRECK, 2009, p. 471).

Na tradição romano-germânica, a lei se ostenta como a fonte do direito por excelência, levando os sistemas normativos que adotam essa tradição a percorrer o caminho da consulta à legislação para chegar às soluções de justiça, nesse passo, a jurisprudência ocupa um papel secundário e subsidiário, razão pela qual nunca poderia criar o direito ou vincular situações futuras. A jurisprudência possui, na *civil law*, uma função integrativa, representando o poder de interpretação que os juízes dão às leis escritas, em uma tarefa subsuntiva. Cabe ressaltar que, no âmbito da família romano-germânica, a doutrina tem um importante papel enquanto fonte do direito, até porque se trata de uma tradição jurídica que teve a sua formação a partir do trabalho dos estudos das universidades, dos glosadores, dos eruditos que delimitaram os conceitos, enfim, a doutrina foi responsável por resgatar e corrigir eventuais ambiguidades do direito romano, para apresentá-lo sistematizado, racional e adaptável à sociedade (DURÇO, 2018, p. 50-51).

A *common law*, ao seu turno, enquanto uma família de direito, comporta o sistema de direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês. Possui características bem diferentes daquelas que são encontradas na família de direito romano-germânica, pois ao invés de ser formada pela lei primordialmente, a *common law* foi formada pelos juízes, cujo objetivo era o de resolver os litígios particulares e, dessa forma, ao invés de formular uma regra para o futuro, a regra é pensada para dar solução ao processo. Regras processuais, procedimentais e organizacionais (regras da administração da justiça, da organização do processo, das provas e execução das decisões de justiça) são muito valorizadas, tal qual as regras atinentes ao fundo de direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada e não a de lançar as bases da sociedade. A origem da *common law* está ligada ao poder real, desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada ou quando qualquer outra consideração importante exigia a intervenção do poder real, de modo que as questões só poderiam ser submetidas aos tribunais se comprometesses o interesse da Coroa ou do reino. Em sua formação e desenvolvimento, o direito público resultante do processo e a ciência dos romanistas, fundada em direito civil, desempenharam uma função bem restrita, já que as divisões, conceitos e vocabulários que a *common law* utiliza são inteiramente diferentes daqueles da *civil law* (DAVID, 2001, p. 25).

Nesse sentido, a tradição jurídica da *common law* se desenvolveu de forma mais autônoma e se sujeitando pouco à influência do direito europeu continental (DURÇO, 2018, p. 18). E uma potencial razão para isso é que na Inglaterra o período de rupturas revolucionárias se deu de forma mais suave e gradual, conservaram-se muitas das formas de feudalismo, enquanto seu espírito se transformou, as estruturas da igreja foram diminuindo em forma e conteúdo até sua legislação quase desaparecer, entretanto, ao contrário do que ocorreu no *jus commune* não foram rechaçados em benefício do estatismo, do nacionalismo, do positivismo e da soberania, a força do Estado-nação foi aceita como uma evidência da identidade e da idiosincrasia nacionais (MERRYMAN, 1971, p. 46-47). Dessa forma, aquela primeira ideia da Escola Histórica de contrapor o ideal defendido pela Escola da Exegese que ocorreu na Alemanha não aconteceu na Inglaterra, que considerou a necessidade de um direito comum sem a necessidade de uma codificação.

O sistema normativo inglês, com sua tradição fundada na *common law*, possui momentos históricos não tão claramente definidos, mas, ainda assim, para uma melhor compreensão podem ser elencados, pelo menos, quatro grandes momentos: (i) o período do direito anglo-saxônico, cujo início está associado ao evento histórico da conquista romana do território inglês e tem seu fim apontado com a conquista franca ou normanda, no século XI; (ii) a formação da *common law*, que se deu no contexto da conquista franca até o final da Guerra das Duas Rosas nos meados do século XV; (iii) o conflito entre *common law* e *equity* que se inicia com o final da Guerra das Duas Rosas e se estende ao século XIX com o *Reform Act*; (iv) período moderno do moderno direito inglês vai desde o *Reform Act* até os dias atuais (DURÇO, 2018, p. 18-19). Esta divisão em quatro períodos não é unânime, como afirma Karol Araújo Durço (2018, p. 19), todavia é mais comum e aceita, mas, por exemplo, Ernest Désiré Glasson em “*Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Jucidiaire de L’Anglaterre*”, promoveu essa divisão em seis grandes períodos, a saber: (i) período anglo-saxão; (ii) período da conquista da normanda; (iii) período da fusão dos francos e saxões; (iv) período de Eduardo III a Henrique VIII, (v) período da reforma religiosa; e (vi) período atual.

Valendo-se da divisão em quatro grandes períodos, no primeiro período, denominado de direito anglo-saxônico, que durou até o ano de 1066, quando a Inglaterra foi conquistada pelos normandos, é importante ressaltar que embora a Inglaterra tenha sido dominada pelos romanos por quatro séculos, não foi tão influenciada. A história do direito inglês, segundo historiadores, inicia-se com a cessação do domínio romano, no começo do século V, quando diversas tribos de origem germânica (saxões, anglos e dinamarqueses) partilharam ente si a Inglaterra. A Inglaterra se converteu ao cristianismo em 596, com a missão de Santo

Agostinho de Cantorbéry e, logo após, suas leis passaram a ser redigidas, mas ao contrário de outras leis bárbaras em latim, foram redigidas em língua anglo-saxônica, limitando-se a poucos aspectos das relações sociais, as leis de Aethelbert redigidas no ano de 600 comportavam 90 frases breves. Quatro séculos mais tarde, as leis do rei dinamarquês Canuto já são mais elaboradas e anunciam a transição da era tribal para a era feudal, embora exista uma lei territorial e o país esteja submetido a um único soberano, o direito mantém-se com características locais, não havendo um direito comum a toda Inglaterra (DAVID, 2002, 356-357).

Esse período anglo-saxão representa uma característica importante do direito inglês que é aquela de, embora ter uma lei territorial, serem mantidos os direitos locais, representando assim um processo de manutenção da cultura e do costume do povo em contraponto com a lei, pode se dizer que o direito não foi absorvido pela lei em sua íntegra, tal qual ocorre no positivismo, ainda que seja cedo para fazer uma comparação dessas.

Na Inglaterra, desenvolveu-se um sistema jurídico diferente, no período anglo-saxão, coexistiam normas de origem germânica e normas de direito romano e canônico oriundas da cristianização, introduzidas com a intenção de permanecer em vigor até os dias de hoje para regular as matérias matrimonial e sucessória (LOSANO, 2007, 323-324).

Como antes da conquista do território inglês pelos normandos, a Inglaterra era composta por várias tribos de origem germânica, era natural que cada tribo possuísse costumes, organização social e linguagem distintas, o que inviabilizaria dizer a respeito de um sistema jurídico comum. O segundo período tem como ocorrência de destaque a tomada do território inglês pelos normandos e daí em diante, Guilherme, o Conquistador, pretendeu reinar como sucessor do rei Eduardo, e, embora tenha conquistado o território inglês, não se mostrou tirano, a partir de um juramento de manter a leis e costumes anglo-saxões⁶⁸, respeitando os direitos feudais que concedeu aos seus aliados locais, bem como respeitava a igreja enquanto entidade de poder e de religiosidade (DURÇO, 2018, p. 20).

Visando à formação de um reino, o qual pudesse efetivamente ser controlado, Guilherme iniciou um processo de unificação dos costumes, já que o território possuía organização fragmentada em ducados, condados, senhorios e vilas que não viabilizavam o exercício do soberano. Diante disso, Guilherme foi aos poucos assumindo o poder de

⁶⁸Ao proclamar e manter o direito anglo-saxão em vigor, essa postura de Guilherme se mostrou tão importante que até os dias de hoje juristas e juízes ingleses, quando as circunstâncias assim exigem, invocam uma outra lei dessa época (DAVID, 2007, p. 357).

resolução dos conflitos que era dos senhores feudais e estabelecendo uma jurisdição vinculada ao Rei (DURÇO, 2018, p. 20-21). Com isso, a conquista normanda se mostra como um acontecimento histórico de grande relevância para o direito inglês, pois trouxe para a Inglaterra “um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece; o feudalismo instala-se na Inglaterra” (DAVID, 2007, p. 357-358). E a unidade política da Inglaterra, realizada por Guilherme, teve como consequência a direta unificação do direito, chamado então de direito comum, porque veio substituir os direitos particulares anteriormente em vigor, tornando-se o *common law* – enquanto direito não propriamente enquanto tradição – um subproduto do triunfo administrativo do rei (LOSANO, p. 324).

Uma característica da *common law* enquanto uma tradição jurídica é que a conquista dos normandos não suplantou os costumes, culturas e hábitos dos povos tribais que ocupavam o território inglês, ao revés disso, tudo se fundiu em um direito comum. Isso quer dizer que não houve um direito dado ou criado para a Inglaterra, mas seu direito foi construído a partir da multiplicidade dos povos e das influências jurídicas romanas e canônicas, embora o tenha sido feito pelos Tribunais Reais de Justiça. Dessa forma, não há como desviar da reconstrução histórica para compreender a tradição jurídica da *common law*, até porque, ao contrário do que ocorreu na tradição jurídica da *civil law*, com a necessidade de negação do direito comum foi natural a abertura a novos sistemas codificados, enquanto na Inglaterra se considerou necessidade de um direito comum e por isso não havia razão para uma codificação (MERRYMAN, 1971, p. 47).

Não houve a abolição do antigo, mas houve seu reconhecimento e, numa espécie de estratégia político-administrativa, a *common law* se dedicou a estabelecer um direito mais homogêneo no território inglês. Esse direito comum não surgiu de modo instantâneo, veio de um processo mais ou menos gradual, porque no início da conquista normanda a Assembleia dos homens livres (*County Courts* ou *Hundred Courts*) aplicava o direito local e, pouco a pouco, foram substituídas por jurisdições senhoriais (*Courts Baron*, *Court Leet*, *Memorial Courts*) que ainda aplicavam o direito costumeiro local, concomitantemente, a jurisdição eclesiástica aplicava o direito canônico comum a toda a cristandade (DAVID, 2002, p. 359).

É possível afirmar que a *common law* se consolidou a partir do governo do rei Guilherme, houve um processo de mudança na cultura esparsa pelo território inglês, que se aproximou mais da Normandia e se afastou da Escandinávia, como o território era bastante fragmentado em sua concepção política, o rei fazia muitas viagens para ter contato com os responsáveis pelos condados e *hundreds*, que possuíam jurisdição para resolver os conflitos e

receber receitas. Como somente os problemas denominados de “alta justiça” eram levados ao rei, para solucionar os casos foi criada a *curia regis*, uma espécie de corte composta por servidores e grandes do reino que auxiliavam o rei nas grandes causas, portanto não era uma jurisdição vulgar (DAVID, 2002, p. 359). A *curia regis* se tornou o centro da vida administrativa e jurídica do novo reino e ao seu redor passou a gravitar uma classe profissional forense muito homogênea, da qual saíam juízes que com suas sentenças criaram o direito *common law*, consuetudinário, sobretudo, não do ponto de vista popular, mas do comportamento dos juízes (LOSANO, 2007, p. 325).

O funcionamento da *curia regis* é bastante informativo quanto à tradição da *common law*, isso porque não só se trata da instituição que criava o direito comum, mas também por ter considerável papel na formação dos juristas. Nesse sentido, a partir do século XIV, a *curia regis* tinha ao seu redor quatro organizações de juristas as *Inns of Court* (*Inner Temple*, *Middle Temple*, *Gray's Inn* e *Lincoln's Inn*), que com particularidades sociológicas promoviam – à época e até hoje – o bacharel em direito na profissão forense como *barrister* que é o profissional que atua junto ao tribunal, caminho diverso, é a atuação extrajudicial feita pelo *solicitor*. Dessa forma, para se tornar *barrister*, após concluir a *Law School*, a pessoa precisa se inscrever numa das *Inns of Court* e frequentar seu *Inn*, participando de jantares, debates, processos fictícios, enfim, a colegialidade do aprendizado continua na profissão e a comunidade forense se torna mais homogênea porque não há divisão entre a carreira de juiz e de advogado, uma vez que os juízes da *High Court* são escolhidos dentre advogados das *Inns* (LOSANO, 2007, p. 325-327). Na tradição jurídica da *common law* inglesa, o juiz é um herói da cultura, pois a tradição jurídica foi criada originalmente, cresceu e se desenvolveu nas mãos dos juízes, mediante a doutrina do *stare decisis* – que seria, linhas rasas, em decidir casos semelhantes de maneira semelhante –, o juiz é uma pessoa muito importante (MERRYMAN, 1971, p. 66-67).

Também é na *curia regis*, no século XVII, que se desenvolve o parlamento e diversas comissões com poderes jurisdicionais que deixam de acompanhar o rei e fixam-se em Westminster. Os Tribunais Reais não estavam aptos, ao menos aos olhos dos senhores e dos seus súditos, a atuar em todos os assuntos, consequência disso, a sua competência era dividida, originariamente, em três: Tribunal de Apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*), mas logo essa divisão cessa e os Tribunais de Westminster passam a conhecer todas as causas que possam ser submetidas às jurisdições reais, permanecendo a demais nas *County* ou *Hundred Courts* e nas jurisdições municipais e comerciais. A expansão da jurisdição dos Tribunais Reais era uma

necessidade, tanto para o rei firmar sua soberania, como pelos lucros que a administração da justiça proporcionava. Embora houvesse resistência por parte dos particulares – que entendiam a atuação dos tribunais como uma espécie de atentado aos direitos, notadamente porque a justiça que não interessava ao reino era aplicada pelos particulares e – os Tribunais Reais possuíam meios efetivos de assegurar o comparecimento das testemunhas e força para executar suas decisões, no entanto, só o rei e a Igreja podiam obrigar os súditos a prestar juramento. Com isso, os Tribunais reais modernizaram seus procedimentos e passaram a submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto as jurisdições senhoriais mantinham um sistema obsoleto de provas, mais baseado na argumentação das partes. Sendo assim, no final da Idade Média, os Tribunais Reais foram os únicos a administrar a justiça e jurisdições municipais e comerciais apreciavam questões de mínima importância e as jurisdições eclesiásticas tratava de litígios relativos ao sacramento do casamento ou à disciplina do clero (DAVID, 2002, p. 360-361).

Como acontecimento de relevância para a visualização da *common law*, foi citado o conflito entre *common law* e *equity*. Após o século XII, a aplicação do direito foi uniformizada na Inglaterra, mediante o trabalho dos juízes itinerantes. O procedimento consistia em obter uma ordem do rei (*writ*), para conseguir que o réu fosse intimado para comparecer em juízo para contrapor a razão do autor. Os *writs* tinham que ter uma espécie de pertinência com o pedido, como uma espécie de ação típica do direito romano, porém sem a formalidade expressa, de modo que o rei tinha liberdade para configurá-los como quisesse, o que desencadeou a promulgação das *Provisions of Oxford* (1258) para restringir os tipos de *writs*. Essa medida causou uma estagnação no desenvolvimento da *common law*, até se tornar insustentável, ocasião em que, diante do enrijecimento da *common law*, o rei Eduardo I em 1285 proclamou o *Statute of Westminster II*, que admitia a concessão de novos *writs* apenas para satisfazer pretensões análogas àquelas das *Provisions of Oxford*. Com o fortalecimento do governo, acrescentaram-se ao núcleo originário dos direitos comuns – que era constituído pelo direito penal e pelo direito de propriedade – os contratos e a responsabilidade extracontratual (LOSANO, 2007, p. 329-330).

Da evolução histórica da *common law* que até hoje tem influências na tradição jurídica, é possível perceber que os juristas ingleses concentram seu interesse no processo, fixando numerosas categorias e numerosos conceitos do direito inglês que levaram à rejeição da distinção entre direito público e direito privado, criando obstáculos à recepção das categorias e dos conceitos do direito romano na Inglaterra (DAVID, 2002, p. 364). Esse interesse primordialmente pelo processo levou a *common law* a conceber o direito com uma

função de solucionar os conflitos, dessa forma, os *writs* foram se aprimorando e se enrijecendo para a composição de um sistema jurídico preocupado em estabelecer mecanismos de solução dos litígios, relegando a justiça a um segundo plano. Com o estabelecimento das categorias e dos conceitos próprios, mesmo após a abolição das formas de ação, permaneceram os aspectos materiais que eram debatidos nos processos, o que criou uma peculiaridade da *common law* para conceber os delitos, as responsabilidades, os contratos e os comportamentos. Na figura dos *writs* acaba por haver toda uma publicização do processo inglês, diferentemente do direito romano-germânico que difere o direito público do direito privado de acordo com o interesse preponderante – por exemplo, se é uma matéria que afeta a coletividade, se há a participação do Estado para direito público ou se a questão é referente uma propriedade particular, uma cláusula contratual, para direito privado. No processo inglês, os *writs* significam a ordem do rei para que o réu aja de acordo com o direito.

A partir do enrijecimento da *common law* e da jurisdição exercida somente pelos Tribunais de Westminster, a situação se tornou complicada porque o formalismo não permitia a apreciação de determinados casos ou porque o resultado não se tornava adequado, gerando insatisfação ou inconformismo para a parte prejudicada, a qual apelava ao rei para lhe tranquilizar a consciência ou realizar uma obra de caridade (DAVID, 2002, p. 371). Nesse contexto, a *equity* surgiu e assim foi denominada, porque a decisão régia, posteriormente delegada ao Lorde Chanceler, tendia a decidir os casos com base em normas mais morais do que jurídicas (LOSANO, 2007, p. 330). Em contraponto à *common law*, a *equity* se firmou como uma jurisdição mais flexível, permitindo a introdução de novos direitos (*trusts, injunctions, specific performances*), mas, de forma negativa para o sistema jurídico, acabou ampliando demais os poderes do Lorde Chanceler, o qual decidia com base em critérios morais, não por normas jurídicas (LOSANO, 2007, p. 331). A partir do século XVI, o Chanceler não era uma espécie de secretário e capelão do rei, vindo se tornar uma figura mais autônoma, e quase sempre um jurista, examinando as queixas como um verdadeiro juiz, mas seguindo procedimentos inspirados no direito canônico e aplicando princípios do direito romano e do direito canônico, com processos escritos, secretos e inquisitórios, que quase colapsaram a *common law* (DAVID, 2002, 372-373).

Em 1616, *common law* e *equity* firmaram um compromisso, mas foi muito difícil a conciliação, pois os tribunais da *common law* se aliançaram com o parlamento contra o absolutismo real, mas do outro lado, a jurisdição do Chanceler era morosa e venal, o que impediu uma revolução na Inglaterra transformando sua tradição em *civil law*. As jurisdições *common law* e *equity*, após um conflito de extrema violência entraram em um acordo tácito.

Com o passar do tempo e a especialização, a *equity* passou a ser aplicada exclusivamente pelo Tribunal de Chancelaria, e o direito inglês se tornou dualista, mas o processo de juridicização por que a *equity* passou foi tão intenso ao ponto de ela quase se tornar tão estrita quanto as regras da *common law*. Atualmente, para os tribunais ingleses, “a *equity* parece-lhes um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o direito inglês, e que constituem hoje uma peça integrante deste”. Graças a esta postura, a segurança das relações jurídicas e a supremacia do direito foram preservadas pelos juízes (DAVID, 2002, p. 373-376). Apesar de ser uma divergência ao longo de séculos, houve a conciliação dos dois ordenamentos com a sua fusão regulamentada pelo *Judicature Act* de 1873, que “limitou-se a sancionar o resultado de uma longa evolução histórica, estabelecendo que *common law* e *equity* deveriam ser administrados pelos mesmos tribunais, que deveriam dar precedência à *equity* em caso de conflito entre os dois sistemas normativos” (LOSANO, 2007, p. 331)

Por fim, o período moderno do direito inglês, cujo início, pode-se dizer, foi a partir de reformas processuais ocorridas em 1832, 1833 e 1852 e com a modificação da organização judiciária em 1873, que formou as estruturas praticamente permanentes até os dias atuais. Nos séculos XIX e XX, a transformação na história do direito inglês se deu em boa parte em razão do triunfo das ideias democráticas e sob a influência de Bentham (DAVID, 2002, p. 377). Ao contrário do que aconteceu na França com a codificação, na Inglaterra foi realizada uma compilação de direito material com a ab-rogação das leis em desuso e a organização (*consolidation*) que tirou soluções arcaicas do ordenamento e buscou a sistematização das regras, a obra dos tribunais é mantida e o legislador apenas oferece novas possibilidades e orientações, ao invés de criar um direito novo (DAVID, 2002, p. 378). De forma bastante peculiar, a *common law* se afirma com um ordenamento jurídico de um Estado que refutou a Revolução Francesa e mesmo ignorando a divisão de poderes, o ordenamento previu que o vértice judiciário coincida com o parlamento, assim, os *Law Lords of Appeal in Ordinary* tornam-se membros não hereditários da Câmara Alta, o *Lord Chancellor* exerce a presidência da Câmara Alta e da Corte e nomeia juízes, acumulando funções políticas, administrativas e judiciárias, a administração da justiça se dá de uma forma mais fluente e a fusão entre judiciário e parlamento permite um direito feito pelos juízes (LOSANO, 2007, p. 332-333).

Mario Losano (2007, p. 333) afirma que as fontes do direito britânico, em ordem crescente, são o costume, a lei e os precedentes judiciários. Da mesma forma, René David (2002, p. 415) se posiciona trazendo que o direito inglês é jurisprudencial, trazendo a jurisprudência como a principal fonte, depois a lei (*statute*), o costume (*custom*) com um papel muito secundário, a doutrina e a razão. E David (2007, p. 441-442) explica que a

common law não é um direito consuetudinário, até porque, a partir do momento que começou a ser criada e praticada, teve como efeito o desaparecimento do direito consuetudinário que foi substituído pelo direito comum, o atual funcionamento da regra do precedente ignora a noção de jurisprudência constante (*standige Rechtsprechung*), o precedente é constituído por um único acórdão, dado por uma jurisdição de determinada categoria.

