



Bruno Rodrigues Zanello

“A diferença entre o remédio e o veneno é a dose”

A questão do ativismo judicial
e da judicialização da política
no Direito Eleitoral Brasileiro
- uma análise a partir da
ADIN 4.650/DF



A presente obra busca compreender o fenômeno do ativismo judicial e a crescente tendência do judiciário, em especial em matéria eleitoral, de substituir as decisões legislativas tomadas na arena política por suas próprias. Para tanto, inicia traçando as características do Estado de Direito, empreendendo pequena análise das razões de surgimento para apresentar as principais características, verdadeiras razões de ser do Estado de Direito: segurança e conformação da atuação do Estado ao Direito. Na sequência, analisa a tripartição dos poderes, intimamente vinculado ao primeiro, preocupado com a limitação do poder. No último tópico do presente capítulo, analisa-se a relação entre constitucionalismo e democracia, apostando na leitura de