Assim, não se pode confundir a formação do direito pela jurisprudência com a existência de decisões vinculantes, uma vez que a regra do precedente obrigatório é bem mais recente na *common law*, datando de meados do século XIX. Na contemporaneidade a lei desempenha um papel importante ao lado da jurisprudência, embora esta última seja amplamente mais utilizada dada à forma como os juristas interpretam o sistema, advindo daí o peso da tradição e do formato de raciocínio que presa os fatos concretos, o casuísmo e a prática. Na *common law*, não existem ramos tal qual na *civil law*, a distinção é entre *common law* e *equity*. Os conceitos de poder familiar, usufruto, dolo, força maior, por exemplo, não se encontram na *common law* e, da mesma forma, não há correspondente na *civil law* para conceitos como *trust*, *trespass*, *bailment* ou *consideration* (DURÇO, 2018, p. 34).

Tecidas estas considerações a respeito de cada uma das tradições, de forma ampla, é possível observar que há grandes contrastes entre a *civil law* e a *common law*. Se a pesquisa se aprofundar neste tema para abranger ordenamentos jurídicos específicos de uma ou outra tradição jurídica, a multiplicidade de características e peculiaridades é ainda maior, pois além dos fatores que compõem o sistema jurídico em si, entram aspectos culturais, sociais, de estruturação do ensino jurídico, da colonização e da própria função do direito de cada Estado, que, além de condensar aspectos da tradição jurídica, imbricam suas características próprias.

Voltando às lentes para o Brasil, é de notar que o direito se pauta em uma sistematização legal, de modo a observar hierarquias para a formação das leis e uma complexa composição positivada, com a distribuição de legislação de caráter nacional, federal, estadual e municipal. O ordenamento normativo é composto de textos constitucionais, legais, atos normativos do executivo, resoluções e até mesmo regimentos internos para alguns procedimentos. Há também a separação do direito por ramos, a organização da justiça conforme a matéria e conforme a pessoa do litigante – distinção entre justiça do trabalho e justiça comum, justiça federal para julgar causas que envolvem entes federados, entre outros exemplos.

A formação jurídica tende a optar pelo conhecimento e pesquisa das diversas legislações, formando a consciência dos futuros profissionais que atuarão na área jurídica a partir da noção de que os textos legais são a base do ordenamento, de modo que a solução

para os problemas parte, *a priori*, do próprio sistema jurídico. Basta lembrar que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) estabelece o caminho que o juiz deverá adotar quando se depara com um problema cuja solução não está esclarecida na lei, assim o artigo 4º preceitua que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Daí dizer que a lei é uma fonte primária do direito brasileiro. O responsável por transportar o direito para o ordenamento é o Legislativo, predominantemente, pela elaboração das leis e das emendas constitucionais.

Muitos conceitos do direito romano-germânico estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, tais como poder familiar, usucapião e tradição, formas processuais como a *querela nulitatis* entre outras ações. No entanto, existem também conceitos processuais da *common law* tais como o devido processo legal, *judicial review*, o mandado de segurança que tem grande particularidade com os *writs*.

Figura que não se coaduna com o *civil law* é a súmula vinculante, como já mencionado, levando o Brasil a um caminho híbrido para a formação de seu sistema jurídico. Pesa sobre essa situação a posição que o julgador deve adotar para a formação de suas decisões, já que, ao se vincular à tradição da *civil law*, precisa ficar adstrito à lei, mas se adotar uma postura da *common law* observando as jurisprudências e a casuística, deve prezar pela solução do caso. O problema se agrava ao pensar na força que Constituição exerce sobre juiz, que também deve se atentar ao aspecto de realizar a justiça com sua decisão.

Ocorre no Brasil outro grave problema, a saber, por vezes, há a importação de institutos ou elementos das tradições jurídicas sem a atenção para seu papel dentro do sistema jurídico no qual foi concebida ou ainda como se deu sua recepção na sociedade da qual foi importada.

As tradições jurídicas se assemelham por utilizarem textos de lei, doutrina e decisões judiciais como artefatos do direito. A divergência é notada na forma de operar com esses elementos e a primazia que lhes é atribuída, possuindo modelos próprios que dão moldura aos seus institutos legais.

Ao se importar elemento de determinada tradição para outra, ocorre a modificação e adaptação pelo ordenamento em que é inserido. A importação não acontece de forma pura. Essa interiorização de técnicas, modelos e definições alienígenas no espaço de outro ordenamento é denominada de *recepção jurídica* ou *circulação de normativos*. A tradição do Brasil é notoriamente particular, apresentando sinais característicos das tradições da Europa e dos Estados Unidos, o que se afigura uma tradição híbrida. (VASCONCELOS, 2018, p. 65)

Quando Lenio Streck opôs críticas às formas de trazer as coisas jurídicas para o Brasil, denunciou também a carência da qual padece a Constituição, uma vez que se firmou

como um novo modelo normativo que necessitaria de novas abordagens para alcançar sua plenitude:

Uma Constituição nova exige novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade). A pergunta que se coloca(va) era: de que modo pode(ría)mos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica esta(va) assentada em um modelo liberal-individualista (que sempre operou com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não há(avia) uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços de teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das posturas. Com efeito, houve um efetivo “incentivo” doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy, com o agravante de que esta – embora as críticas que seu criador, Alexy, faz à primeira (a *Wertungsjurisprudenz*) – acaba ingressando em solo brasileiro como um (simplório) “derivativo” daquela. (STRECK, 2011, p. 8)

A situação do sistema jurídico do Brasil, com suas peculiaridades e suas tradições importadas, precisa de um especial cuidado, pois há uma grande diferença entre as sociedades em melhor situação de desenvolvimento e aquelas que possuem ainda muitas discrepâncias entre as pessoas. Em um quadro de homogeneidade, diversas teorias e instituições jurídicas funcionam com mais eficiência, pois as pessoas se encontram em uma condição de igualdade, no sentido de acesso à riqueza, bens de consumo e qualidade de vida, razão pela qual o nível do debate muitas vezes não é para forçar a realização de um mínimo de direito fundamental, mas se desenvolve em aspectos de interesses individuais ou quando muito o Estado tem condições de arcar com o custo da implementação do bem jurídico pleiteado.

3.4 Conclusão do segundo capítulo

O desafio de tratar das normas, regras e princípios é relativamente grande, pois existe uma expressiva diversidade na literatura jurídica a respeito do tema. No entanto, a situação das normas, regras e princípios não pode passar despercebida quando se tem em consideração um estudo sobre as decisões judiciais, pois tais elementos acabam formando a base com a qual a atividade jurisdicional trabalha.

Da mesma forma, não podem ser deixadas de lado as questões sociais, culturais e políticas as quais se tentou trabalhar de forma transversal no início do capítulo, para atentar ao fato de que o julgador não pode abstrair por completo os aspectos exojurídicos e se

enclausurar no ordenamento normativo puro. A tarefa do juiz não se torna em nada fácil, pois, além de tratar dos conflitos individuais dos demandantes e sociais, dado que a decisão tem efeitos na comunidade em que é prolatada, ainda tem que solucionar questões de ordem técnico-jurídica como os defeitos que a legislação pode apresentar na ocasião em será aplicada.

Em que pese serem institutos jurídicos diferentes, tanto para a ciência jurídica em aspecto de uma taxonomia – apropriando-se aqui de um termo das ciências naturais – os objetos de estudo, norma, regra e princípio acabam sendo confundidos na ocasião de sua aplicação e até na formatação de enunciados. Por exemplo, o que ocorre com o art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, quando estabelece os elementos da sentença, é de se notar que o §2º trata de uma situação clássica de choque de princípios, sendo adotada, genericamente, a teoria da ponderação. No entanto, o legislador formulou a seguinte proposição: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”⁶⁹, notadamente tratando a norma como um princípio, o que abriria espaço para o juiz realizar um exercício discricionário de aplicação ou não da regra, uma vez que também dela é possível de se interpretar a norma. Decorrente disso é que a certeza e a validade das regras acabam cedendo lugar ao arbítrio, ao ponto de o julgador selecionar a regra que prefere, desconsiderando o enunciado, atraindo para a área da ponderação uma questão, *a priori*, resolvida no âmbito das antinomias aparentes.

A diferenciação entre princípio e política, realizada por Ronald Dworkin, tem uma especial atenção quando, por exemplo, evidencia-se o modo como é manejado o princípio da reserva do possível no Brasil. As decisões que compreendem a colisão entre direitos fundamentais de prestação positiva e a despesa pública precisam de uma delicada e pormenorizada análise. Em países que se inserem no contexto da modernidade tardia, quase sempre se parte da insuficiência dos recursos públicos para fazer frente a todas as necessidades das pessoas, isso se dá pela complexa e plural situação em que se encontram, haja vista que os abismos entre as classes sociais são inviáveis de se solucionar a curto prazo e por meio de uma atuação do Judiciário.

⁶⁹ Ao que tudo indica, tal expressão ("colisão entre normas") foi utilizada equivocadamente. Ao que parece, o legislador está a tratar da colisão de princípios de matriz alexyana. Essa é, pelo menos, uma forma de tornar o dispositivo legal compreensível (DUARTE, 2017, p. 282).

Em contraponto, a mera alegação de um inevitável desequilíbrio econômico-financeiro do Estado não pode ser alegada sem a devida justificativa para negar a eficácia de um direito fundamental social. No mesmo sentido, a decisão judicial que enfrenta o entrave que permite a aplicação da reserva do possível precisa revestir-se de um matiz social e de sensibilidade para impor uma obrigação ao Estado sem prejudicar a outras políticas públicas que igualmente contemplam direitos fundamentais e, por isso, de forma abstrata, gozam de igual importância.

Daí surgem os limites aos juízes que não podem tudo, embora possam muito com suas decisões que determinam a realização de políticas públicas as quais devem ser factíveis e razoáveis ao ponto de serem realizáveis pelo destinatário – geralmente o Executivo – para que não se anulem pelos seus próprios termos (CAMBI, 2018, p. 638). Ainda que os juízes tenham uma grande responsabilidade social e tenham a missão de combater a desigualdade, isso deve ocorrer no campo da justiça e não da política.

Assim, não há a eliminação do princípio, mas pelo sopesamento, reconhece-se no caso concreto que um princípio tem maior grau de incidência do que outro pela sua notável aptidão de dar maior eficácia ao direito fundamental, consideradas as peculiaridades que ensejaram a colisão.

Em que pese seja inevitável a discricionariedade epistêmica, tem-se que, mesmo nos casos de penumbra fática e jurídica, não pode ser dada a ampla e irrestrita discricionariedade ao julgador e ao legislador, sem antes passar pelos critérios de limite e alcance dos direitos fundamentais determinados pela vontade popular, encontrando no povo a garantia de não regresso ao infinito das possibilidades fornecidas pela discricionariedade. É de se impor a força normativa da democracia, como determinante no processo de interpretação que orienta as decisões políticas.

O debate entre Dworkin e Alexy parece inconciliável, mas isso em um plano raso de análise, pois, se considerada a densidade de suas teorias, é possível notar que possuem convergência no sentido de estabelecer a melhor fundamentação para a solução do caso concreto, nesse mesmo sentido Zagrebelsky se posiciona ao ter na busca de otimização a forma de proceder no caso de embate de princípios.

A escola clássica fundada no paradigma objetivista, deixa o legado da dualidade no qual “fatos e valores correspondem exatamente à separação entre objetos e sujeitos; assim como existe uma enorme distinção entre sujeito e objeto, há igualmente um fosso que separa fatos e valores” (FONSECA, 2009, p. 150). Restando claro que as leis seriam absolutas a partir da construção de um método pautado nas ciências naturais para estudar as sociedades,

erigindo leis naturais e retirando o valor do objeto de estudo como uma forma de purificação da ciência jurídica.

O conhecimento nessa escola clássica permanece vinculado ao princípio da causalidade, a fim de dominar e compreender regularidades do direito como as da natureza, assim como no teorema da invariância da física clássica, no qual os resultados experimentais serão produzidos independentemente do lugar e do tempo em que se realizam as condições iniciais (VERBICARO, 2017, p. 37).

Mas o direito não é regular e não contém “um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios” (DOWRKIN, 2002, p. 119). Assim como a massa e a energia distorcem o espaço e o tempo e, por isso, seu fenômeno não pode ser descrito pela geometria euclidiana, mas tão somente pela consideração espaço-tempo incorporando o tempo nas coordenadas geométricas para entender que um mesmo objeto pode ser visto de formas diferentes, a depender da referência dos observadores pela teoria da relatividade espacial (EINSTEIN, 1999, p. 73), o direito também pode ser visto em diferentes perspectivas e pode ter efeitos diferentes quando da aplicação ao caso concreto. O tempo e o espaço do direito não são o mesmo da sociedade, da cultura, das pessoas, mas em dados momentos se inter cruzam, decorrendo desacordos ou soluções que são percebidas de formas aleatórias pelas pessoas, pois “nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido” (SANTOS, 2008, p. 37-38).

A influência da Escola Exegética é notada, por exemplo, no art. 111 do Código Tributário Nacional, ao trazer em sua redação que “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre (i) suspensão ou exclusão do crédito tributário; (ii) outorga de isenção; e (iii) dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”. Em princípio parece que não há impacto dessa disposição na vida das pessoas, até porque a matéria tributária se rege por postulados da legalidade, da anterioridade e os tributos gozam de um tratamento privilegiado na legislação porque compõem a fonte de recursos do Estado. Porém, quando se dá o cotejo do texto que demanda a interpretação literal com o art. 6º, XIV da Lei nº 7.713/88 é que os problemas surgem, pois a lei concede isenção a portadores de doenças graves que recebam proventos⁷⁰. O embate é acerca do princípio da isonomia tributária (art.

⁷⁰ Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...) XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante),

150, II da Constituição Federal), vedação à interpretação extensiva pelo art. 111 do Código Tributário Nacional e a taxatividade do art. 6º da Lei nº 7.713/88. A questão foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1116620/BA, tema repetitivo, e a *ratio decidendi* expressa pelo Tribunal Cidadão é a de que “a concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal” e que “revela-se interdita a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei (...)” (Resp. 1116620/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/08/2010, DJe 25/08/2010). Com lastro na decisão do STJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao apreciar o Recurso Inominado 0004127-26.2015.8.16.0004, entendeu que “em que pese a recorrida ser portadora de moléstia prevista no dispositivo supracitado, verifica-se que a mesma não é aposentada ou inativa, motivo pelo qual não possui direito à isenção pretendida” (TJPR - 3ª Turma Recursal - 0004127-26.2015.8.16.0004 - Curitiba - Rel.: Doutor Daniel Tempski Ferreira da Costa - J. 16.05.2017).

Com a Escola Histórica não foi diferente, embora o resultado seja socialmente mais adequado. Sua influência ainda é vista nos dias de hoje, em especial pelo método de interpretação do qual o Judiciário se utiliza, predominando aquele conjunto de cinco elementos (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico). E isso pode ser visto no acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Resp. 1543465/RS, cuja celeuma girava em torno do Decreto nº 5.943/2006 e da Resolução 1.692 da ANTT, que teriam por objeto a regulamentação do art. 40, I da Lei nº 10.471/2003, atos estes questionados pelo Ministério Público Federal via Ação Civil Pública. Pela decisão do STJ restou decidido que o ato administrativo extrapolou o poder regulamentar e fez verdadeira inovação legislativa ao dispor sobre como se daria o exercício do direito da pessoa idosa ao transporte público. E o Tribunal Cidadão entendeu que além de ser matéria regida pela Lei nº 10.471/2003, o direito à gratuidade de transporte que a pessoa idosa possui é também uma garantia constitucional prevista nos arts. 229 e 230 da Constituição. Interessa trazer o caminho que foi adotado para chegar à decisão, conforme o trecho:

contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDOSO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. VAGAS GRATUITAS. ISENÇÃO TARIFÁRIA. DECRETO REGULAMENTAR EIVADO DE ILEGALIDADE. INDEVIDA INOVAÇÃO NO PLANO LEGISLATIVO. EXCESSO NA REGULAMENTAÇÃO.

(...)

11. Além disso, a gratuidade prevista no art. 40, I da Lei 10.741/2003, está inserida no Capítulo X, atinente ao transporte, e encontra-se fincada no título referente aos direitos fundamentais, devendo ser objeto de interpretação teleológica e sistemática.

(...)

14. Portanto, considerando os fins sociais a que se dirige a norma, o dever de amparo ao idoso, a necessidade de assegurar sua participação na comunidade, seu bem-estar e dignidade, bem como a inviolabilidade da integridade psíquica e moral (art. 10, § 2o. da Lei 10.741/2003), a gratuidade do transporte interestadual prevista no art. 40, I do Estatuto do Idoso, resulta na dispensa de pagamento das tarifas de pedágio e de utilização dos terminais.

15. Com efeito, o Decreto, a pretexto de regulamentar o disposto do art. 40 do Estatuto do Idoso, exorbita o poder regulamentar, apontando ressalvas/condicionantes não previstas na legislação.

(...)

(Resp. 1543465/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

Ainda que a Escola Histórica tenha contribuído para a melhora na interpretação, se comparada com a Escola da Exegese, ainda é problemática pois, ao se vislumbrar o direito como um acontecimento histórico, acaba-se por dogmatizar a história, pelas suas próprias opções de método, ao sistematizar, acaba fulminando o elemento histórico e na falta de motivos melhores para justificar uma ou outra interpretação, utilizam-se falas como “espírito comunitário do povo”, assim como, atualmente, os julgadores podem manejar conceitos indeterminados como boa-fé, moralidade, costumes, para justificar suas interpretações (TOVAR, 2018, p. 70-71). E isso fica claro no julgamento do Resp. 1543465/RS, porque o STJ não se preocupou com a historicidade, apenas manejou o método da Escola Histórica porque estava diante de um direito abarcado na Constituição e o fundamento da decisão se pautou na ADI 3768/DF, portanto uma pré-compreensão, ainda que o efeito tenha sido positivo do ponto de vista da efetivação do direito à gratuidade do transporte da pessoa idosa, qualquer outra decisão poderia ser esperada do ponto de vista da forma de aplicação do método.

Sobretudo, a teoria da Jurisprudência dos Conceitos teve uma recepção no Brasil se analisada pelo seu prisma a figura das súmulas vinculantes, visto que tentam abordar os casos futuros a partir de conceitos, porém, ao lugar dos eruditos quem se situa é o Supremo Tribunal Federal, invertendo a ideia primária de ter juízes submissos a conceitos o que se tem é decisões judiciais criando conceitos (STÜRMER, 2017, p. 67-68; STRECK, 2017, p. 104-107).

O Brasil se encontra em uma posição intermediária, não alinhado sua tradição jurídica nem ao *civil law* nem ao *common law*, colocando o juiz em uma difícil posição para a formatação de sua decisão de modo coerente. O sistema jurídico é importante, porque pode ser visto como um instrumento de realização do direito e do trabalho do julgador, mas não é o único. O peso da formação dos profissionais que atuarão no direito se distribui por todas as camadas da sociedade, desde a elaboração das leis até na aplicação delas. Mas é no final, na ponta do processo em que se situa a sentença que o peso da educação jurídica se intensifica, sendo determinante para o bom funcionamento ou para o desastre da decisão judicial.

Na realidade, não faltam exemplos de decisões judiciais que se pautam ainda no esquema de interpretação da exegese, aplicando a “letra da lei” ao caso concreto sem um mínimo senso de observação de que o juiz tem na sua atividade uma dupla função: solucionar o problema aplicando a jurisdição e garantir o cumprimento da Constituição. Por isso a sentença precisa ser vista como a última chance – às vezes a única – que pode ser dada para a efetivação dos direitos fundamentais. De outro lado, as aproximações com a *common law* no intuito de uma atividade criativa no exercício da jurisdição vem permeada por um compromisso ético e democrático de ver nas decisões judiciais o mecanismo de integração das fissuras do direito posto pela lei e que precisa de aprimoramento para alcançar êxito na resolução dos casos concretos com uma necessária realização dos fundamentos constitucionais. É de se ressaltar que a função do direito no Brasil, ao que demonstra a Constituição, é mais do que a solução dos problemas pela forma processual, consistindo em colocar o Estado em uma posição de promover a justiça e a justiça social, de certo modo, corrigindo as distorções sociais.

É por isso que a partir de modelos clássicos, percebe-se que a recepção das teorias acaba se tornando em instrumento de perpetuação do estado atual da sociedade sem a preocupação com os fundamentos da Constituição. Conforme será abordado a seguir, a partir da ideia de que as decisões judiciais precisam ser coerentes e adequadas sob pena de hostilizar a democracia e fundar um sistema jurídico que não respeita a integridade do direito. Será abordado o problema de se colocar na discricionariedade judicial o vetor de efetividade para o sistema, privilegiando juízos de subjetividade acerca da escolha entre aplicar a lei ou preencher o conteúdo dos princípios de acordo com a própria consciência.

4 INCIDÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO: RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS E ATIVISMO JUDICIAL

Esta é a última parte do texto, realiza-se aqui a abordagem acerca da decisão judicial de maneira mais aproximada com a Constituição e com a jurisdição constitucional, para tanto, parte-se do princípio da supremacia da Constituição pelo qual se podem inferir as respostas constitucionalmente adequadas e também o lugar do ativismo judicial.

Pelo princípio da supremacia da Constituição, é reconhecida a sua posição de superioridade e de destaque no ordenamento normativo. Isso importa em ter Constituição como complexo normativo de prevalência hierárquica e axiológica, ampliando o mecanismo de controle de constitucionalidade e de garantia dos direitos fundamentais. Ainda que seja uma pauta legítima do neoconstitucionalismo, a defesa da posição da Constituição não pode redundar em um formalismo ou apenas em uma afirmação de uma hierarquia e irradiação de suas disposições e valores sobre o ordenamento normativo. É um ponto que vai além disso, a Constituição é um texto vivo que interage com as pessoas. Nesse sentido:

A Constituição que define um Estado não seria necessariamente a Constituição escrita, mas sim, a Constituição real, ou seja, as práticas executadas no plano fático dentro de um determinado país. A Constituição seria a descrição da realidade presente, colocando-a à disposição de qualquer poder que tivesse a maioria na sociedade ou melhor, que tivesse o poder de fato na sociedade, a possibilidade de criar uma nova Constituição, pois ela não tinha nenhuma pretensão de conduzir o futuro e apenas, refletir o presente. (LIMA, 2017, p. 82)

Assim, o ordenamento normativo, em suas mais variadas espécies de leis, resoluções, decretos, portarias e instruções normativas, passa pelo crivo da constitucionalidade formal e material para que encontre validade. Importa dizer que não se trata de observar prazos, ritos, iniciativas e limites de competência, mas esse quesito de validade também se desdobra na análise do conteúdo veiculado pelo ato legislativo ou normativo.

As leis e demais espécies normativas são filtradas pela Constituição, tanto em aspecto material, quanto formal e conteudístico, submetendo-se não somente ao texto escrito da Constituição, mas também aos seus princípios e valores. Isso não é apenas um primado kelseniano, mas é resultado de levar os direitos a sério, especialmente porque é na Constituição que se concentram os direitos fundamentais. Dado a isso, é necessário render atenção especial a esse núcleo essencial de direitos que compõem uma parcela que não pode ser desvincilhada da pessoa humana, ou como afirma Ingo Wolfgang Sarlet: “levamos a

sério os direitos fundamentais, significa, portanto, estarmos cientes de sua posição e significado na arquitetura constitucional” (SARLET, 2015, p. 477).

A partir do instante em que se considera a importância dos direitos fundamentais dentro do ordenamento normativo e da Constituição como o principal diploma que trata dessa matéria, a incidência da Constituição nas relações jurídicas, políticas e sociais se dá pelo impacto do seu conteúdo, não apenas pela forma. Com isso, a Constituição não é importante somente por ser um documento político que traz diretrizes de organização estatal e da vocação do Estado para estabelecer suas relações com a sociedade e com os indivíduos, mas é importante porque carrega consigo os direitos fundamentais. Isto é, a Constituição é importante pelo conteúdo que veicula e vincula, não por ser Constituição⁷¹.

No âmbito das decisões emanadas do Judiciário, são retomados alguns pontos já trabalhados no **item 2.5**, a saber, a judicialização da política e do ativismo judicial, agora encaminhando o texto para a conclusão. Parte-se da ideia de Sarlet, pela qual a jurisdição constitucional define para si e para os demais órgãos o conteúdo e o sentido “correto” dos direitos fundamentais, e, sendo assim, os juízes e tribunais se tornam obrigados, mediante a atividade jurisdicional, a aplicar, interpretar e integrar as normas e a realidade, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico (SARLET, 2015, p. 390).

Importante consignar que essa atividade de dizer o direito não pode se operar a qualquer modo, sem que haja alguma limitação quanto aos elementos dos quais a corte pode e deve utilizar. Nem tudo pode ser argumentado, assim como nem tudo pode ser utilizado para a

⁷¹ Sobre isso, os estudos da Teoria Constitucional, ao apresentar as espécies de Constituição, é bastante elucidativo. Por exemplo, a Constituição sociológica de Lassale, que deve traduzir a soma dos fatores reais de poder que rege determinada nação, sob pena de se tornar apenas um escrito sem valor e efetividade, não correspondendo a uma Constituição real; a Constituição política de Schmitt, decorrente da decisão política fundamental e que contempla a estrutura do Estado e dos poderes, contemplando também um catálogo de direitos fundamentais, normas que não tratem dessas proposições não serão Constituição, mas apenas leis constitucionais; a Constituição jurídica de Kelsen, firmada a partir da norma fundamental pura (pressuposta), que traz fundamento transcendental à sua própria existência em sentido lógico-jurídico, sendo considerada no sistema normativo aquela de maior grau de validade ou importância e, por isso, deve ser observada quando da criação das demais normas em sentido jurídico-positivo; a Constituição aberta de Häberle, na qual todos em qualquer espaço, têm a oportunidade interpretar a Constituição, não somente juristas e juízes no âmbito dos processos; a Constituição cultural de Ains, também defendida por Meirelles Teixeira, que representa um fato cultural, abordando relações e direitos fundamentais pertinentes à cultura da sociedade; a Constituição plural de Zagrebelsky, que é dotada de princípios universais capazes de fornecer as respostas adequadas ao tempo e espaço que se situa; a Constituição simbólica de Marcelo Neves, que não passa de um grande aglomerado de direitos e de valores que se forjam apenas formais e sem qualquer efetividade prática, figura parecida à Constituição semântica apresentada por Loewestein, já que esta última existe apenas para justificar o exercício de poder sem qualquer aspecto democrático. Importante ressaltar que esses sentidos de Constituição ou espécies não são uma lista fechada, podem existir um sem número de classificações de acordo com a concepção do jurista, ou como enxerga a Constituição em sua fenomenologia.

busca por uma concretização da norma por meio da interpretação. A criatividade do julgador precisa de severos limites e de balizas para o seu desenvolvimento, tanto é assim que grande parcela dos problemas do direito – e porque não dizer da interpretação judicial – quase sempre é tratada com superficialidade pelos estudos detidos somente na ciência jurídica, como se fosse possível separar a norma do fato de maneira pragmática. Isso cria uma espécie de vácuo na qual se podem operar teorias e ideologias das mais variadas concepções, tornando o direito um instrumento da vontade do detentor do poder.

Ainda que a dissertação utilize o referencial de Jeremy Waldron que é mais afeto ao desenvolvimento de uma teoria da autoridade, ou seja, sobre quem detém ou deve deter a última palavra, o texto aqui é dirigido para uma teoria da decisão judicial, como mencionado no **item 1**, para a apresentação da proposta. Mesmo possuindo peculiaridades distintas quanto ao objeto de estudo, há alguma sinergia entre a teoria da autoridade e a teoria da decisão, pois existem ocasiões em que o juiz se utiliza da sua autoridade para pôr fim em discussões judiciais, o que é frequente, por exemplo no Supremo Tribunal Federal, quando a corte decide porque está com a palavra final, não considerando tanto a força e a validade dos argumentos explicitados nos votos.

De qualquer modo, a teoria da decisão judicial pode ainda enfrentar aspectos normativos no sentido de “o que interpretar e como interpretar para decidir” e também aspectos teleológicos ou sociais de “para quê e para quem interpretar e decidir”. No âmbito da jurisdição constitucional as decisões se dão, em regra, com a leitura da norma em abstrato, sem um caso específico, pelo que o controle de constitucionalidade é um processo sem partes, no qual se discute a validade e a eficácia da norma questionada. Todavia, o processo de decisão em controle de constitucionalidade surte efeitos na sociedade e isso não pode ser desprezado pelos julgadores. Não só nesse recorte do controle de constitucionalidade, mas no exercício da jurisdição constitucional, os juízes se deparam com o problema dos efeitos da decisão, precisam se orientar pelos valores da Constituição e pelos precedentes que já enfrentaram situações parecidas, a fim de buscar uma coerência no exercício da função judicante.

A complexidade da Constituição se apresenta na relação entre os aspectos semânticos e pragmáticos, de maneira peculiar na ambiguidade e na vagueza da linguagem constitucional que proporcionam perspectivas diferentes e contraditórias de normas diante dos textos normativos, ao mesmo tempo que as contradições de interesses e opiniões entre expectantes e agentes constitucionais fortificam a multiplicidade da significação do texto constitucional. Por isso, as questões constitucionais somente se reduziram ao aspecto sintático se fosse possível

uma unidade de interesse e concepção de mundo, o que é inviável em uma sociedade que é cheia de conflitos (NEVES, 1994, p. 79-80).

Norma e realidade partilham o mesmo tempo e espaço quando são colocadas à prova no evento subsuntivo e também na ocorrência dos fatos da vida. A problemática de se ter uma norma que é produzida em momento anterior para regular situações futuras causa desajustes e deixa espaços sem previsão específica e que precisam ser preenchidos mediante a atuação do julgador para buscar solucionar o problema e pacificar a questão que está sob sua análise.

Nesse passo, a teoria estruturante do direito, desenvolvida por Müller, pode ajudar a compreensão de que o normativo e o real precisam ser visualizados no conjunto e não como uma dualidade intransponível:

Uma decisão jurídica não pode ser simplesmente deduzida da lei, nem pode ser derivada diretamente de princípios jurídicos universais ou, então, de princípios de direito natural. Assim como a decisão jurídica não resulta somente da lei ou do direito natural, também a situação concreta não traz em si, de modo desvinculado do princípio e da norma, a decisão correta no sentido de um existencialismo jurídico. (MÜLLER, 2008, p. 121)

A proposição de Müller, de que a norma jurídica não alcança sua inteireza sem a incidência do fato para que seja evidenciada, funciona como pano de fundo desta dissertação, porque parte-se da ideia de que uma teoria da decisão judicial que pretenda enfrentar com seriedade os problemas da jurisdição não pode se ater somente aos aspectos normativos sem levar em conta a realidade.

A seguir, por meio da força normativa da Constituição, é trazido o pensamento de Konrad Hesse pela sua interpretação hermenêutico-concretizadora e da interpretação aberta de Peter Häberle como vetores de questionamento da criatividade judicial. Depois, o texto se volta para as decisões líquidas⁷² e o dever de proteger a Constituição, que é, ao final, dar efetividade aos direitos fundamentais optando pela interpretação que melhor alcance seus resultados afirmativos no caso concreto. Por fim, são lançados considerandos acerca dos limites e pressupostos da decisão judicial, em que a judicialização da política, a politização da

⁷² Aqui em clara referência ao conceito de líquido de Bauman, no sentido de que as decisões judiciais não têm uma forma específica e na multiplicidade de argumentos que podem ser objeto de seu fundamento, acabam se tornando dotadas de incertezas. Conforme Bauman: “a passagem da fase ‘sólida’ da modernidade para a ‘líquida’ - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam (BAUMAN, 2007, p. 7).

justiça e o ativismo judicial retornam à pauta para encaminhar o trabalho para a sua conclusão.

4.1 Força da Constituição e a interpretação aberta

Quando Konrad Hesse (1991, p. 9-32) rebateu a tese de Ferdinand Lassale, para quem a Constituição destituída de sua nuance sociológica – Constituição jurídica somente – seria apenas uma folha de papel, a tese de Hesse firmou-se em apontar a força normativa da Constituição. Com isso, sem negar os fatores reais de poder (*Realpolitik*), a Constituição jurídica ostenta sua força normativa procurando construir o futuro com base na natureza singular do presente sem ignorar os aspectos culturais, sociais, políticos e econômicos, vinculado o Estado, o intérprete e as pessoas a determinados objetivos. Esses objetivos são alcançados por uma *práxis* vinculada pela força da constituição que transforma seus “programas” (*realizierbare Voraussetzungen*) em realidade mediante a interpretação construtiva. Dessa forma, a interpretação é uma atividade norteadada pela vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), ou seja, a força normativa impõe a transição da Constituição jurídica para a Constituição real sem perder estabilidade e a atualidade de suas disposições.

O que Hesse buscou com a força normativa da Constituição foi a incidência de um elemento concretizador da potência constitucional na sociedade como uma tarefa imposta a todos os partícipes da sociedade. Dessa forma, a interpretação constitucional passa a conjugar diversos elementos, para que a sua realização no plano do todo não seja mera promessa jurídica que fica cindida do aspecto político. O fato de conceber a Constituição como um documento político – porque expressa a vontade popular e busca a dominação dos fatores de poder – não implica negá-la como um documento jurídico dotado de existência, validade, eficácia e que sujeita as pessoas aos seus termos. Por isso, a Constituição é também um documento de efetividade.

A partir do constitucionalismo de efetividade é reconhecida a necessidade de se efetivar os direitos constitucionalmente garantidos, com destaque aos direitos fundamentais. Com isso, mesmo que a norma tenha somente em evidência seu plano existencial, a sua eficácia jurídica e social sua efetividade precisa ser minimamente reconhecida (VELOSO, 2018, p. 76). Considerando que a Constituição carrega em seu bojo os direitos fundamentais, é possível construir o pensamento de que se trata de um documento jurídico e político e

dotado de eficácia em todos os seus vértices, rechaçando-se a ideia de um diploma meramente demonstrativo e formal⁷³.

Nesse sentido, acresce-se ao percurso da análise da norma constitucional o plano da eficácia social, o qual não se submeteria ao dualismo legal-ilegal, mas ao aspecto de lograr o êxito da sua finalidade dentro do ordenamento normativo. Dito de outra forma, se o objetivo da norma constitucional é garantir a fruição de determinado direito, o fato de não existirem mecanismos para viabilizar isso não se constitui em um impeditivo da eficácia da norma, visto que a Constituição formalmente impõe que o êxito social seja logrado. Nesse sentido:

Excluir a eficácia jurídica das normas constitucionais é invalidar os pressupostos adotados no ordenamento jurídico brasileiro. Se a lei é vigente, válida e eficaz, ela é imperativa, e por isso, deve produzir eficácia social. Não é coerente com a lógica jurídica a defesa de que a lei não produz efeitos jurídicos, salvo se inconstitucional. Até para dizer que uma lei não é válida, há produção de efeitos jurídicos. O risco de déficit democrático também não é argumento para o escamoteamento da imperatividade dos direitos fundamentais positivados. (VELOSO, 2018, p. 79)

Longe de promover a defesa do ativismo judicial – aliás será vista tal figura em perspectiva com a judicialização da política mais à frente – é preciso considerar que o controle judicial possui um viés democrático ao permitir que o Judiciário atue como coadjuvante do povo, ainda que temeroso quando atua pautado em subjetivismos. Por isso, o julgador precisa encontrar a eficácia social da norma, elemento este que é capaz de afrouxar as amarras da interpretação estritamente legal para que possa ser encontrada a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente aqueles de caráter social e que exigem uma atuação positiva do Estado.

A partir desse raciocínio, o ativismo judicial figura em uma reserva de atuação que somente autoriza o Judiciário a obrigar aos demais poderes em ocasiões de flagrante ameaça ou violação dos direitos fundamentais sociais decorrentes de omissões, isso porque “a coerência e a integridade do ordenamento devem ser mantidas na aplicação da lei pela ótica da efetividade social” (VELOSO, 2018, p. 80).

⁷³ A Constituição não nasce simbólica se observado tão somente o seu texto, mas vai se tornando formal na medida em que os agentes do Estado e a sociedade vão lhe retirando a eficácia ou não agindo para que suas disposições alcancem eficácia. Com efeito, isso não implica em contradizer constituições semânticas que são impostas pelo governo autoritário. Como afirma Marcelo Neves, há um sentido negativo na constitucionalização simbólica, que traz à evidência o texto constitucional em que não se corresponde normatividade concreta e nem normatividade materialmente determinada, implicando em uma não decorrência generalizada – porque considera agentes de Estado e sociedade, portanto, criação e interpretação da norma – da norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, concomitantemente, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada (NEVES, 1994, p. 84).

O Poder Judiciário, quando atua em sua função jurisdicional, efetivamente solucionando o caso concreto, ainda que de maneira quase imperceptível, faz uma opção política, no sentido de dar ou não eficácia ao direito fundamental em questão, vale lembrar que Konrad Hesse (1991, p. 9) já afirmava que “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas”, porque a Constituição expressa relações de poder. Por óbvio que há casos em que esta opção política é mais evidente e em outros, nem tanto, da mesma forma, há situações em que a opção política do juiz tem mais impactos e, em outras, menos impacto.

Casos difíceis (*hard cases*) demandam uma maior reflexão política dos julgadores, especialmente porque as normas puras não podem cobrir a totalidade de necessidades da sociedade, a título de exemplo, o RE 956475 traz uma situação em que se tinha um grave problema de efetivação de um direito fundamental, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser cabível a intervenção na política pública – ativismo judicial – para garantir a fruição do direito:

Diante da obrigação que a Constituição impõe ao Estado, mais precisamente aos municípios, em garantir o acesso ao ensino gratuito, qualificado como direito subjetivo, entendeu o STF que o fornecimento de vaga em creche não se submete ao regime de lista de espera, pois “o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado (...) sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário. (RE 956475, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/05/2016, publicado em 17/05/2016)

No caso, o STF entendeu pela precedência do direito fundamental de acesso à escola pública em face das condições do Ente Público em fazer frente ao custo do direito. Importante consignar que a decisão que se assenta no RE 956475, ao garantir o direito fundamental individual da criança em ter acesso à educação infantil, ocorreu de forma *erga omnes* para as demais crianças que se encontravam na lista de espera – lista esta que sequer deveria existir – por uma vaga na creche, entendendo o grau de dificuldade da implementação das condições do referido direito, bem como a posição do município:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá

razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (...). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (RE 956475, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/05/2016, publicado em 17/05/2016)

É de se notar que o Supremo Tribunal adota uma posição moderada, tentando, pela reserva do possível, fazer uma conjugação da norma de direito fundamental de acesso à educação com o que o ente público pode realmente realizar. Essa forma de decidir se apresenta um tanto quanto genérica, pois, de acordo com o contexto em que é colocada, pode servir tanto para garantir quanto para negar o acesso ao direito fundamental, pode, inclusive, avançar sobre outros direitos, tais como saúde, moradia, entre outros, o que é lapidar para a colocar o Estado em desvantagem, caso este tenha atuado mediante uma conduta governamental contrária aos direitos fundamentais.

No entanto, percebe-se que há uma enorme vagueza na concepção de incapacidade econômica, conduta governamental e de gradualidade da concretização dos direitos. Nesse passo é que os atos discricionários do governo também estão sujeitos ao controle judicial, a fim de aferir se a escolha do administrador se deu nos limites do que o ordenamento normativo permite. O RE 956475, ainda que em um trecho genérico, que pode ser aplicado a qualquer caso, acaba por trazer um importante dado de que os direitos fundamentais vinculam a atuação do Estado por qualquer que seja sua nuance de atividade – executiva, legislativa ou jurisdicional –, corroborando na reflexão de Sarlet para quem “de qualquer modo, por menor que seja a eficácia vinculante, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 389).

Em tais situações, além da aplicação da lei ao caso concreto, os juízes fazem uma verdadeira opção política e, às vezes, estas opções implicam relativizar um direito diante de outro de mais importância em determinado momento. Sobretudo, a partir de uma necessária leitura da Constituição para além dos seus termos, leitura esta imposta pela complexa sociedade contemporânea, as soluções e o preenchimento dos conceitos jurídicos abstratos demandam uma série de técnicas para alcançar efetividade:

As diversas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete. Como a solução não está pré-pronta na norma, a decisão judicial não se sustentará mais na fórmula tradicional da separação dos Poderes em que o juiz se limita a aplicar, ao litígio em exame, a solução que já se encontrava inscrita na norma, elaborada pelo constituinte ou pelo legislador. Como este juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação de sua decisão passará pela argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional que construiu, surge aqui um conceito interessante de auditório. A legitimidade da decisão vai depender de a capacidade do intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa. (BARROSO, 2018, p. 253)

Embora pareça um simples jogo de argumentações, no qual ganha quem apresenta melhor o seu ponto de vista, a interpretação se mostra mais complexa⁷⁴. O fato de a lei não conseguir abranger todas as possibilidades que podem surgir da realidade, pois se tratam, em sua grande maioria, de proposições para o futuro a partir do que aconteceu no passado, não é uma ressalva para que se submeta o caso concreto a uma disputa argumentativa sem critérios, Ainda que nos tribunais a decisão seja fruto de votos individuais e o método utilizado para definir a solução adequada seja o da maioria, os juízos singulares não ficam distantes de uma solução fundamentada na escolha do intérprete. Outrossim, como Luís Roberto Barroso comenta, pela atuação do juiz no campo da argumentação, surge um conceito interessante de auditório, o que pode levar a uma situação um tanto quanto perigosa. Afinal, o juiz julga para alcançar a solução do caso concreto, para aproximar as pessoas da justiça ou para agradar uma plateia? Essa é uma pergunta que não pode ficar sem resposta.

Como foi visto no **item 3.3**, a *common law* tem uma afeição maior à solução do caso concreto e a *civil law* seria mais afeiçãoada à busca pela justiça, enquanto podem ser considerados os objetivos da jurisdição. Todavia esse conceito de auditório que Barroso menciona precisa ser melhor esmiuçado, porque o autor não o desenvolveu no texto analisado, mas sim nas notas de rodapé que usou para explicar sua posição: (i) o auditório como o

⁷⁴ Não figura problemático que o juiz busque a melhor solução ao caso concreto, mas a tendência a o perfeccionismo da decisão propicia um avançar cada vez maior sobre as competências do Legislativo e do Executivo. Nesse ponto cabe a figura do juiz perfeccionista que Cass Sunstein apresenta como julgadores que “acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento [Constituição] o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível” (SUNSTEIN, 2005, p. 32 – tradução livre). José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum comentam que “para Sunstein, os magistrados perfeccionistas pretendem fazer da Constituição “o melhor que ela pode ser”, por meio da interpretação de seus vagos termos. Envolvem-se em discussões políticas, morais e filosóficas profundas, teorizando sobre esses assuntos, transformando-os em direito. Comumente, criam novos direitos, dão-lhes significados abrangentes e praticam um modelo de interpretação constitucional ambicioso. A sua ideia é tentar resolver as grandes controvérsias sociais, posicionando-se sobre o devir histórico” (MORAIS; BRUM, 2016, p. 122-123).

conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação⁷⁵; e (ii) a convicção do auditório de que aquela decisão do Tribunal é a solução correta e justa⁷⁶ (BARROSO, 2018, p. 253). Essa situação na qual o juiz ou a corte precisam influenciar e convencer o auditório ainda é delicada, pois se de um lado o intérprete não se importa com isso, pode se tornar autoritário ao desconsiderar totalmente o resultado real da sua decisão e não encontrar adesão social alguma; de outro lado, se o intérprete se coloca como refém desse auditório, a atividade jurisdicional pode passar a uma técnica de convencimento ou de buscar a argumentação que mais agrade ao público, levando a interpretação ao patamar de um valeduto. A situação se agrava ainda mais, tendo em vista que esse auditório pode induzir a interpretação dos tribunais e da corte constitucional, ponto em que o intérprete precisa conhecer sintomas da sociedade, para que não caia em armadilhas que, com uma capa de democracia, acabam fazendo prevalecer a vontade de grupos hegemônicos de poder. E, em outro texto, Luís Roberto Barroso fez essa ponderação:

A sintonia com a opinião pública envolve diversas nuances. Por vezes, grupos de pressão bem situados são capazes de induzir ou falsear a real vontade popular. Em razão disso, a opinião pública manipulada ou não, sofre variações, por vezes abruptas, em curto espaço de tempo. Será preciso, assim, distinguir, com as dificuldades previsíveis, entre clamor público, paixões do momento e opinião sedimentada. (BARROSO, 2012, p. 407-408)

Cabe, todavia, verificar que a decisão judicial, principalmente da corte constitucional, passa por um movimento pendular. Isto é, o auditório é mais facilmente conquistado pela argumentação jurídica quando a posição sustentada vem ao encontro dos interesses da maioria, já quando a corte precisa assumir um papel contramajoritário, a situação é bem diferente. Uma das mais relevantes situações está consubstanciada na Medida Cautelar da ADPF 347/DF, cujo extenso julgado aponta a dificuldade na conjugação da opinião pública, da justiça e da função contramajoritária da corte, ao estabelecer o “estado de coisas inconstitucional”⁷⁷ do sistema penitenciário brasileiro⁷⁸. Diante da defesa das pautas da

⁷⁵ Barroso obtém esse conceito a partir de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, na obra *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996, p. 22.

⁷⁶ A partir de Mark C. Miller (*The view of the courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*, 2009, p. 7), Barroso aponta que os tribunais em geral e as cortes constitucionais precisam ser capazes de convencer os atores políticos, nos outros Poderes e na sociedade, do acerto de seus pronunciamentos.

⁷⁷⁷ O estado de coisas inconstitucional é importado pelo STF da jurisprudência colombiana que Marco Antônio Medeiros da Costa traz em seu trabalho a partir de três premissas para que tal situação possa ser reconhecida: “(i) o descumprimento generalizado de direitos fundamentais, ou seja, a constatação de um quadro de violação massiva desses direitos, afetando um número considerável e indeterminado de pessoas (a mácula, portanto, deve ser grave contínua e sistêmica); (ii) inépcia ou inabilidade reiterada e contumaz das autoridades públicas para

minoria, a corte assume seu papel contramajoritário para não permitir que a maioria a elimine do processo democrático. Indiscutivelmente, a questão carcerária no Brasil merece atenção e discussão, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer o estado de coisas inconstitucional, teria, realmente, atuado em sua postura contramajoritária para defender os direitos da minoria encarcerada? Há dois caminhos para apontar a resposta.

Primeiramente, Marco Antônio Medeiros da Costa adota uma argumentação favorável à utilização do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro:

Resta evidente, portanto, que o Supremo Tribunal Federal tem plena noção dos efeitos que pretende impingir com a incorporação do instrumento “estado de coisas

solucionar a aludida situação (incluindo-se, neste ponto, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias – denotando falha estrutural no Estado que contribui à deterioração dos problemas em tela); e o fato de (iii) a resolução das violações demandar uma postura ativa, não de apenas uma, mas de um conjunto de autoridades, ou seja, os remédios necessários para enfrentar as inconstitucionalidades sistêmicas necessariamente decorre da adoção de soluções estruturais” (COSTA, 2016, p. 157),

⁷⁸ O trecho do voto do Min. Marco Aurélio demonstra a legitimação do STF para dizer a respeito do estado de coisas inconstitucional: “em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindicuem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. Questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas e áreas do Direito não conseguem. A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento. Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis. Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas se tem vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional. É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções a casos moralmente controvertidos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública. Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos. Não se quer dizer com isso que o Tribunal não deva atenção à opinião pública. Mesmo o Judiciário não pode prescindir da confiança popular acerca da legitimidade das decisões que produz. Juízes e Tribunais não podem permitir que o público perca a fé na instituição “Judiciário” e no sistema de justiça penal. A credibilidade moral da justiça criminal é relevante como fator de respeito difuso às leis e às instituições e de prevenção a iniciativas de “justiça com as próprias mãos” (ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, public 19-02-2016).

inconstitucional”, indicando que deve nortear não apenas a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também a postura dos magistrados no território brasileiro quanto a questões criminais que podem vir a contribuir para este estado de coisas.

Considerando que o Tribunal atua de maneira fundamentada e por meio de seu colegiado (para decidir sobre qualquer tema relevante) não há porque temer a utilização de instrumentos que servirão para uma aproximação dos Poderes em torno de assuntos que se apresentam de indispensável urgência. Novamente, a utilização da experiência estrangeira serve como aparato hábil no desenvolvimento de uma relação dialógica entre as cortes brasileiras. (COSTA, 2016, p. 166-167)

De forma diferente, Breno Baía Magalhães se posiciona de maneira crítica com relação ao estado de coisas inconstitucional, porque sua aplicação, no caso brasileiro, ficaria restrita ao sistema carcerário. Como se fosse uma tarefa ingrata tratar acerca dos direitos das pessoas presas, estas têm seus destinos abandonados pelo Estado e aguardam por um golpe de misericórdia que pode vir da corte ou de uma política de exterminação dada à vontade política que se alimenta da opinião popular.

Para Breno Baía Magalhães, o Supremo Tribunal Federal fundamentou a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil a partir de dois requisitos não elencados em sua formulação original: (i) sub-representação política e (ii) impopularidade social e temática. Isso foi feito para afastar a aplicação do instituto de forma descontrolada em um país cheio de problemas estruturais que seriam facilmente capturados pelos seus requisitos explícitos⁷⁹. A Corte promoveu uma espécie de escamoteamento desses requisitos para dar a impressão da aplicação da doutrina, desenvolvendo-a de forma incoerente e de difícil reprodução, por isso é se considera uma doutrina de um caso só. Para o STF, a aplicação do ECI precisa de uma violação sistemática de direitos fundamentais que decorra de omissão conjunta dos três poderes, decorrente de bloqueios políticos, reduzindo potencialmente o alcance do instituto pela adaptação, já que outras pautas como saúde, educação, segurança pública, economia, redução das desigualdades regionais, racismo, fome, falta de moradia, entre outros, são temas que não apresentam os requisitos criados, para que a suprema corte possa romper os limites formais de atuação e declarar o ECI. Por tal razão, à luz da dogmática constitucional é difícil estudar a recepção do ECI pela Corte, a decisão do STF na ADPF 347 seria inconsistente na caracterização dos pressupostos para justificar a declaração de um ECI no país, com as cautelares deferidas inócuas, injustificada demora no julgamento do mérito, respostas

⁷⁹ Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Amazonas, ao julgar o Agravo Regimental Criminal nº 0003697-80.2019.8.04.0000, cogitou a hipótese de Estado de Coisas Inconstitucional do orçamento da Defensoria Pública do Amazonas, ao enfrentar a argumentação na qual o Ministério Público é Estado Acusador, *custos iuris* e *custos*

tacanhas dos poderes, que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil, colocando a capacidade de uma corte suprema mudar um estado fático de coisas por meio do direito em dúvida (MAGALHÃES, 2019, p. 30-31).

Em suas palavras, Breno Baía Magalhães aponta:

O aparente ceticismo das conclusões não pretende defender a manutenção do status quo da população carcerária no Brasil, contudo, chegou a hora de abandonarmos alguns traços de nossa teoria constitucional, para que possamos desenvolver doutrinas mais arrojadas e mais efetivas para a proteção dos direitos fundamentais.

O empréstimo constitucional irrefletido estimula a utilização de doutrinas ou teses gestadas em outros países, mas impede o desenvolvimento de seus contornos dogmáticos, no sentido de justificá-la e reproduzi-la. O otimismo metodológico, que, em verdade, esconde o viés de confirmação da tese defendida, e é incapaz de fornecer informações capazes de descrever ou explicar o direito constitucional brasileiro precisa terminar.

A incorporação jurisprudencial de teorias pouco desenvolvidas ou equivocadas (diálogos institucionais, capacidades institucionais, função pedagógica das cortes, litígio de interesse público etc.) demonstram uma preocupante confusão entre o papel da ciência do direito e sua prática, especialmente quando o STF “adota” uma “teoria” criada para explicar uma realidade constitucional estrangeira para justificar decisões que parecem extrapolar suas competências constitucionais, além de não fornecer indícios para a formulação de uma dogmática capaz de compreender o instituto incorporado. (MAGALHÃES, 2019, p. 31-32)

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 possibilita leituras de diversos ângulos, tanto como ter a doutrina do estado de coisas inconstitucional como algo positivo ou como algo negativo. No ponto em que se encontra esta dissertação, resta considerar que a posição de Magalhães fez uma análise mais crítica e um tanto quanto desconfiada na forma com que o STF apreendeu e empreendeu a sua teoria do estado de coisas inconstitucional e, defender a atuação da corte, tal qual ocorreu na ADPF 347 é no mínimo endossar um poder que o Judiciário não tem. Diferentemente do que será discutido mais à frente sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, a corte incorreu em uma politização da justiça. Isso quer dizer que ao invés de manejar a atividade jurisdicional para solucionar um problema concreto ou para dar uma interpretação adequada ao direito fundamental em tela, simplesmente fez uma consideração de que os presídios brasileiros se encontram no estado de coisas inconstitucional e que isso seria decorrente de falhas dos legisladores, dos administradores e dos juízes. O Supremo Tribunal Federal pode até ter tomado para si a missão de defender os direitos fundamentais dos encarcerados que estavam – e ainda estão – desprovidos de políticas públicas afirmativas, mas não fez isso sem justificar o seu quase

democratiae, enquanto a Defensoria Pública é Estado Defensor, *custos vulnerabilis* e *amicus democratiae*, por isso devem possuir condições de igualdade para o desempenho de suas missões constitucionais.

certo desprestígio diante da opinião popular. Nessa distribuição das culpas, a corte constitucional reafirmou a sua supremacia, como fica bem evidente no voto do Min. Luiz Fux:

Agora, aqui há um *plus*. A jurisdição constitucional, além de exercer a sua exclusiva função e a sua obrigação, vai poder proferir uma decisão de caráter geral e de cunho pedagógico, vai impor ao juiz, porque eles vão ler este acórdão, eles vão tomar conhecimento que o Supremo Tribunal Federal reconhece que há um estado de coisas inconstitucional, porque eles não motivam as suas decisões, não aplicam a lei das medidas cautelares e com isso abarrotam os presídios. De sorte que, no meu modo de ver, esta decisão servirá como exemplo para toda a magistratura, suprimindo inclusive a necessidade de se fazer encontros para explicar aos colegas, que são dedicados, mas que neste particular as coisas não estão andando bem.

(...)

O Supremo Tribunal Federal, nessa onda que aduz ativista - só que nós não agimos *ex officio*, somos provocados e isso aqui é um exemplo disso -, tem ido muito além do que já foi. O Supremo Tribunal Federal agora ocupa um papel de destaque até mesmo na garantia da governabilidade sob vários aspectos, porque, em várias ocasiões, essas políticas públicas não são enfrentadas. E enfrentá-las politicamente pode gerar um preço social muito grande para aqueles a quem compete decidir sobre essas matérias. Então, empurra-se para o Poder Judiciário - cujos juízes não são eleitos, são indicados, mas são concursados, e o próprio Poder Judiciário de primeiro grau -, porque ali evidentemente não há compromisso com um eleitorado e ele resolve as questões. É o que tem acontecido hoje com o Supremo Tribunal Federal. Esse ativismo, essa suposta judicialização de questões que, segundo alguns, não nos dizem respeito, nos diz respeito na medida em que a Constituição Federal nos obriga a prover tão logo provocado. (ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, public 19-02-2016).

Cabe dizer que, quando o art. 102 da Constituição trouxe ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de guardá-la, assim concebeu tal competência para promover a sua proteção diante dos desmandos e autoritarismos decorrentes da ditadura que a precedeu. Nesse sentido, quando o texto constitucional foi elaborado, a previsão do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição foi num contexto, cuja “preocupação principal era proteger a Constituição de possíveis aviltamentos aos compromissos fundamentais ali exarados tendo em vista a trágica experiência da ditadura experimentada pelo Brasil”, razão pela qual o Judiciário e o STF foram concebidos como “garantidores da abertura política, da democracia” e não como um órgão que “encerra(ria) o debate democrático” (GODOY, 2017, p. 87).

É certo que as decisões judiciais influenciam o funcionamento da economia, das decisões legislativas e administrativas e também a sociedade no que alcança seus aspectos comportamentais e organizacionais. Isso pode ser visto como uma potencialização da função interpretativa e de solução dos problemas judicializados ou simplesmente como um

monopólio de poder⁸⁰. No entanto, no aspecto da politização da justiça, “não se pode confundir o juiz ‘progressista’ com aquele que decide conforme a vontade do povo” (CAMBI, 2018, p. 273). O Supremo Tribunal assume uma faceta contramajoritária quando estão em jogo os direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, protegendo a minoria de um esmagamento pela maioria, por meio do Legislativo e do Executivo, mas, ao mesmo tempo, a corte constitucional assume uma faceta representativa de argumentos da sociedade, pelos quais pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos (BARROSO, 2018, p. 261, 268). Ainda que pareçam contraditórios, esses papéis da corte, apontados por Barroso, são coerentes e fazem sentido se considerado que o autor entende que “a democracia já não flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2018, p. 267).

No entanto, como aumenta cada vez mais o déficit democrático da representação política⁸¹, o Judiciário não pode se aproveitar da sua posição para atuar em favor das pautas sociais e capturar os anseios da sociedade, com o fito de se tornar popular ou de melhorar sua imagem, estaria aqui o cerne da politização da justiça⁸². Ou seja, se valer da jurisdição e de hiatos das instâncias políticas tradicionais para representar anseios originalmente políticos por

⁸⁰ Aqui a discussão já fugiria da teoria da decisão para se voltar à teoria da autoridade, a fim de definir a quem pertence a competência da última palavra sobre os direitos fundamentais, ou de dizer o que significa a Constituição. Nesse sentido, por exemplo, Miguel Gualano de Godoy, com base em uma teoria da autoridade, discorre que: “do ponto de vista democrático, sobram razões para se criticar a interpretação e compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o que é ‘a guarda da Constituição’. A supremacia judicial defendida pelo STF viola a ideia básica de que a democracia é o governo do povo, exercido por ele diretamente ou por seus representantes. Ou seja, ao se autodeclarar o intérprete final da Constituição, o Supremo Tribunal Federal exclui o Poder Legislativo, o Poder Executivo, as demais instituições, órgãos e o próprio povo da tarefa de interpretação e concretização da Constituição” (GODOY, 2017, p. 93).

⁸¹ Constatação de Luís Roberto Barroso, que aponta para uma ocorrência no mundo democrático de crise parlamentar e dificuldade na representação, obstando a fluência dos canais majoritários e o fortalecimento do Executivo. Segundo sua posição, no Brasil houve a expansão do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, o que tornou os juízes mais representativos do que os parlamentares (BARROSO, 2018, p. 263-264). De fato, por vezes os juízes são muito mais representativos do que os parlamentares, exemplo disso é o julgamento da ADPF 132/RJ, da ADI 4277/DF, da ADPF 54/DF e da ADI 3510/DF, mas isso é porque foram abordados temas que jamais seriam defendidos majoritariamente no parlamento, considerando a condição conservadora da sociedade que desprestigiaria o legislador quanto ao seu interesse em se reeleger.

⁸² Uma posição de autorizar o Judiciário a se encampar nas pautas tradicionalmente políticas significa colocar em risco a democracia por meio de um poder que deve ser o guardião dos postulados democráticos. Nesse sentido, “não se pode admitir, quando do mal funcionamento das regras democráticas, em decorrência das escolhas a que nos submetemos ao eleger nossos representantes, que elas, para se realizar, sejam subsumidas ao Judiciário” (MACHADO, 2011, p. 137). Vale destacar, por exemplo, que no Legislativo e no Executivo, pela transitoriedade dos cargos – esquecida aqui a espúria situação de alguns agentes políticos que se perpetuam nos cargos eletivos seja pela não vedação à reeleição legislativa ou pelas trocas monopartidárias e nepotísticas no governo – há uma regra democrática que permite a articulação das pautas, se não há uma representação a contento, expirado o mandato há sempre a chance de substituir. Agora, se se deposita a pauta política nas mãos do Judiciário, há o risco de se perder o pluralismo político. Independente da opção política, se o critério de provimento do cargo é, por exemplo, ser “terrivelmente evangélico” – referência direta ao pronunciamento de Jair Bolsonaro (Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/10/politica/1562786946_406680.html). Acesso em: 15

meio da jurisdição, colocando sua função jurisdicional em um segundo plano⁸³. A racionalidade, a justiça e a adequação somente são alcançadas, em uma decisão judicial, a partir de uma constatação profunda do social:

O processo hermenêutico pressupõe mais do que uma simples, e redutora, constatação e aceitação da existência de normas. A hermenêutica constitucional contemporânea, precisamente para atender a função de interpretar normas específicas, que se encontram legitimadas pelo estado democrático de direito, realiza-se no processo argumentativo, onde estão presentes os valores que antecedem à própria construção da ordem constitucional. A hermenêutica constitucional contemporânea vive situação semelhante àquela encontrada quando do surgimento da interpretação protestante no corpo da tradição: não se trata também, atualmente, da criação de novos métodos mecânicos, que substituam os antigos, mas de uma nova concepção do objeto analisado, no caso o fenômeno jurídico, através de sua leitura hermenêutica. Somente, assim, poderá a interpretação jurídica integrar-se no quadro mais amplo da hermenêutica contemporânea, como se encontra formulada e aceita no campo das ciências humanas e sociais. (MOTA; BARRETO, 2011, p. 131-132)

Dessa forma, não há uma função de Estado que não se aparte da política⁸⁴, mas o que se deve preponderar é que no âmbito de cada poder seja prevalente a atividade que o designa como tal. Assim, por mais que os juízes precisem ampliar a sua tarefa judicante para abranger pautas morais, políticas e sociais, como forma de adaptação e adesão da decisão ao tecido social em que se inserem, considerando o tempo e o lugar de sua produção, não podem

ago. 2019) – aumentam-se as possibilidades de eliminar a diversidade política por um critério não-jurídico que torna a argumentação ilegítima.

⁸³ Ainda que se concorde com Barroso quando este afirma que a democracia não flui somente pelos canais políticos tradicionais, há de se ter que, muitas vezes, as instâncias políticas por excelência são preteridas e isso não é, necessariamente, um resultado da denominada crise de representatividade se observado o fenômeno de modo isolado. O STF parece se simpatizar com o exercício além de suas competências e aqui concorda-se com Lenio Streck: “com efeito, parece não haver dúvidas de que o STF vem julgando por argumentos de políticas e não por princípios. Na verdade, ele atende aos vários segmentos, numa espécie de presidencialismo de coalizão judicial. Vejamos: os segmentos a favor das cotas raciais não manifestaram sua vontade política; pelo contrário, foram ao Supremo Tribunal reivindicar sua legitimidade. Do mesmo modo agiu o segmento que pediu a equiparação das uniões estáveis homoafetivas ao casamento, que seguiu na cauda dos que clamavam pela constitucionalidade das atividades de pesquisa com células-tronco embrionárias, dos governadores, no caso das guerras fiscais, dos que pediam a descriminalização do parto antecipado de fetos anencefálicos, e até mesmo os moralistas, que fragilizaram a democracia pela defesa da Lei da Ficha Limpa e os parlamentares, que, pedindo ao Supremo, validaram quase 500 medidas provisórias inconstitucionais por consequência de uma modulação de efeitos” (STRECK, 2014b, p. 98).

⁸⁴ Nesse sentido, Miguel Gualano de Godoy considera que “o Poder Judiciário também não protege necessariamente as pré-condições da democracia, pois ele não está fora da política e, portanto, não escapa da tarefa de também definir o que é a própria democracia. Nesse mesmo sentido, juízes e cortes, ainda que afastados dos interesses e debates político-partidários, também são atores políticos por excelência. Não estão isolados do mundo e muito menos da política que os circunda. A formação de suas convicções se baseia nos autos dos processos, mas são inevitavelmente permeadas pelo mundo que os rodeia. Não há que se confundir, assim, imparcialidade com neutralidade (GODOY, 2017, p. 90).

tergiversar-se em juízes-governantes na busca pela concretização dos mandamentos da Constituição.

Também, não se pode descuidar que o exercício interpretativo precisa ser orientado com a realidade, ainda mais quando o julgado impulsionar a efetividade das normas de direitos fundamentais. Por isso é que figura importante que a decisão judicial se mantenha bem situada quantos aos critérios de interpretação utilizados pelo juiz, a fim de que seja possível transparecer a coerência da decisão tomada.

(...) se a exegese francesa buscava uma segurança e uma maior rigidez, outras escolas de pensamento, tentam construir um discurso mais aberto, mas que, na seara jurisdicional acabaram por se desprejar da realidade, porquanto presentes diversos impasses práticos. Ou ainda, pode-se afirmar que a inexistência de um critério definidor de identificação de qual seria o mais adequado para fins interpretativos, e diante da complexidade da situação versada no caso, corre-se seríssimo risco de haver um mix teórico interpretativo, que retroalimentará a subjetividade do intérprete, algo que não passou despercebido pela doutrina constitucionalista (TOVAR, 2018, p. 93)

A partir da reflexão que possibilita ver a Constituição não apenas como um documento formal, mas dotada de eficácia em suas disposições, especialmente as que tratam de direitos fundamentais, resta patente a ineficiência dos métodos tradicionais de interpretação – se puramente assim utilizados – para alcançar os sentidos das expressões abertas que não podem passar despercebidas:

A Constituição enquanto instrumento consagrador e garantidor de direitos e garantias fundamentais deve assim ser interpretada. De tal forma que não se admite que possa haver dispositivos na Constituição desprovidos de qualquer eficácia. Para a consecução dessa finalidade, as tradicionais escolas de interpretação se mostravam completamente ineficientes, uma hermenêutica própria da Constituição se tornava necessária, tendo como principal fim a concretização dos valores constitucionais. (LIMA, 2017, p. 91)

É por isso que os métodos apegados na legalidade, ainda que encontrem defesa razoável em âmbito de atuações da Administração Pública, não são capazes de responder a contento as necessidades da jurisdição contemporânea. Uma vez que o direito não é estático, a atividade hermenêutica precisa ser dinâmica. Por isso, a jurisdição se torna uma atividade que precisa levar em conta os aspectos normativos, sociais, culturais, políticos e, acima de tudo, constitucionais.

Retomando a teoria estruturante de Friedrich Müller, é preciso entender que esta não busca fornecer o aporte para a solução do caso concreto, mas sim se volta ao estabelecimento de critérios para a compreensão de que a norma e o fato precisam ser observados e

interpretados em conjunto, assim como não se deve separar o direito e a realidade. A sua posição é a de que o positivismo acaba por eliminar os conteúdos que não estão contemplados no direito positivado – especialmente a lei – e, com isso, até o realismo jurídico se torna prejudicado, porque este último teria uma concepção do fato como determinante da decisão judicial colocando a norma em desvantagem. Ainda que não se possa dizer que a teoria estruturante do direito seja uma posição intermediária entre extremos da soberania da lei ou do direito que nasce *ex nihilo* pela decisão judicial:

Fica evidente que o positivismo jurídico, ao conceber o direito com um sistema sem lacunas, a decisão como uma subsunção estritamente lógica e com a supressão de todos os elementos do ordenamento social não espelhados no texto da norma, deixa-se levar por uma ficção inaceitável na prática. Inclusive na afirmação de Kelsen, segundo a qual norma e realidade normatizada coexistem sem guardar nenhuma relação entre si, manifesta-se o erro de uma proposição que, indistintamente, aplica ao direito um conceito da ciência atualmente em desuso, inclusive no terreno das ciências naturais, em lugar de analisar diretamente as características próprias da normatividade jurídicas, baseando-se para isso na aplicação concreta das normas jurídicas. Tal análise demonstra que a norma jurídica, ao contrário do que estabelece a proposição positivista, não deve ser entendida como uma ordem abstrata daquilo que deve ser, nem como um juízo hipotético ou um ato de vontade carente de inteiro fundo material. O axioma segundo o qual as decisões jurídicas podem ser deduzidas, em sua totalidade, do texto da norma, isto é, de estruturas linguísticas, aplicando a lógica formal, introduz de improviso hipóteses que, em seu caráter de fontes de erro incontroláveis, precisamente porque não admitidas, põem em dúvida não somente a almejada autossuficiência formalista do ideal positivista da aplicação jurídica, senão também a racionalidade e clareza metodológica da ciência do direito. (MÜLLER, 2009, p. 20)

Em que pese Müller fornecer um quadro geral para a interpretação da norma e do fato em conjunto, objetivando a sua concretização em um plano bem mais avançado, fica evidente que a sua teoria estruturante não é concebida para a solução dos problemas que são colocados ao Judiciário, mas é para a solução dos problemas da norma. Todavia, isso não impede sua utilização em um plano de exercício da atividade decisional do juiz ou na jurisdição constitucional. Ao contrário, pela ideia de um novo paradigma para ampliar a interpretação aos elementos extrajurídicos, como apresenta Müller, a norma encontra muitas outras nuances no seu plano de eficácia, além daquelas dedutíveis dos termos positivados.

O fato de ter a Constituição como um texto aberto e político torna fértil a aplicação da teoria estruturante do direito na realização da atividade de interpretação, pois há muito o que se preencher da norma constitucional pelos elementos fáticos, o que permite dar um passo para além do direito positivado para chegar ao *locus* de efetividade da proposta constitucional.

Não é errado afirmar que a interpretação puramente normativa acaba por limitar o potencial da Constituição, o que afeta diretamente a jurisdição como um todo, desde o

Supremo Tribunal Federal ao juiz de primeiro grau. Assim como não é errado afirmar que a atividade jurisdicional precisa ser constitucionalizada – aqui não no sentido hierárquico, mas de realmente aproveitar o que a Constituição oferece – para que alcance a efetivação dos direitos, que afinal é o objetivo do Estado-Juiz:

A jurisdição tem de ser compreendida com os óculos da Constituição, afastando a visão embaçada de uma concepção apenas fundada na racionalidade instrumental. Para tanto, faz-se necessário buscar uma coordenação entre duas premissas essenciais: a necessidade de correção formal e a de justiça substancial, cumprindo os escopos constitucionais definidos pelo Estado Democrático. (DURÇO, 2018, p. 191)

Retomando os ensinamentos de Hesse, sua lição é que nem toda a realização das normas constitucionais é interpretação, ainda que a interpretação se mostre como uma atualização da Constituição. A interpretação da Constituição se mostra importante justamente pelo caráter amplo e aberto das disposições constitucionais, sendo o seu objetivo chegar ao resultado constitucional correto, de modo racional e controlável (HESSE, 2009, n.p.). Por exemplo, o direito fundamental à educação igualitária, livre, laica, plural, gratuita e de qualidade, definido no art. 206 da Constituição, há 25 anos conjugava a possibilidade de ingresso e conclusão do ensino básico como um pressuposto de qualidade e acessibilidade, notadamente pela alta taxa de analfabetismo do país. Porém, atualmente, já não cabe mais falar em qualidade e acessibilidade se limitando ao ensino básico, visto que o paradigma do analfabetismo é outro, sendo possível a atualização para compreender o ensino em seus níveis mais elevados como um direito fundamental e, ao mesmo tempo, a negativa ao ensino básico se torna grave violação de um direito fundamental e não apenas a omissão de cumprimento de uma promessa.

A isso se acopla a teoria de Peter Häberle, quando traz para o âmbito da interpretação constitucional o fato de que podem ser encontradas diversas possibilidades de pensar o significado de uma mesma disposição da Constituição. Assim, Häberle conceitua o pensamento possibilista ou pensamento de possibilidades como um modo de ver, um pensamento que está sempre aberto a trocas, a qualquer outra gama de possibilidades mais amplas ante a compromissos de todo tipo. O pensamento possibilista e amplia o horizonte visual para oportunizar novas realidades que corrigiriam a trajetória do ontem, no que concerne a reconhecer que elas se enquadram na dimensão temporal do nível normativo, adaptando e adequando-as, sem que sejam, necessariamente, melhores, tão somente por serem novas (HÄBERLE, 2002, p. 61-63). Como a Constituição é repleta de terminologias abertas e plurais, uma interpretação recrudescida ao “ou um, ou outro” seria, em termos, excludente das

alternativas potencialmente melhores para compreender e ampliar a compreensão de direitos fundamentais.

No entanto, à interpretação, seja ela de uma norma constitucional ou de uma norma legal, não importa, necessariamente, criar atributos ou novas normas e regramentos. Tampouco, à atividade de interpretação importa criar uma realidade distinta daquela em que os fatos que são submetidos ao juiz se encontram. Isso porque a atividade jurisdicional é vinculada ao ordenamento normativo e aos fatos que compõem o caso concreto, sendo estes dois últimos amalgamados na decisão judicial. Não significa dizer que o intérprete está vinculado aos estritos termos da lei e que o juiz é mero aplicador dela, mas que os novos mundos descobertos por meio da interpretação não podem romper com o mundo jurídico e com o mundo real, nesse sentido, a interpretação é aberta a receber aportes da filosofia, da cultura, da política, da sociedade, da economia, enfim, de uma diversidade de conhecimentos, mas não pode perder suas ligações com o direito e com a justiça. A interpretação surge como o caminho pelo qual se chega à determinada conclusão, mas não como a justificativa da decisão tomada.

4.2 Decisões líquidas e o dever de proteger a Constituição

Quando não se tem bem delimitado o caminho para alcançar determinado objetivo, a decisão judicial tende a deslocar o jurídico e o real para as preferências pessoais. Daí dizer que todo o legado das escolas de direito afeta diretamente a jurisdição. Aliás, a jurisdição já não pode ser vista como simples ato de aplicar o direito ao caso concreto, pois, como mencionado no **item 2.5**, não pode haver jurisdição neutra⁸⁵, sob pena de grave injustiça.

Como já mais de uma vez aqui ressaltado, os fenômenos sociais se tornam cada vez mais complexos e desafiantes para que possam ser efetivamente previstos no ordenamento normativo, sendo a solução imediata a criação de normas abertas e que vão se tornando cada vez mais abstratas, o que influencia diretamente na jurisdição. A ideia de completude do ordenamento jurídico é a cada dia fragilizada, expondo uma realidade que contraria o fundamento da segurança jurídica e da certeza de justiça como produto e fundamento da lei pura. Nesse sentido, a jurisdição se vê afetada por toda a complexidade e multiplicidade de

⁸⁵ Não há que se confundir neutralidade com imparcialidade, o juiz imparcial é aquele que não coloca suas preferências à frente de sua atividade e o juiz neutro é aquele que reduz sua atividade à reprodução do texto da lei de forma automática.

visões de mundo que existem, sobretudo em países de modernidade tardia. A maneira pela qual Luiz Carlos Souza Vasconcelos aborda a jurisdição é bastante ilustrativa da sua complexidade:

Três aspectos são caracterizadores da jurisdição: poder, função e atividade.

O poder está relacionado com a imposição do direito, com a sujeição das partes àquilo que foi julgado, buscando-se a satisfação do bem, onde o Estado-Juiz tem papel importante em fazer cumprir a sua decisão, interferindo de forma concreta no âmbito jurídico da parte vencida.

A função está relacionada à atribuição conferida pela constituição ao Poder Judiciário, de prestar a jurisdição, quando provocada. Como atividade, materializa-se por meio da atuação do juiz no processo, com a prática de atos processuais, que solucionará ao final a demanda, dando a sua resposta por meio de decisão judicial. (VASCONCELOS, 2018, p. 171)

Aparece a jurisdição como um serviço público prestado pelo Judiciário pelo qual este realiza a tutela das posições subjetivas substanciais, é “voltada à realização do direito, restaurando a ordem jurídica ou evitando que tal violação ocorra, através de procedimento ordenado para este fim” (MEDINA; WAMBIER, 2009, p. 46). Pela conceituação de jurisdição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier fica clara a influência da tradição romano-germânica de ter no direito uma função ordenadora e reguladora das condutas futuras, buscando a justiça no caso concreto. No entanto, reconhecem os autores que, diante da complexidade das transformações da sociedade e do direito material, que o legislador tem dificuldade de transpor para o plano normativo, as normas estariam aptas a explicitar os objetivos do sistema jurídico e não apenas se limitando a reger condutas, tornando-se ainda mais gerais. E esse maior grau de abstração da norma, que também coaduna as passagens do Estado Liberal, pelo Estado Social até chegar ao Estado Democrático, impõe normas jurídicas menos retrospectivas e força o crescimento do poder para a justiça e a ampliação do espaço da decisão judicial, que atua no âmbito da imprecisão e da vagueza das normas, colocando o juiz na condição de formatar sua decisão a partir de cláusulas gerais, criando a solução jurídica precisa e ajustada às particularidades da controvérsia (MEDINA; WAMBIER, 2009, p. 42-44).

Mais ortodoxa, a posição de Alexandre Freitas Câmara é a de que a jurisdição serve para aplicar a solução jurídica correta ao caso concreto, por meio da norma posta:

Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta. Trata-se, como já dito, de uma função estatal, exercida diante de causas, isto é, de casos concretos. O Judiciário não julga teses, julga causas. E o ato jurisdicional que dá solução à causa

precisa ser construído através do processo, entendido como procedimento em contraditório.

A jurisdição é, em outros termos, a “jurisconstrução” (perdoe-se o neologismo) de um resultado juridicamente correto para a causa submetida ao processo. E o resultado precisa ser juridicamente legítimo. Não pode o juiz “inventar” a solução da causa. Ninguém vai ao Judiciário em busca de uma solução a ser inventada pelo juiz. O que se busca é o reconhecimento de um direito que já se tem (e daí a natureza declaratória da jurisdição, de que se tratará adiante). E cabe ao juiz, então, dar à causa uma solução conforme ao Direito. O papel do juiz, como intérprete, não é inventar uma norma jurídica para solucionar a causa, mas aplicar a norma jurídica adequada no caso concreto. E deve fazê-lo sem exercer qualquer tipo de poder discricionário. A discricionariedade judicial é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Isso porque falar de discricionariedade é falar de “indiferentes jurídicos”. Afinal, quando se reconhece um poder discricionário o que se faz é reconhecer que, diante de duas ou mais respostas possíveis, todas legítimas, pode o titular do poder de decidir escolher qualquer delas (sendo, pois, juridicamente indiferente qual das alternativas é a escolhida). Ora, no Estado Democrático de Direito não se pode admitir que uma causa seja submetida ao Judiciário e sua solução seja indiferente, podendo o juiz livremente escolher entre diversas decisões possíveis, todas corretas. Existe, para cada causa, uma resposta correta, uma decisão constitucionalmente legítima, e só ela pode ser a proferida em cada caso concreto. (CÂMARA, 2017, n.p.)

A primeira impressão é a de que José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier se posicionam favoráveis à função criativa do juiz para a solução do caso concreto, enquanto Alexandre Freitas Câmara não admite em hipótese alguma a criatividade, e que os autores divergem em suas conclusões. Observa-se que se utilizam da figura do Estado Democrático para apresentar suas posições, naquela reconhecendo a necessidade de ampliação do poder do Judiciário e nesta reduzindo a margem de discricionariedade do julgador a apresentar uma resposta correta, somente.

O problema fundamental de uma teoria da decisão judicial, e que talvez tenha atravessado a discussão sobre separação de poderes, competências e funções do Estado, ativismo judicial, eficácia dos direitos fundamentais, é, desde pelo menos o século XIX, e continua sendo a abordagem da discricionariedade do juiz. Porque não dizer, usando a referência de Lenio Streck, que pela argumentação política (ativismo e judicialização), os tribunais poderiam tomar decisões descontroladas como determinar o fornecimento de xampu para calvos ou proibir a caça de animais com base no princípio da dignidade da pessoa humana? (STRECK, 2014b, p. 98). É, pois, nesse quadro que reside o perigo de, pela vontade de dar eficácia aos direitos que, paradoxalmente, estes sejam esfacelados. Aponta Georghio Tomelin que a figura do Estado Jurislador permite a produção de precedentes vinculantes sem apoio em ato do parlamento, pela atividade da interpretação se poderão criar, de modo original, pautas de condutas dirigidas aos cidadãos, e mais a mesma decisão poderá

condicionar de modo vinculado o livre convencimento das instâncias inferiores para casos futuros.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (2002, p. 51-55) propõe a discricionarietà em sentido fraco, como um meio de obter decisões coerentes com o ordenamento jurídico e com as necessidades reais do caso concreto. Ao contrário de uma discricionarietà forte, pela qual o juiz muda as regras antigas e introduz novas regras, “a discricionarietà fraca se opera em situações inseridas dentro de critérios interpretativos colocados dentro de uma margem coerente de escolhas, que admite várias maneiras de ver um mesmo instituto, sendo esta uma primeira forma de ver o termo aplicado” (SCHERCH; ALVES, 2019, p. 76).

Ainda em aspectos gerais defendidos por Dworkin, é possível ver sua proposta como inibidora de um modo de conceber a teoria e a prática do direito em caixas separadas, como entende Loiane Prado Verbicaro:

Dworkin postula uma perspectiva judicial do direito, superando a usual dicotomia do positivismo jurídico entre a teoria científica do direito (ou o conceito de direito) *versus* sua aplicação e interpretação política *in concreto*; bem como a ideia de que o direito é um conjunto de normas identificáveis a partir de um critério convencional (como, por exemplo, a existência de mandatos derivados de um soberano que é habitualmente obedecido – Austin) ou uma regra específica tida como causa primeira (norma fundamental de Kelsen ou regra de reconhecimento em Hart). Para Dworkin, não há uma distinção evidente entre a teoria jurídica e a prática do direito, sendo a teoria do direito o âmbito geral da adjudicação e os prolegômenos de qualquer decisão judicial. (VERBICARO, 2017, p. 272)

Sem olvidar da importância do Estado Democrático de Direito, é necessário que a decisão judicial solucione o caso concreto, mas também se mostre vinculada aos preceitos da Constituição, especialmente para garantir um processo justo ao seu tempo e espaço, conferindo as amplas oportunidades de diálogo entre as partes e entre estas e o juiz, respeitando os direitos e sendo racional e controlável quanto aos seus resultados.

As condições de possibilidade da decisão jurídica se enquadram em uma questão de democracia e a crítica à discricionarietà judicial não significa uma proibição de interpretar, pois o direito – composto de regras e princípios – é comandado pela Constituição, que é um texto aberto, com possibilidades de significado que não podem depender da subjetividade para alcançar sua concretização (STRECK, 2013, p. 95). E interpretar é produzir, não apenas um reproduzir, pela interpretação acontece a fusão dos horizontes (*Horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre uma fusão dos supostos horizontes para si mesmos, por isso precisa-se de uma pré-compreensão para que se possa interpretar (STRECK, 2002, p. 169). Ou seja, os juízes interpretam o direito, mas não inovam – ou não deveriam inovar – no

ordenamento normativo como se legisladores fossem. A interpretação é a atividade de compreensão dos sentidos da norma a partir de uma pré-compreensão de que a norma está inserida em um sistema. Por isso, a compreensão de uma decisão judicial – e também de um argumento – precisa ser pré-compreendida tanto pelos aportes da norma interpretada pelo juiz como pela teoria da decisão judicial.

Isso representa o mínimo de certeza acerca da decisão que será dada de um determinado caso, que somente será diferente em consequência de situações muito peculiares; portanto, se analisada a decisão sob o prisma do processo, um importante pilar de um sistema processual precedentalista que o Código de Processo Civil pretende consiste no respeito ao *stare decisis* e ao precedente.

Qualquer juiz, no exercício da jurisdição, deve proceder de forma imperativa na observância das garantias constitucionais, especialmente o devido processo legal, pois assim não agindo poderá mitigar os anseios do Estado Democrático de Direito, cometendo injustiças e não prestando a tutela adequada. (VASCONCELOS, 2018, p. 173)

Uma decisão judicial que observa os pressupostos jurídicos e democráticos tem por objetivo a solução do caso com base no que existe, nesse caminho cujo alvo é a resposta correta; no entanto, muitas vezes há um desvio, eis a autoindagação do intérprete: qual era mesmo a pergunta? Nesse caso, corre-se o sério risco de usar a Constituição para fundamentar a decisão, quando, na verdade, a decisão se fundamenta na Constituição e por ela é que encontra validade.

Louvável a iniciativa trazida no Código de Processo Civil ao inaugurar suas disposições tratando a Constituição com o merecido respeito, desse modo, o artigo 1º desde logo estabelece que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. E também quando o mesmo diploma legal traz em seu artigo 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Observa-se que todas as disposições que o juiz deve atender na prática da decisão judicial são abertas e seu conteúdo não advém diretamente da lei.

Diante disso, ocorre um fenômeno que parece descambar para o potencial aumento de poder do Judiciário, há uma espécie de liquefação do ordenamento jurídico – até então sólido – para possibilitar um amoldamento ao cadinho do caso concreto, quando são

chamados para a decisão o atendimento aos fins sociais e exigências do bem comum, a dignidade da pessoa e outros princípios de matriz nitidamente constitucional. De se notar que tudo já era, antes no Novo Código de Processo Civil, característica ínsita de uma decisão judicial que agora está textualizada, embora, muitas vezes, não contextualizada no dever de fundamentação da decisão explicitado no artigo 93, IX da Constituição.

Por mais que se faça necessária a ampliação dos poderes do Judiciário, não são admissíveis a criação e a ressignificação dos postulados constitucionais e legais, situação que se desdobra no ativismo judicial. Luís Roberto Barroso apresenta o ativismo judicial como uma ideia associada a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência nos espaços de atuação dos outros dois poderes”, a partir disso, seria possível ao Judiciário aplicar diretamente a Constituição sem depender do legislador ordinário, declarar a inconstitucionalidade de atos normativos por meio de critérios menos rígidos e impor condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente no âmbito das políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Também partilha dessa visão mais afirmativa do ativismo judicial Estefânia Maria de Queiroz Barboza, ao ter nessa posição do juiz ou do tribunal uma realização da própria democracia, uma vez que a Constituição de 1988, ao trazer um maior aporte de direitos fundamentais, trouxe ao Judiciário a tarefa de impor limites e de definir o alcance do conteúdo de conceitos abertos desses direitos e da própria democracia porque instituições majoritárias – Executivo e Legislativo – não seriam suficientemente capazes de alcançar um consenso sobre o assunto (BARBOZA, 20014 p. 149). E ainda, no espeque da separação dos poderes e da representatividade por eleição, Estefânia Barboza e Katya Kozicki apontam que o Judiciário tem passado por dificuldades ao interferir em questões políticas, porque o debate se dedica a respeito da discricionariedade judicial, quando, na verdade, diante da omissão do Legislativo e do Executivo, se está diante de um dever de intervenção do julgador; diante do acesso à justiça como um canal direto do cidadão com o Estado, o Judiciário estaria mais próximo dos cidadãos para a realização dos direitos constitucionais (BARBOZA; KOZICKI, 2016, .p 437-438).

Como conceitua Elival da Silva Ramos (2015, p. 324), ativismo judicial é “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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Também se ocupa da mesma nomenclatura, o fenômeno de “tensão entre os poderes resultante da atuação anômala do Poder Judiciário, que ameaça o necessário

equilíbrio entre eles, colocando em xeque a harmonia e independência preconizada no art. 2º da CF/88” (BRITO, 2017, p. 63).

Para Vinício Carrilho Martinez, o ativismo judicial é uma forma da exceção no Estado Ético ao propiciar que o Judiciário atue fora dos postulados que permitam o controle e a racionalidade das decisões judiciais:

O assim chamado ativismo judicial é uma deturpação do positivismo jurídico, porque sequer segue as regras do Estado de Direito. Como reflexo do pragmatismo jurídico, obedece aos impulsos escalonados pelo realismo político predominante, mandatário, oligárquico, classista, racista misógino. Além de ilegais, as ações e o ativismo judicial têm se mostrado abusivas e próprias de regimes de Exceção, como táticas mais usuais praticadas na Ditadura Inconstitucional brasileira. (MARTINEZ, 2019, p. 198)

E parte desse diagnóstico de Martinez decorre de uma observação de que o ativismo judicial se distancia do princípio da democracia e se afeiçoa à ditadura, porque (i) não há controle jurídico, constitucional, sobre os abusos do Poder Judiciário; (ii) o Judiciário não encontra limitações na lei porque age de acordo com a opinião pública e aos moldes do realismo político; (iii) a realidade política impõe que se escolha um lado: o direito se torna partidário; (iv) fragmentos político-partidários servem ao aparelhamento das técnicas repressivas do Estado; (v) contra os inimigos do Estado o direito vira truculência militar; (vi) a opinião pública encontra ressonância no senso comum (classe média e lumpemproletariado) e nas oligarquias e frações de classe que sempre dominaram o país; e (vii) as mesmas frações de classe que monopolizam o Legislativo (bancadas evangélica, ruralista, armamentista e banqueiros) endossam os abusos porque lhes preserva o poder secular (MARTINEZ, 2019, p. 198-199)⁸⁶.

Ainda que o objetivo do ativismo judicial seja dar efetividade à norma constitucional, o oposto também é verdade, ou seja, a norma constitucional – aberta que é – pode servir para legitimar o ativismo. O ativismo judicial diverge em pontos de vista, mas prefere-se tê-lo como uma situação atípica e desfavorável à democracia, pois mesmo que se justifique na

⁸⁶ O ativismo judicial, ainda que fique mais voltado a questões que envolvem direitos fundamentais no sentido de impulsionar a atuação do Legislativo e do Executivo ou na solução de casos difíceis (*hard cases*), cuja solução não se encontra pré-concebida no ordenamento jurídico – levando o julgador a legislar no caso concreto –, quando é bem aceito como instrumento de efetivação dos direitos, acaba por permitir a tendência à politização da justiça. Nesse ponto, ainda que esteja a abordagem dentro de um quadro de ativismo, como feito por Martinez, como se fosse possível analisar o espectro jurídico-político das decisões judiciais, numa espécie de Diagrama de Nolan da postura do Judiciário, entende-se que as condutas da Lava-jato e da grande maioria dos casos de corrupção, por exemplo, posicionam-se mais para a politização da justiça ao deixar de lado a questão fundamental da jurisdição: dar efetividade à Constituição e dar soluções aos casos concretos.

efetivação de direitos não se apresenta controlável do ponto de vista de depositar nas mãos do julgador a realização dos direitos de acordo com sua consciência.

Daí o que ocorre trazer uma primeira diferenciação, o ativismo judicial e a judicialização da política não podem ser tratados como a mesma coisa. A judicialização da política já foi abordada nos **itens 2.2 e 2.5**, agora é apresentada como “fenômeno pelo qual as questões políticas, deliberadas no âmbito do Legislativo ou Executivo, passam a ser decididas a partir de argumentos jurídicos, ou na linguagem de Dworkin, a partir de argumentos de princípios” (VERBICARO, 2017, p. 327), pelo que se remete à diferenciação entre princípio e política, já realizada no **item 3.1**. A judicialização da política “não é fruto do neoconstitucionalismo como ideologia de uma predação do direito pela moral. O ativismo sim. Ele não é um fenômeno contingencial” (SANTOS, 2018, p. 106).

De acordo com Ednilson Donizete Machado, a judicialização da política pode ser compreendida como a efetiva possibilidade de “controle repressor das leis e dos atos normativos que afrontem a Constituição, e jamais em questões que envolvam diretamente a comunidade dos intérpretes e a Corte Suprema, com supressão da instância política própria” (MACHADO, 2011, p. 131). Essa é uma visão que fornece um bom conceito para se trabalhar o tema, porque é objetiva e neutra, a partir dela, a judicialização da política se lança como uma atividade de fiscalização do cumprimento das normas constitucionais, em especial aquelas que são voltadas a colocar o Estado como destinatário da obrigação de efetivar e garantir os direitos fundamentais. Essa política judicializada é a política pública que não é implementada ou não é exitosa por falhas decorrentes da atuação do Legislativo e do Judiciário, o que demanda uma atuação do Judiciário para afirmar o seu compromisso com a guarda da Constituição⁸⁷.

Por vezes, o ativismo e a judicialização da política estão tão mesclados na forma como as coisas são apresentadas, que é difícil distinguir um de outro. Há uma vultuosa quantidade de julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que ativismo e judicialização da política são apresentados como sinônimos e não se discute aqui o mérito da decisão em si, mas a condição de possibilidade para decidir desta ou daquela forma. Incontestável, no entanto, que a corte constitucional se expande em suas competências e se torna invasiva sobre as atividades do Legislativo e do Executivo, naturalizando uma atuação atípica, o que é

⁸⁷ Cabe aqui retomar que a política pública em si não é a megapolítica ou a política pura, uma vez que naquela ainda predomina um debate acerca da efetivação dos direitos e a decisão judicial vem no sentido de cobrar uma

prejudicial à democracia, porque potencializa o ativismo, mitiga a judicialização da política – que pode ser vista em um contexto de freios e contrapesos e na função fiscalizadora do Judiciário – dando à função jurisdicional um protagonismo que não existe. E, se a investigação se ampliar para fora do âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal para chegar aos juízes de primeiro grau, poder-se-á ter uma visão ainda mais crítica desse protagonismo e do quão importante é diferenciar ativismo e judicialização da política:

Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia. (STRECK, 2014b, p.88)

Ainda sobre a judicialização da política, o Judiciário pode ser visto como um recurso político das minorias perdedoras em arenas majoritárias, para que se possa vetar uma medida majoritária do Executivo ou do Legislativo por meio da jurisdição constitucional. No entanto, continua sendo fundamental considerar o desenho institucional do Poder Judiciário, o que passa pela inevitável pré-compreensão – e aqui a importância da teoria da decisão judicial – para definir o conjunto de atores que podem judicializar a política, os temas passíveis de judicialização e os recursos de acesso aos tribunais. Um fato que pode influenciar diretamente no aumento ou na diminuição da judicialização é a quantidade de atores credenciados a usar o Judiciário, de temas que podem ser judicializados e de instrumentos processuais disponíveis para tanto. Ou seja, o desenho institucional – compreendidos aqui o modelo de democracia e a configuração institucional do Poder Judiciário – são a dimensão estrutural que define o tipo e a intensidade da judicialização da política (RIBEIRO; ARGUELHES, 2019, p. 10). Esse aspecto estrutural tem a tendência de ser mais estático e, por isso, de uma compreensão mais fácil podendo até gerar estatísticas mais confiáveis, com estudos a partir dos mecanismos de entrada da política e dos temas políticos debatidos no Judiciário⁸⁸. No entanto, há um outro vértice da judicialização da política que é diferente, é mais sujeito à alteração porque é comportamental. Essa outra dimensão é relacionada à motivação dos atores em transferir

postura dos demais poderes, por um dispositivo que constitui em mora o legislador e o administrador ou cria uma obrigação de fazer ou não fazer determinada política pública, em tese, criada pelo juiz.

⁸⁸ Ainda que se possa estabelecer que o STF atua predominantemente na pauta política pelo controle de constitucionalidade abstrato, no âmbito de controle concreto também há muito de judicialização da política, seja por *habeas corpus*, por mandado de injunção, por mandado de segurança, por suspensão de segurança, entre outros.

decisões majoritárias para o Poder Judiciário e pode levar em conta as interações estratégicas entre atores políticos e sociais relevantes definidas pela conjuntura, pelo menos seis motivos exponenciais são identificados na literatura sobre a judicialização da política: (i) vetar uma decisão majoritária; (ii) sinalizar preferências a outros atores ou à população; (iii) protelar a tomada de decisão; (iv) coordenar ações; (v) arbitrar conflitos; e (vi) promover uma determinada política pública como uma espécie de superação de vetos (RIBEIRO; ARGUILHES, 2019, p. 10). Ainda que a judicialização da política seja assim enfrentada pela vasta doutrina do Brasil – VIANNA; *et al*, 1999; CASTRO, 1997; POGREBINSCHI, 2011, entre outros – é preciso contrapor o termo com a politização da justiça.

Na politização da justiça há uma inversão das ordens de prioridade do Judiciário que passa a atuar no campo da política pura e muitas vezes desprovido do debate que se desenvolve dentro da dogmática jurídica. O âmbito de expansão da jurisdição constitucional, a atuação do Supremo Tribunal Federal na política de forma mais global – política pura ou megapolítica – pelo qual a corte acaba internalizando problematizações além do paradigma jurídico, possibilita visualizar como a revisão judicial aumenta o poder de barganha política de diversos atores e o papel do STF em questões de natureza política. Se de um lado houve a abertura dos canais de acesso a diversos atores políticos e sociais para, mediante o controle concentrado, levarem temas políticos ao STF, de outro lado essa ampliação de legitimidade tornou a jurisdição constitucional em um *locus* privilegiado desses *players* que utilizam a corte para maximizar seu poder de barganha por meio do *veto point*. Nesse ponto, o Supremo Tribunal se torna um importante *veto player* que atua de forma de forma intertemporal nos processos políticos de leis e políticas públicas (LUNARDI, 2019, p. 11). A partir do momento em que o julgador⁸⁹ toma consciência do impacto da sua atuação como *veto player*, ele pode agir movido por subjetivismos e interferir nos processos da política pura mediante a apropriação da pauta dos atores políticos. Não há, portanto, uma garantia de que a interpretação judicial seja a melhor para a efetivação dos direitos fundamentais, aliás, a história constitucional pode mostrar que as posturas dos juízes e dos tribunais são variáveis ao longo do tempo e algumas posturas e decisões representam retrocessos jurídicos (GODOY, 2017, p. 95). Há motivos para desconfiar dos juízes em uma democracia⁹⁰, assim como essa

⁸⁹ Prefere-se utilizar a terminologia julgador porque há muito de conteúdo político em decisões monocráticas dos tribunais e também para abranger os juízes.

⁹⁰Em referência direta a John Hart Ely: é bem provável que, ao deixar a decisão a respeito do que é ou não um valor fundamental na responsabilidade da filosofia moral do juiz, este se renderia a privilegiar aquilo que considera como mais importante, provavelmente as pautas mais afetas à sociedade elitista e à classe média alta.

possibilidade de retrocesso, trazida por Godoy, é por ele mesmo atrelada ao que Roberto Mangabeira Unger denomina “segredo sujo” da teoria do direito contemporânea⁹¹.

Problemático é quando ocorre a politização da justiça, pela qual há um processo de “principlialização” – aqui ficam as escusas pelo neologismo – das posições e questões políticas para fazer valer a vontade subjetiva do intérprete ou de um grupo hegemônico de poder, o que o ativismo potencializa na aproximação da ideia de ter a sentença como um ato de vontade capaz de sujeitar o direito e a justiça, obstruindo a Constituição:

Mas não é por meio do ativismo judicial, do moralismo engolindo o Direito, proveniente de um falso pós-positivismo, que chegaremos às ações. Não é por meio da concretização *ad hoc* da constituição que alcançaremos tal objetivo. Através da adequação a todo esse arquétipo do neoconstitucionalismo e em alguma expressão do neoliberalismo, as coisas serão mantidas em seus “devidos lugares” e a Constituição será mantida apenas como um texto inócuo, longe de ser o direito do político, sobre o político e para o político. (SANTOS, 2018, p. 122)

Pelo caminho da criação livre e da parcialidade – aqui com o julgador tomando partido, fazendo um juízo seu e não do justo – é que se opera um dos mais duros golpes contra a Constituição, a carta de alforria do intérprete, que o liberta das amarras do positivismo, sob a capa do ativismo judicial que se legitima com o objetivo de impulsionar eficácia à Constituição, é o primeiro levante contra ela, ao ceder lugar às preferências da moral que preenche os espaços abertos por meio de vontades não jurídicas. Não custa lembrar que “a efetividade da Constituição é agenda obrigatória por cláusulas transformadoras permanentes”

Seriam fundamentais a liberdade de expressão, a liberdade acadêmica, autonomia privada, privacidade, por exemplo. Ao passo que direitos como a alimentação e o acesso à saúde e à educação não seriam tão importantes. Notadamente a filosofia moral dominante seria pouco popular e pouco democrática, agradando o rei-filósofo, tão somente, a alguns filósofos. No sentido de buscar um consenso, não há como pensar em utilizar os juízos de valor da maioria para proteger as minorias do juízo de valor da maioria (ELY, 1997, p. 79-81).

⁹¹ De acordo com Mangabeira Unger, seriam dois os “segredos sujos” da jurisprudência contemporânea: a adoração do triunfo histórico e o medo da ação popular. “O desconforto com a democracia aparece em todas as áreas da cultura jurídica contemporânea: na identificação incessante de restrições ao domínio da maioria, em vez de restrições ao poder das minorias dominantes, como responsabilidade primordial de juízes e juristas; na consequente hipertrofia de práticas e arranjos contramajoritários; na oposição a todas as reformas institucionais, particularmente aquelas projetadas para aumentar o nível de incentivo político popular, como ameaças a um regime de direitos; na equação dos direitos de propriedade com os direitos de dissidência; no esforço de obter dos juízes, sob o disfarce de melhorar a interpretação, os avanços que a política popular não consegue; no abandono da reconstrução institucional para momentos raros e mágicos de repercussão nacional; no foco decidido sobre os juízes superiores e sua seleção como a parte mais importante da política democrática; em um ideal de democracia deliberativa como o mais aceitável quando mais próximo de uma conversa educada entre cavalheiros em uma sala de estar do século XVIII; e, ocasionalmente, no tratamento explícito do governo do partido como uma subsidiária, fonte de última instância da evolução legal, a ser tolerada quando nenhum dos modos mais refinados de resolução legal se aplicar. O medo e a aversão ao povo sempre ameaçam se tornar as paixões dominantes dessa cultura legal. Longe de se limitarem a variantes conservadoras da doutrina jurídica contemporânea, essas paixões deixaram sua marca no pensamento jurídico centrista e progressivo” (UNGER, 1996, p. 73 – tradução livre).

(BELTRAMI, 2018, p.256). Todavia, essa qualidade transformadora das cláusulas se dá não na alteração dos sentidos dos direitos, mas na sua adaptação à sociedade, sob pena de inclinar o juiz a inverter a ordem das coisas: primeiro decide e depois fundamenta (BELTRAMI, 2018, p. 265). Essa proposição traz um interessante debate entre Posner e Dworkin. Para Posner, “conforme o país se transforma, os juízes, dentro dos amplos limites estabelecidos pelos legisladores e constituintes, devem adaptar as leis a um novo ambiente social e político” e, para isso, precisam idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados para alcançar o direito, mediante o desenvolvimento de uma sensibilidade instrumental que é essencial ao pragmatismo (POSNER, 2009, p. 425). Para Dworkin, é certo que os juízes vão divergir sobre qual a regra, sobre qual a circunstância que foi estabelecida e se seria de fato melhor para o futuro sem considerar o passado; em outros casos, esse desacordo seria sobre regras específicas porque os juízes têm concepções diferentes do que é uma boa comunidade; em um caso ou em outro, os juízes se tornam estimulados a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista, influenciados pelo pragmatismo (DWORKIN, 1999, p. 185-186). Como tratado por Fabio Beltrami, se o juiz é considerado um criador do direito, que busca fundamentos em um momento posterior, para maior utilidade social, está fadado ao subjetivismo incontrolável gerando uma gama de incertezas às pessoas que buscam o Judiciário para a solução de seus problemas.

E, por isso, a reflexão de Leonardo Zehuri Tovar, ao trazer para a teoria da decisão judicial os aspectos garantísticos da Constituição, seria capaz de reabilitar a função criativa no limite necessário para a solução do caso concreto:

Em caráter absolutamente conclusivo: a construção de respostas constitucionalmente adequadas pressupõe ônus argumentativo! Só o irremediável respeito ao modelo constitucional de processo, com a garantia do contraditório, possibilitará isso. Se mostra imperioso que se mantenha a convicção de que os juízes possuem responsabilidade política ao interpretar, de modo a assumir o dever constitucional de enfrentar substancialmente os argumentos levados pelas partes. Apenas com tal mentalidade, será viável um caminhar caminho seguro na direção da obtenção não de qualquer resposta, mas daquela que é a melhor, a constitucionalmente adequada. Decisão não se confunde com justificação. Não é fruto de individualismos, de subjetivismos, muito menos de arbítrio estatal. Decisão deve ser fruto de um debate, amplo e público, elaborado com razões de ordem jurídica; é preciso deixar de lado razões extrajurídicas, ideológicas, etc, pois só assim se afiançará que a resposta não será fruto de uma íntima convicção; a resposta constitucionalmente adequada é, pois, não uma utopia, mas uma postura, um fim, um caminho, uma atitude, que tende ou objetiva garantir que o Direito será aplicado corretamente. Trata-se, por fim, de uma questão de princípio! Eis o que se espera, eis o que, abstratamente falando, pode-se obter com a coerente aplicação do Código de Processo Civil. (TOVAR, 2018, p. 295)

A partir dessa ideia de que a interpretação judicial não se confunde com a criação do direito, passam-se a tomar os apontamentos sobre os limites e os pressupostos para decisões coerentes.

4.3 Limites e pressupostos para decisões coerentes

Ainda que a judicialização da política inevitável e involuntária, no sentido de perceber um funcionamento deficitário das instâncias legislativa e de governo, que pelo desenho tradicional de Estado, muitas vezes, tornam-se engessadas – retirados os engodos democráticos da representação, os quais, na verdade, alimentam a ineficiência e a corrupção – seja uma prática perigosa, a judicialização da política torna em procedimento padrão as decisões de emergência e arrisca a democracia com a “prática constante e excessiva do uso do Poder Judiciário para assegurar feitos políticos. A justiça não pode se colocar no lugar da política” (VERBICARO, 2017, p. 363).

Nisso entra também a crítica por meio do constitucionalismo popular, é possível afirmar que “os problemas políticos precisam de uma solução política e por isso as medidas técnicas e judiciais são uma espécie de placebo que causam uma melhora aparente no quadro social e ao mesmo tempo distanciam da cura que se dá por um processo de aproximação do povo com a Constituição” (ALVES; SCHERCH, 2018, p. 803).

Crítica que também é lembrada por Jairo Lima quando da sua análise acerca da atuação das cortes constitucionais no controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, porque nessa situação o Judiciário se coloca com mais intensidade na tarefa de proteger a Constituição, fazendo o papel de rememorador do espírito da Constituição que tanto pode ser esquecido no processo de alteração material do texto, como pode também ser revitalizado e adequado aos anseios contemporâneos, razão pela qual não se pode perder o liame com a democracia:

De acordo com a perspectiva de crítica do controle judicial feita pelo constitucionalismo político, as fragilidades democráticas associadas à revisão judicial estão presentes fundamentalmente, na interpretação constitucional vinculante que as cortes impõem aos demais ramos do poder, uma vez que esse processo, por ser aberto às discordâncias, estaria melhor posicionado nas instituições parlamentares. Essa compreensão teórica se ocupa, essencialmente, do conflito entre a legislação ordinária e as cortes constitucionais com o objetivo de ressaltar o desafio democrático que o controle de constitucionalidade enseja. Ocorre que, ao se ter como objeto de controle uma emenda constitucional, as dificuldades democráticas para as cortes constitucionais se tornam ainda maiores, pois não se trata mais de exame sobre a manifestação popular dos poderes constituídos, mas de

análise sobre a atuação do poder constituinte derivado, o qual carrega consigo uma exigência democrática maior em relação aos poderes constituídos. Nesse sentido, o fato de que a interpretação judicial dos limites materiais envolve a discussão em torno de conceitos abertos (como Estado de Direito, dignidade humana ou direitos fundamentais) não significa a questão mais conflitiva com as pretensões democráticas, já que é da natureza constitucional o enfrentamento desses conceitos, independentemente da hierarquia do ato questionado. Na perspectiva da presente pesquisa, a dificuldade democrática do controle de constitucionalidade de emendas se situa na natureza do referido ato reformador, o qual se afasta dos poderes constituídos para estar próxima ao poder constituinte originário, sem se confundir com ele. Por essa razão, deve portar um *status* democrático mais intenso quando comparado à legislação infraconstitucional e, por consequência, demanda uma abordagem específica sobre a revisão judicial de tal ato. (LIMA, 2018, p. 156)

Esse aspecto que se aborda a esta altura da discussão aqui entravada parece uma digressão, porém tem uma razão de ser. O objetivo aqui é continuar na questão da interpretação e, para isso, um embate entre Waldron e Dworkin se faz pertinente, como ilustra Paulo Gustavo Guedes Fontes (2019, p. 196-201), ao contrapor a última palavra e o objetivismo moral.

Nos escritos de Waldron fica evidente sua postura em favor do parlamento, no sentido de que este deveria ser, de fato, o detentor da última palavra. Notadamente, isso se dá em razão dos invencíveis dissensos e desacordos da sociedade quanto à concepção de justiça e de direitos, em especial os fundamentais, quando aos seus sentidos e limites. Como Waldron acentua, não é errado que a sociedade compartilhe uma visão sobre a justiça – nos moldes rawlsianos – mas agir em conjunto, com base em uma visão comum, não significa a eliminação do dissenso, pois essa necessidade de uma visão comum não faz desaparecer a discordância, “ao contrário, significa que a nossa base comum para a ação em questões de justiça tem de ser forjada no calor das nossas discordâncias, não fundamentada na suposição de um consenso sereno que existe apenas como ideal” (WALDRON, 2003, p. 189). Assim, a *judicial review*, ao decidir os conteúdos dos direitos, estaria retirando a essência daquilo que torna digna a legislação, que é o senso comum de justiça obtido nas discordâncias.

Já Dworkin defenderia a *judicial review* a partir de uma concepção orientada para os resultados (*result-driven*⁹²), na qual a democracia não se vê prejudicada se a corte toma a

⁹² Waldron (1999, p. 291) traz à tona a reflexão de Dworkin por meio da seguinte proposição: “suponha que uma legislação seja promulgada por uma assembleia eleita e depois desafiada por um cidadão com base no fato de que ela enfraquece um dos direitos associados à democracia. E suponha que a questão seja atribuída a um tribunal para decisão, e o tribunal derruba o estatuto, aceitando o desafio do cidadão. Há uma perda para a democracia? A resposta, Dworkin diz, depende inteiramente se o tribunal toma a decisão certa. Se isso acontecer, o estatuto é certamente incompatível com os direitos exigidos para uma democracia, então a democracia certamente é melhorada pelo que o tribunal fez, pois a comunidade é agora mais democrática do que se o estatuto antidemocrático tivesse sido autorizado a permanecer. É claro, acrescenta Dworkin, ‘se assumirmos

decisão correta, no entanto, se a corte toma a decisão errada há um déficit para a democracia, risco este que também ocorre na deliberação do parlamento (FONTES, 2019, p. 196-197).

Então, independentemente de a discussão ocorrer na corte judicial ou no parlamento, o resultado seria obtido pela regra da maioria, razão pela qual Dworkin não vê problemas para a democracia (DWORKIN, 1996, p. 32-34).

Seguindo essa lógica, o parlamento seria mais apto resolver os problemas políticos, porque a instância ordinária de debate é mais próxima da representatividade popular, razão pela qual os desacordos podem oferecer a resposta correta em uma esfera menos afetada por subjetivismos. Nesse sentido, qualquer argumento que defenda a judicialização da política com base em desconfiança ou desprestígio do Legislativo não é suficiente para confiar cegamente no Judiciário:

Ademais, a subjetividade juiz para decidir não encontra restrições diante das suas preferências. Por outro lado, se o realismo moral é verdadeiro, a tese da resposta correta entra em cena para minimizar a preocupação com a subjetividade do juiz. No entanto, o fato de existir uma resposta correta é, para Waldron, uma questão meramente ontológica, pois os fatos morais não impedem o juiz de decidir caprichosamente ou ditam-lhe o que deve ser correto. A mera existência de respostas corretas não conduz o juiz a alcançá-la, daí sua ausência de utilidade para o que Waldron pretende enfatizar na política. Além disso, o conflito passa para a esfera dos fatos morais que determinam a veracidade ou a falsidade dos juízos formulados. (LIMA, 2018, p. 16)

Ainda que aqui neste trabalho se concorde com a visão de Waldron, não se pode deixar de observar que a questão do realismo moral, ao mesmo tempo que não serve de reforço à *judicial review*, mostra-se favorável à legitimidade e até a ampliação da jurisdição constitucional, ainda que sirva para criticar seus excessos, pois “o juiz que está convencido da existência de verdades morais, está menos preocupado com a legitimidade de sua autoridade, experimentando menor deferência pela vontade política e legislativa” (FONTES, 2019, p. 201).

Todo exercício de poder está sujeito a fomentar abusos e, com o avanço de um órgão sobre os poderes do outro, há um risco ainda maior. Bem por isso, se o Judiciário precisa – ou quer – realizar atividades atípicas, em especial as decisões com conteúdo político, precisa se submeter a limites e controles, tais quais aqueles que são colocados ao Legislativo e ao

que a decisão do tribunal foi errada, nada disso é verdade. Certamente prejudica a democracia quando um tribunal autoritário toma a decisão errada sobre o que as condições democráticas exigem - mas não mais do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional equivocada que é permitida: a possibilidade de erro é simétrica” (tradução livre)

Executivo. Nesse passo, Georghio Tomelin acena que, quando o processo constitucional objetivo – que é aquele que não há direitos subjetivos *inter partes* em discussão – passa a ser utilizado como instrumento de modalização das condutas, somente será válido se respeitar o pluralismo de ideias da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Diante disso, se o Judiciário pode ir além da obra do legislador para promover os direitos fundamentais, sempre terá que se pautar na integral compreensão do destinatário desses direitos, razão pela qual Tomelin se posiciona no sentido de que haja uma construção coletiva e racional dos direitos, especialmente na formatação jurisprudencial (TOMELIN, 2018, p. 241-243).

Essa ideia de Georghio Tomelin se liga diretamente ao pensamento plural de Häberle sobre a interpretação constitucional:

Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. (HÄBERLE, 1997, p. 14)

Dessa forma, a democracia aparece como um limite à jurisdição constitucional e à interpretação, e a pluralidade surge como pressuposto. Ou seja, toda vez que a decisão judicial, independentemente da hierarquia em que se situa, coloca-se como antidemocrática ou contraria o princípio democrático, não é válida. Da mesma forma, quando não leva em consideração a pluralidade, o lugar em que estão os destinatários dos direitos e a diversidade de opiniões também não são válidos. Cumpre dizer que as decisões judiciais não têm por finalidade a unicamente eliminação dos desacordos entre os indivíduos, muito menos garantir que a maioria ou a minoria tenham prevalência uma pela outra. Ao contrário o fundamento democrático da decisão se situa em garantir a existência da diversidade e o combate do autoritarismo sem se utilizar de um método autoritário.

Por isso a decisão judicial precisa ser um espaço aberto para externo, para o público, enfim, para mitigar o subjetivismo e os danos que podem advir da decisão pela própria consciência. Sobretudo, não se propõe tornar o processo em uma ágora, até porque isso seria prejudicial às partes que litigam interesses individuais, mas é no sentido de oportunizar ao juiz as leituras de um mundo fora dos autos, das questões públicas e das necessidades sociais. Diferentemente, no caso do Supremo Tribunal Federal, até por sua posição constitucionalmente outorgada de detentor da última palavra, como está diante de um

processo de tomada de decisão objetiva, na maioria das vezes, a participação plural da sociedade, que se faz necessária, pois:

Somente a consideração da Corte como um espaço público por excelência é capaz de legitimar a sua atividade. Não se pode perder de vista que a atividade de interpretação constitucional é uma fase do processo legislativo; ou seja, a interpretação contribui para a produção da norma, na medida que lhe define o sentido e alcance.

A Corte Constitucional participa desse processo de produção da norma todas as vezes que se abre à participação dos possíveis interessados, tornando-se uma arena discursiva em que os argumentos podem ser postos e tematizados, em que a participação dos atores é livre, sem qualquer coação interna ou externa. (BOTELHO, 2010, p. 225)

Quando Marcos César Botelho faz a reflexão de que a Corte precisa ser um espaço público, foi para trazer a noção de que em uma democracia os juízes não estão e nem podem estar sozinhos na atividade de interpretação da Constituição. Por isso, devem ser consideradas as proposições populares e amplamente debatidas para a formação do sentido dos direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 286-287) observa a interpretação constitucional como uma atividade de concretização construtiva, de forma explícita, o autor passa por pressupostos teóricos importantes de Konrad Hesse ao dizer que a interpretação é uma atividade concretizadora de interação entre o sistema, o intérprete e o problema e, ao mesmo tempo, construtiva, ao envolver a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa. Para tanto, seria necessária a leitura moral da Constituição, aqui o autor já está com Ronald Dworkin, para o qual o sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser buscado a partir dos valores éticos mais elevados da sociedade, ponto em que a interpretação sofrerá a influência da filosofia moral e da filosófica política. Esse método de atuação e argumentação dos órgãos judiciais se apresenta com dupla faceta, é jurídico e político, demandando do intérprete uma atividade criativa para preencher as cláusulas abertas, gerando consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os poderes e suas funções.

Porém, se essa atividade interpretativa que tem toda a potência de tergiversar-se em ativismo não se comporta de forma limitada, mostra-se apta a promover as rupturas constitucionais que Hesse (1991, p. 10-11) mencionou, ao invés de promover aproximação da Constituição jurídica e da Constituição real, o ativismo judicial promove a colonização – das duas – pela moral. Nesses casos, a atuação do Judiciário se mostra mais maléfica que o próprio mal que tenta combater, porque novamente se está diante do ativismo judicial

suplantando a judicialização da política. A esse respeito, faz-se pertinente a crítica de Lenio Streck:

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização; o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). (...) podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmatismos dos mais variados, na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias. Pode-se afirmar, ainda, que, por vezes, os pragmatismos tomam emprestado pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade”. (STRECK, 2014a, p. 289).

Converge trazer que a legitimidade do Judiciário, no sentido de se ter representantes efetivamente eleitos, não figura como uma questão importante para que o debate político se dê no campo predominantemente jurídico. A legitimidade do Judiciário é reflexiva, espalma-se na figura do povo-princípio, por uma democracia de exercício e não numa democracia de autorização. É regida pela ideia de que os juízes estão a decidir questões que são indecidíveis, que não lhes pertencem, o que significa que não estão autorizados a errar ainda que errem. Todavia, a decisão judicial precisa se alinhar com a integridade do direito que somente é obtida com a busca da identidade e do sentido ao social, sob pena de se tornar em arbítrio e mera reprodução de decisões passadas (BRUM, 2018, p. 296-302).

É nesse sentido que Guilherme Valle Brum expõe o fundamento em condição simbólica do exercício do poder do Supremo Tribunal Federal, mas que também pode ser trazido para o âmbito das demais esferas de atuação do Judiciário, pois povo-princípio acaba incidindo, obviamente em menor grau, também em casos nos quais se resolvem conflitos *inter partes*. De modo preciso, a fundamentação da decisão precisa levar a sério o princípio democrático e também o direito, não sendo válida a *práxis* de apenas repetir a mesma decisão em casos parecidos ou sobrecarregá-la com ementas de acórdãos sem nexos, buscando uma espécie de “argumento de autoridade” pela repetição de decisões. Também é o alerta de Leonardo Zehuri Tovar, que aponta para um movimento de padronização do direito sem a necessária reflexão:

O direito está sendo vítima de uma estandardização, fundada na reprodução mecânica de decisões, como se fosse correto privilegiar a quantidade em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional. São julgados e mais julgados “fundamentados” puramente à luz de uma transcrição desmedida de ementas, não necessariamente “aplicáveis” ao caso concreto. (TOVAR, 2018, p. 217)

As decisões padronizadas que cada vez mais se colocam na dianteira da atividade jurisdicional, com um ou outro arranjo em seus parágrafos para se adequar – ou até mesmo burlar – o artigo 489 do Código de Processo Civil, esmiuçador do art. 93, IX da Constituição Federal, aproximam-se muito da produção caracterizada por Deleuze e Guattari no “O Anti-Édipo”: “a produção não é mais do que produção de fantasma, produção de expressão. O inconsciente cessa de ser o que ele é, uma usina, uma oficina, para tornar-se um teatro. E nem mesmo um teatro de vanguarda (...), mas o teatro clássico, a ordem clássica da representação” (DELEUZE; GUATTARI, 1976, p. 75-76).

As decisões judiciais padronizadas, nem sempre, aliás, quase nunca, podem ser tidas como decisões com uma fundamentação correta. Aliás, sobre a fundamentação correta, cabe trazer que o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil não dá nenhuma referência quanto ao método que o juiz deverá adotar para transpor sua motivação para a decisão, ponto em que Thiago Carlos de Souza Brito dirige uma crítica ao dispositivo legal:

A importância da *correta* fundamentação, mais adequada a desnudar o procedimento psíquico interno daquele que decide, reside no fato de que, ausentes tais mecanismos, não haverá limites para a atividade jurisdicional. Sem ela, a discricionariedade do magistrado será ampla, irrestrita e sigilosa, o que em nenhuma hipótese se admite em uma sociedade pretensamente democrática. Se o método de fundamentação utilizado pelos Tribunais brasileiros permite um tipo de fundamentação das decisões que nada motiva, pode-se afirmar com certa margem de segurança que o Poder Judiciário deixou de ter qualquer controle, passando a ser ele o Poder absoluto. (BRITO, 2017, p. 55)

A situação do juiz não é nada simples, pois cada vez mais aumentam, em quantidade, as leis, súmulas, os julgados a observar, as orientações dos tribunais e, ainda assim, sobram vácuos nos quais é necessária a intensa atividade interpretativa para que possa ser prestada a jurisdição. Não se pode negar que a tarefa do julgador se distingue em muito da rotina burocrática de bater carimbos, mas mesmo assim é exigida a celeridade que muitas vezes corrompe as características qualitativas. Tanto é assim que “os juízes ocupam, no Estado constitucional contemporâneo, uma especial e difícil posição de intermediação entre o Estado e a Sociedade, que não encontra paralelo em outros funcionários públicos” (ALVES, 2012, p. 304).

A dimensão do problema com o qual os juízes trabalham fica diagnosticada na asserção de Gilberto Alvaro, ao considerar o emaranhado ordenamento normativo de um direito formado por fontes transcendentais que precisam ser captadas e conciliadas pelo intérprete:

As decisões judiciais encontram-se imersas em uma estrutura de atos jurídicos sequenciais numa relação espaço-temporal, no tempo processual do devido processo, da observância do contraditório e da ampla defesa, da isonomia e da tenção ao princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Assim, o processo de direito democrático ressalta a relevância da democracia na decibilidade. A democracia que, em Jacques Derrida, é caracterizada pela inadequação do modelo e pela historicidade associada a essa inadequação. A democracia nunca existirá no presente; ela não é presentável e tampouco uma ideia regulativa no sentido kantiano. Mas existe o impossível, cuja promessa de democracia inscreve – uma promessa que corre e sempre deve correr o risco de se perverter em ameaça (...) o conceito herdado de democracia é o único que acolhe bem a possibilidade de ser contestado, de contestar a si mesmo, de se criticar e aperfeiçoar indefinidamente. (ALVARO, 2017, p.101)

Já não cabe mais ao juiz esperar do legislador, como quem espera do além, a solução adequada, assim como não cabe esperar a iniciativa do governante em dar fim aos contrastes sociais que matam mais do que o holocausto. No entanto, legislar de forma positiva e determinar a execução de políticas públicas também não pode ser a atividade preponderante do Judiciário. O caminho da interpretação, por mais que tenha largas veredas para superar a concepção exegética, ainda precisa colocar o juiz nas balizas da lei:

As concepções fincadas na ideologia puramente da subsuntiva se mostram, à evidência, insuficientes, mesmo porque já se observou que o ideário de que o juiz encontrará na lei uma resposta unívoca é no mínimo infantil. Igualmente indefensável dizer que o juiz não está sob nenhum prisma submetido à lei, vez que decidiria a par de sensibilidade jurídica ou mesmo pela visualização de interesses, ditos, sociais. (TOVAR, 2018, p. 291)

Os limites e pressupostos para decisões coerentes gravitam em torno da interpretação judicial, levando o intérprete à percepção de elementos que compõem o campo jurídico com o qual já está familiarizado, mas também das contribuições jusfilosóficas que são capazes de auxiliar e orientar o preenchimento dos conteúdos abertos. O subjetivismo deve ceder lugar à discussão orientada pelos aportes da filosofia, da sociologia, da política e da sociedade e estes precisam ser convalidados pela democracia.

Como Thomas Bustamante apresenta em seu ensaio acerca dos *obiter dicta*⁹³, em suas modalidades abusivas, trata-se da representação da atitude de juízes que se sentem

⁹³ Ainda a doutrina *obiter dicta* comumente os trate como comandos decisoriais frágeis, que não abordam o núcleo da intenção do julgador o que, em tese, seria sua mais marcante diferenciação com a *ratio decidendi* não se pode desprezar a sua relevância para o sistema processual, principalmente pelo potencial que possuem de “demarcar o território” do posicionamento transversal – muitas vezes político ou moral – do juiz ou da corte para enfrentar determinado tema. Como menciona Bustamante, “os *obiter dicta* adquirem uma relevância prática e são capazes de influenciar o comportamento dos cidadãos, de outros juízes ou de qualquer outra classe de

protagonistas na construção prática a partir de si mesmos. Ou seja, a partir de seus próprios juízos políticos ou morais – muitas vezes aclamados como superiores aos das demais pessoas – passam a interpretar as normas em uma indiferenciação perigosa entre direito e política que subordina a ideia de legalidade e de Estado de Direito a uma instrumentalização tão vulgar que sequer reconhece na lei os limites institucionais da sua atividade (BUSTAMANTE, 2018, p. 738-739). Ainda que nesse texto tenha se defendido que direito e política são inseparáveis, convém apontar que não se tratam de uma mesma coisa, de modo que há, na justiça e na política, atuações diferentes e justamente nesse discernimento que o julgador se destaca em sua parcialidade para decidir, por mais que em algum momento da vida – ou do processo – se mostre adepto a uma causa política ou outra, isso não pode comprometer a sua atuação no jogo democrático processual que se dá em um Estado de Direito.

Ao final, uma proposta de limitar a extensão da interpretação não se mostra como uma maneira de aprisionar o julgador nas amarras do positivismo ou submetê-lo a ideologias e imposições políticas, mas é para estabelecer confiabilidade, racionalidade e exequibilidade à atividade decisional.

Para contrapor a figura do Juiz Júpiter, aquele submisso à lei, é oportuno trazer a figura do Juiz Hércules como aquele, nas palavras de François Ost (1993, p. 176-181), que se “desdobra em engenheiro social” que se concebe como “paladino” que é atento aos detalhes para solucionar os problemas com a resposta correta, um juiz humano, o qual Luiz Flavio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019, p. 54) apontam como juiz que deve traduzir em sua sentença os sentimentos de justiça da comunidade, as lutas dos marginalizados, a libertação dos oprimidos, que deve sempre dinamizar a lei para que não seja força retrógrada dentro da sociedade, que deve criar o direito em cada caso concreto com base nos valores nunca espoliáveis da justiça, da política e da ética que atribuem toda a dinamicidade ao direito, que a lei não tem. Esse Juiz Hércules que, segundo Dworkin, é capaz de resolver casos difíceis porque tem grande percepção moral também está sujeito a erros e por isso Dworkin propõe duas alternativas: (i) por serem falíveis, não devem fazer esforço para determinar direitos institucionais, mas somente devem decidir casos difíceis com base em decisões políticas, ou não os decidir; e (ii) devem submeter a outros as questões de direitos

autoridades governamentais. Ainda que os classifiquemos como dotados de uma normatividade frágil, na medida em que não lhes reconhecemos autoridade para resolver definitivamente, com força de precedente vinculante, os casos contidos em suas hipóteses e generalizações, *obiter dicta* são capazes de influir sobre a prática e de gerar razões para ação. Razões para a ação que, em que pese o seu caráter persuasivo (mas não peremptório), deriva da posição institucional do juiz ou tribunal que os prolatou” (BUSTAMANTE, 2018, p. 719).

institucionais. Mas Dworkin não concorda com esta última alternativa, por entender que não há razão para atribuir a outro grupo específico uma maior capacidade moral ou, que se tal razão existisse, seria o caso de alterar o processo de seleção dos juízes e não as técnicas de julgamentos. Porém, ante a possibilidade de errar, o juiz Hércules precisa decidir os casos difíceis com humildade (DWORKIN, 2002, p. 202-203).

Uma outra figura de juiz que François Ost utiliza é a do Juiz Hermes, um juiz que se situa em meio a uma “rede jurídica” que reconhece o direito como uma peça inacabada ou em constante construção e modificação, que atua em meio a uma multiplicidade de atores jurídicos, que convive com questões plurais (direitos coletivos, difusos, metaindividuais), que precisa compreender a multiplicação dos níveis de poder. O Juiz Hermes é preocupado com as regras do jogo, permitindo o respeito aos jogadores e garantindo *handicaps* que igualam os participantes para, ao menos, fazer valer pontos de vistas (OST, 1993, p. 182-192). O Juiz Hermes possui grande responsabilidade e entende que aquilo que era suficiente para a resolução do problema, é, atualmente, o início de sua atividade judicante, que o conhecimento das leis e códigos é insuficiente para alcançar um julgamento justo e reconhece a incidência das normas constitucionais, internacionais e supranacionais que regem o Estado, para o qual enquanto magistrado ele é *longa manus* (GOMES; MAZZUOLI, 2019, p. 80).

Ao ver estes três tipos de juízes e efetuar uma comparação, o Juiz Júpiter se mostra ultrapassado para resolver as situações contemporâneas, ao passo que o Juiz Hércules, ao se apresentar forte, carrega consigo toda a capacidade de subjugar o direito e impor seu próprio modo de ver as coisas, já o Juiz Hermes se revela moderado e adepto a zelar pelas regras do jogo, garantindo o direito das partes em expor seus pontos de vista. Desses três, o que mais se aproxima de um tipo ideal de juiz – se se pudesse assim dizer – é o Juiz Hermes, ao se preocupar com o aspecto democrático do processo e com as garantias constitucionais, por isso não se trata de ostentar o formalismo, mas de garantir a concretização dos direitos e a solução do caso concreto de maneira controlada e racional, mediante uma interpretação que é moderada e participativa ao reconhecer os outros atores jurídicos.

4.4 Conclusão do terceiro capítulo

Uma vez entendido o lugar da Constituição, é necessário ainda tatear que, enquanto um documento originado do povo, não há supremacia do legislador, do governante ou do julgador, pois isto seria uma inversão dos papéis. Se a norma mais importante decorre da vontade e dos interesses populares, não pode o povo se subordinar aos atores sociais

secundários, que são seus representantes. Na realidade, os que representam são eleitos para conduzir de acordo com as exigências do povo, sob pena de grave crise de legitimidade.

Desta forma, ainda pela supremacia da Constituição, discerne-se a vontade da maioria governante da vontade da maioria constituinte, revelando-se esta última como a que deve ter maior peso, porque vai se pautar na efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse horizonte, a jurisdição constitucional é indispensável para garantir os direitos fundamentais e a democracia, mediante a atuação contramajoritária. Pela atuação contramajoritária, a jurisdição constitucional promove a defesa da consciência e da pluralidade de direitos, sobretudo de direitos fundamentais, evitando que a maioria sufoque a minoria e os vulneráveis. Na periclitância da ordem e dos valores da Constituição, a jurisdição surge como a força determinante da manutenção e da garantia dos indivíduos diante de abusos do Estado e da sociedade que atuam em um modo político atávico.

O papel fundamental do controle de constitucionalidade figura-se em impulsionar a concretização dos postulados da Constituição, não apenas em eliminar as insuportáveis leis inconstitucionais. É por isso que, de regra, a lei nasce constitucional e em um movimento *a posteriori* é declarada inconstitucional pelos seus efeitos concretos ou pelas aberturas que pode dar numa atuação que atravanca a realização dos direitos fundamentais.

Em que pese serem um atributo necessário para a realização do Estado Democrático e Social, a jurisdição constitucional e a atuação do STF na guarda da Constituição somente se justificam se são realizadas de acordo e conforme os interesses do povo, razão pela qual não se pode separar o povo do controle de constitucionalidade, sob pena de fomentar a ruptura entre o povo e a Constituição. A legitimidade do Poder Judiciário para a jurisdição constitucional somente se dá em um ambiente que considera a importância do povo e da democracia, o que não é pela autorização, mas é pelo exercício.

Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal concebe seu papel de interferir nas políticas públicas, assumindo sua função contramajoritária e a judicialização da política, na qual:

a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional. (ARE 745745 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, publicado em 19/12/2014).

Não há uma atuação do Judiciário que seja unicamente jurídica, ou seja, as funções, ainda que bem caracterizadas, estão envoltas em influências políticas, morais, culturais e sociais. Ao contrário do ativismo judicial que desequilibra as relações de poder, a judicialização da política visa a sua restauração, razão pela qual esse tipo de interferência ou avocação de competência somente se justifica em raríssimas exceções.

Dessa forma, a interpretação constitucional precisa lançar-se sobre a decisão judicial sem um eclipsar da realidade. Ao observar a realidade constitucional, o intérprete consegue identificar a diferença entre as realidades impostas por grupos hegemônicos de poder, é possível compreender também que a Constituição não contém a resposta correta aguardando a descoberta pelo juiz, mas é o referencial sem o qual não se podem obter as respostas corretas. Essa realidade fornece elementos para uma pré-compreensão dos desenhos institucionais e viabiliza identificar as falhas cruciais que são capazes de transformar a judicialização da política em ativismo judicial.

O Juiz Júpiter que outrora foi apresentado, agora ademais de não poder ir além da subsunção, torna-se o repetidor do que já foi julgado, quase que em um movimento autofágico do Judiciário. O Juiz Hércules como detentor da resposta correta e de uma percepção moral inalcançável por outros seres humanos se torna o exponencial do ativismo e coloca em risco a integridade do direito. O Juiz Hermes como conhecedor do ordenamento normativo e consciente de que as respostas corretas não estão contidas somente na lei, necessitando de interpretação, leva em consideração outros atores jurídicos para a sua tomada de decisão, tornando-se mais refratário ao ativismo judicial, de modo a buscar condições moderadas para aplicar a jurisdição.

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, com o intento de apresentar as estruturas e os interesses do Estado, objetivou-se trazer o Estado formal, com funções definidas, organizadas e criadas para um fim determinado. A fórmula dos freios e contrapesos aparece como dispositivo regulador da harmonia e da independência que vêm grafadas na Constituição como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro. Desse aspecto teórico e, por vezes, utópico, percebe-se que os arranjos institucionais somente se mantêm se a Constituição for colocada acima do Estado, ou seja, aqueles que elaboram e cuidam desse texto vivo não podem se colocar acima dele. As estruturas de poder acabam confiscando o direito como um mecanismo de criação e manutenção de interesses espúrios se o princípio democrático é espoliado do processo de tomada de decisões, seja em qualquer das nuances, de governo, de legislatura ou de jurisdição. Frente a isso, engendra-se um conflito interno pela prevalência do poder e no poder, que deteriora a função do direito se não é observada a Constituição e a denúncia elaborada pelo constitucionalismo popular, no qual se pode verificar toda a potencialidade de autoritarismo do Judiciário se este detém de modo isolado a última palavra na definição dos sentidos dos direitos fundamentais. Assim, conclui-se que, diante da tendência de expansão do Poder Judiciário, novos mecanismos de controle precisam surgir, em especial com a participação popular e com uma forma de atuação judicial que seja racional e controlável.

No segundo capítulo, foram trazidas as principais características das normas, regras e princípios, no sentido de demonstrar que ainda se faz confusão entre um e outro na prática jurídica, pelo que ganha relevância o debate acadêmico que muitas vezes não chega a frutificar nas rotinas forenses. A compreensão do lugar da regra, do princípio e da norma é parte fundamental dos processos judiciais e influencia diretamente na decisão do julgador. Também foram apresentadas as escolas clássicas do direito, na figura da Escola da Exegese e da Escola Histórica, o que oportunizou a leitura de alguns julgados que utilizam a interpretação subsuntiva, bem como os métodos da Escola Histórica ainda nos dias de hoje. Não é de todo errado que a decisão judicial se apoie em tais métodos de interpretação, mas é problemático quando somente esses métodos são utilizados. Também foi trabalhada a forma brasileira de ordenamento normativo, que tem influências da tradição jurídica da *civil law* e da *common law*, ponto em que, a partir de algumas características de cada uma das tradições, é possível perceber que a importação de institutos jurídicos ainda precisa de reparos para se adequar à cultura e à sociedade do país.

No terceiro capítulo, ao mencionar a indecência da Constituição e a sua relevância para o ordenamento normativo e para o processo, o objetivo é recuperar a noção de que a decisão judicial precisa se desenvolver em consonância com a democracia e que a interpretação judicial não é uma atividade ilimitada. Os direitos fundamentais precisam ter seus sentidos e conteúdo definidos com a participação dos diversos atores sociais e é fundamental a garantia de ampla discussão no processo, para que se possa preencher as expressões abertas de forma adequada. A partir dos três tipos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes, aparece este último como mais afeto a garantir um processo democrático e que, por isso, seria o mais adequado em uma teoria da decisão.

Defende-se aqui que, para efeitos de compreender a decisão judicial como um fenômeno jurídico e também social, os termos correto e adequado são conceitos parecidos; porém, distinguem-se. Assim sendo, além da busca pela justiça, é irrefutável que a jurisdição tem como função a solução do caso concreto, inobstante a carência normativa e as fissuras do sistema jurídico. No entanto, a partir de uma concepção plural, é possível afirmar que não existe a única resposta correta, mas que é possível encontrar uma resposta em meio a tantas outras, igualmente corretas, todavia, inadequadas ao contexto em que se aplicam.

A dificuldade da resposta adequada permeia toda a função jurisdicional desde o juiz de primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal. Neste último, ainda com mais impacto, tanto pela ideia de que a corte detém a última palavra, como pelo efeito *erga omnes* de algumas de suas decisões, que atinge à toda a sociedade. A jurisdição constitucional se desenvolve em um quadro de grande influência da opinião popular, da política e da economia, necessitando uma posição da corte, que preze, primeiramente, pela garantia da Constituição, mas sem desconsiderar todos os efeitos de sua decisão na sociedade.

Mas o juiz de primeiro grau não fica em situação tão distante, tendo que levar em conta os efeitos extraprocessuais de sua decisão. Por exemplo, quando o juiz se depara com o caso concreto, a primeira postura a adotar é a busca pela solução consensual dos conflitos, consoante o art. 3º, §2º do Código de Processo Civil, e disso decorre que as concepções de justiça e fazer a coisa das pessoas é totalmente variável e impossível de se abarcar em exatos termos em uma lei. O juiz, observando as posições das partes, homologa o consenso ou com ele colabora, trazendo condições para que aquele pacto *inter partes* se torne exequível, a partir das cláusulas gerais, dos princípios, da equidade e das peculiaridades das partes. Ou, pelo mesmo modo de agir, no caso de impossibilidade de um acordo, o juiz pode exarar sua decisão e obter resultado semelhante. O que se percebe é que o elemento volitivo do julgador é parte integrante da decisão judicial e, muitas vezes, é relegado, ora para reviver o

anacrônico “boca da lei”, ora para trazer à tona o “jurislador” que faz a lei e julga por ela o caso concreto.

De acordo com os resultados da pesquisa, a maioria das teses que debatem a teoria da decisão judicial apontam para a necessidade de se respeitar a democracia no âmbito da jurisdição. Os autores, cada um ao seu modo, visto que as teses requerem a originalidade dos argumentos, trazem diagnósticos, propostas e resultados que contribuem para identificar o *status quo* da decisão judicial, que ainda sofre efeitos de uma interpretação silogística e não enfrenta de maneira adequada as expressões abertas da Constituição, ora por uma interpretação reducionista, ora por uma interpretação exacerbada no ativismo judicial.

Também é perceptível que a recepção de institutos de outras tradições jurídicas, em especial da *common law*, amplifica o problema da decisão judicial, colocando o juiz em uma posição de não conseguir enfrentar a contento o dever de fundamentação da decisão, ante a ampla margem de discricionariedade que encontra quanto aos métodos que pode utilizar para a prestação de seus serviços.

Por outro lado, aponta para a solução do problema da teoria da decisão a realização de processos democráticos, tanto com a participação popular direta quanto pela consideração dos aspectos populares na hora de efetivamente decidir. Isso não implica tornar as decisões populistas, a democracia se mantém enquanto garante a integridade e a coerência da decisão judicial pela observação da pluralidade e não pela prevalência da opinião da maioria ou da minoria.

Assim, o processo decisional precisa garantir a mais ampla argumentação e discussão das fontes e dos valores que irão preencher os conteúdos abertos das normas, com mais relevância àquelas de base principiológica e as que versam sobre direitos fundamentais. A teoria da decisão judicial se mostra adepta ao amplo debate e à mais criteriosa possível leitura das proposições que são levadas em juízo, retirando o julgador de uma posição meramente descritiva e colocando-o como uma espécie de árbitro, pois cada vez mais os aspectos políticos adentram nas esferas em que a discussão jurídica se embate. Dessa forma, como se fosse possível uma conclusão pautada em um modelo de juiz, o julgador moderado, que é refratário aos anseios populares, fundamentado no princípio democrático e que presa sua decisão sopesando os argumentos das partes com as determinações da Constituição, seria o mais adequado. Restou demonstrado que a função jurisdicional sofreu uma ampliação e que foram atribuídas mais responsabilidades aos julgadores, que precisam sair da posição de meros reprodutores do texto legal – ainda que por vezes somente isso seja o essencial, pois muitas vezes o encanto do ativismo torna-os em legisladores e governadores – para adotar

uma postura que leva em consideração os elementos sociais e culturais. Porém, isso não significa que os juízes podem atuar ilimitadamente, a posição de juiz moderado que defende-se aqui, situa-se em um modelo de julgador que busca dialogar com a norma, com os fatos e com os elementos externos ao processo, para que possa construir uma decisão que observe a maior quantidade possível de nuances, democraticamente, sem sobrepor sua opinião sobre a Constituição e seus valores.

No âmbito da jurisdição constitucional, o diagnóstico que se sobressai é o de que há uma sedução pelos assuntos políticos e, muitas vezes, estes são colocados acima do debate jurídico, empobrecendo a dogmática – entendidos aqui os aspectos da teoria da decisão judicial e da jusfilosofia – pela falta de importância às condições de possibilidade de dizer o direito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletí. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGRA, Walber de Moura A. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (coords) **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. p. 431-447.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVARO, GILBERTO. **(H)aja Lei: desconstrução e justiça na decisão judicial democrática**. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito: Belo Horizonte, 2017.
- ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.
- ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Neia. Between consensus and dissensus: institutional dialogue beyond the dichotomy deliberation vs. Agonism. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 24, p. 51-62, jul. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/800>. Acesso em: 10 jun. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i24.800>.
- ALVES, Fernando de Brito; SCHERCH, Vinícius Alves. Decisões políticas e direitos fundamentais: a perspectiva do constitucionalismo popular. In: **RJLB – Revista jurídica luso-brasileira**, Lisboa, v. 4, n. 4, p. 781-808, jul. 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_0781_0808.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.
- APPADURAI, Arjun. Soberania sem territorialidade. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, v. 49, p. 39-46, 1997.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.
- AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia constitucional, Ativismo judicial e controle Judicial de políticas públicas. In: GUIMARÃES, Juarez; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. (orgs.) **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (Coord.). **Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2018. Cap. 10. p. 239-280.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, jun. 2012, p. 23-32. ISSN 2358-4130. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 14 Ago. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradutor Plínio Dentzien Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo à modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELTRAMI, Fabio. **Navegando no horizonte do caos: autonomia, democracia e decisões judiciais**. TESE (Doutorado) Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito: São Leopoldo, 2018.

BITTAR, Eduardo CB. O direito na pós-modernidade. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONETI, L. W. **Políticas Públicas por dentro**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

BORDIEU, P. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1989.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Rogério Piccino. **Separação de poderes e funções do Estado democrático de direito: uma análise crítico-propositiva**. Bandeirantes: Redige, 2017.

BRAGA, Rogério Piccino. **O instituto do recall no Judiciário: um elemento de democratização do Supremo Tribunal Federal**. TESE (Doutorado) Instituição Toledo de Ensino, Centro Universitário de Bauru, Núcleo de Pós-Graduação: Bauru, 2018.

BRITO, Thiago Carlos de Souza. **Fundamentação das decisões judiciais: elementos para a superação do conceito de motivação das decisões a partir da análise comparativa da atuação jurisdicional da Supreme Court e dos tribunais brasileiros**. TESE (Doutorado) Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito: Belo Horizonte, 2017.

BRUM, Guilherme Valle. **Incerteza democrática, legitimidade por reflexividade e jurisdição constitucional: o fundamento (simbólico) do exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal**. TESE (Doutorado) Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito: São Leopoldo, 2018.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. A BREVE HISTÓRIA DO POSITIVISMO DESCRITIVO. O QUE RESTA DO POSITIVISMO JURÍDICO DEPOIS DE H. L. A. HART?. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 307-327, mar. 2015. ISSN 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204>. Acesso em: 23 ago. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n1.p307-327>.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 707-745, set. 2018. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/77117/73923>. Acesso em: 21 ago. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional.** 6^a. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Amanda Sanches Daltro de. (Des)Governança na atuação do executivo e do judiciário na promoção da saúde brasileira. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Separação de poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário.** Salvador: Juspodivm, 2018. p. 35-57.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTRO, Marcus F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1997.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **O estado pós-moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias.** Tradução de Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CLAVAL, Paul. O Território na transição Pós-Modernidade. **Geographia**, [s.l.], v. 1, n. 2, p.7-26, 1999. Pro Reitoria de Pesquisa, Pós Graduação e Inovação - UFF.

<http://dx.doi.org/10.22409/geographia1999.v1i2.a13349>. Disponível em:

<http://periodicos.uff.br/geographia/article/view/13349/8549>. Acesso em: 11 ago. 2019.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics.**

University of Chicago, Chicago, vol. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em:

<http://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em 03 jul. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: o autor e sua obra. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo.** TESE (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito: São Paulo, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Pierre Félix. **O Anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia.** Tradução de Georges Lamaziere. Rio de Janeiro: Ed. Imago, 1976.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Pierre Félix. **Mil platôs - capitalismo e esquizofrenia**. Vol. II. Tradução de Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

DUARTE, Leonardo de Farias. Ponderações sobre a ponderação - o § 2º do art. 489 do novo código de processo civil. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval. (Orgs.) **Os juízes e o novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DURÇO, Karol Araújo. **O modelo de juiz do estado democrático**: uma investigação à luz da racionalidade comunicativa, dos modelos de Estado e das tradições jurídicas. TESE (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em direito da Faculdade Mineira de Direito: Belo Horizonte, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EASTON, David. **Modalidades de análise política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Traducción Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

EINSTEIN, Albert. **Sobre la teoría de la relatividad especial y general**. Madrid: Ediciones Altaya, 1999.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131/131>. Acesso em: 20 jun. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v10i10.131>.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Neoconstitucionalismo e verdade**: Limites democráticos da jurisdição constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GASPARETTO, Vera Fátima; CANEPARO, Karin Cristina. Participação democrática: o diálogo entre os modelos agonístico de Mouffe e representativo de Urbinati. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 51, n. 2, p. 328-344, dez. 2017. ISSN 2178-4582. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/2178-4582.2017v51n2p328/35696>. Acesso em: 24 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/2178-4582.2017v51n2p328>.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

GROSSI, Paolo. Pensamento jurídico. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUATTARI, Pierre Félix. **As três ecologias**. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papyrus, 1990.

GUTTERRES, Anelise dos Santos. A (des)habitação enquanto um disciplinamento moral e uma prática de Estado na criação de territórios. **Etnografica**, [s.l.], n. 213, p.569-583, 1 out. 2017. OpenEdition. <http://dx.doi.org/10.4000/etnografica.5049>. Disponível em: <http://journals.openedition.org/etnografica/5049>. Acesso em: 15 ago. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. 1. Ed. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. In: WEFFORT, Francisco. C. **Federalistas**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 91-184.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. Tradução de Clóvis Marques. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3ª Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 17. Ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude, solidão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HESSE, Konrad. Interpretação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Textos fundamentais de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 26 ago. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Traducción de Fernando de los Rios. 1. ed. México: FCE, 2000.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Traducción de Fernando de los Rios. 2ª. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2013.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Gervásio Álvaro. Lisboa: Livros do Brasil, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KURZ, Robert. **Os últimos combates**. Petrópolis: Vozes, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2006.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMA, Renata Dayanne Peixoto de. **O Supremo Tribunal Federal e o poder de errar por último no Brasil:** da legitimidade de controlar a discordância do Legislador. TESE (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito: Recife, 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución.** Tradução de Eduardo Espin. 2ª. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1979.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público:** uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2014.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos;** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Judicialização da política ou “politização suprema”? O STF, o poder de barganha e o jogo político encoberto pelo constitucionalismo. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [s.l.], v. 24, n. 01, p.1-12, 2019. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2019.8652>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8652/pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial:** limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432760>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 15 set. 2019.

MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría general del estado.** México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. **Teorias do Estado:** ditadura inconstitucional: golpe de Estado de 2016: forma-Estado: tipologias do Estado de exceção: Nomologia da ditadura brasileira. Curitiba: CRV, 2019.

MARX, Karl. El manifiesto filosófico de la escuela histórica del derecho. In: MARX, Karl. **Escritos de juventud.** Traducción de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 1998.

MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação dos poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular.** TESE (Doutorado) Universidade Federal do Paraná, Pós-Graduação em Direito: Curitiba, 2017.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade.** Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** TESE (Doutorado) Universidade Estadual de São Paulo, Pós-Graduação em Ciência Política: São Paulo, 2008.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy.** New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis.** Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&c - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, [s.l.], v. 16, n. 63, p.107-136, 1 jan. 2016. Revista de Direito Administrativo and Constitucional. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i63.45>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/45/520>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MOTA, Mauricio. BARRETO, Vicente de Paulo. **Por que estudar filosofia do direito?: aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais.** Brasília: ENFAM, 2011.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la.** Tradução de Cássio Arantes Leite, Débora Landsberg. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friederich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
 NOBRE, Marcos. 1988 + 30. **Novos Estudos - Cebrap**, [s.l.], v. 35, n. 02, p.134-149, jul. 2016. *Novos Estudos - CEBRAP*. <http://dx.doi.org/10.25091/s0101-3300201600020008>. Disponível em: <http://novosestudios.uol.com.br/produto/105/#58ed26e04227a>. Acesso em: 28 ago. 2019.

OLIVEIRA, Janaina Aparecida Alves de. Contribuições de Chantal Mouffe à democracia radical. **Redd – Revista Espaço de Diálogo e Desconexão**, [s.l.], v. 10, n. 2, p.93-99, 1 jun. 2018. *REDD - Revista Espaço de Dialogo e Desconexão*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32760/1984-1736/redd/2018.v10i2.11903>. Acesso em: 14 jun. 2019.

OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica: do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito**. TESE (doutorado) Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito: Belo Horizonte, 2017.

OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Núm. 14, p. 169-194, 1993. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>. Acesso em: 07 jul. 2019.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 5. ed. Campinas: Millenium, 2010.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Traducción de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução a ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1921, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200209&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 Set. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201921>.

ROQUE, Nathaly Campitelli; BEL, Iane Naia de Oliveira Ruggiero Del. O JUIZ E A EMOÇÃO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/985/Ajuris_146%20-%20DT15. Acesso em: 03 nov. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: JusPodivm, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Edições Aforamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo**: globalização e meio técnico-científico-informacional. São Paulo: Hucitec, 1998.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. TESE (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito: São Leopoldo, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHERCH, Vinícius Alves; ALVES, Fernando de Brito. Discricionariedade judicial ou Juízes legisladores: anotações sobre o limite e o alcance da atividade interpretacional dos juízes por meio de uma concepção coerente da discricionariedade. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, [s.l.], v. 4, n. 2, p.66-87, 8 fev. 2019. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-961x/2018.v4i2.4819>. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4819>. Acesso em: 30 jul. 2019.

SCHMITT, Carl. **La ditadura**. Traducción de José Diaz Garcia. Madrid: Talleres Graficos de Ediciones, 1968.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. Thomas Hobbes e os fundamentos do Estado absolutista. In: MEZZARROBA, Ordes (org). **Humanismo político**:

presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. AS RECEPÇÕES TEÓRICAS INADEQUADAS EM TERRAE BRASILIIS. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p.2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53/52>. Acesso em: 30 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [s.l.], n. 44, p.83-101, 11 dez. 2014b. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. <http://dx.doi.org/10.17808/des.44.380>. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/380/341>. Acesso em: 27 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STÜRMER, Júlio César Maggio. **Processo democrático**: uma análise do processo como condição de possibilidade a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. TESE (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito: São Leopoldo, 2017.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**: why extreme Right-wing courts are wrong for America, New York: Basic Books, 2005.

TOMELIN, Georghio. **O Estado jurilador**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Por uma teoria da decisão judicial**: a discricionariedade decisória e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. TESE (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito de Vitória. Programa de Pós-Graduação em Direito: Vitória, 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** London: Verso Press, 1996.

URBINATI, Nadia. **Representative Democracy: principles and genealogy**. Chicago: Chicago University Press, 2006.

VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza. **Hermenêutica e teoria dos precedentes judiciais: exame crítico da (in)coerência decisória no âmbito do Supremo Tribunal Federal**. TESE (Doutorado). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito: Salvador, 2018.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. **Do constitucionalismo de efetividade ao gerenciamento jurídico de resultados para o cidadão**. TESE (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito: Belo Horizonte, 2018.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann (eds.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octayn Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. Ultraliberalismo, evangelicalismo político e misoginia: a força triunfante do patriarcalismo na sociedade brasileira pós-impeachment. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.455-488, 30 ago. 2018. Universidad Federal de Santa Maria.
<http://dx.doi.org/10.5902/1981369427291>. Disponível em:
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/27291/pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOOD, Ellen Meiksins. **Modernidade, pós-modernidade, ou capitalismo?**. Discurso, p. 37-57, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. 10 ed. Madri: Trotta, 2011.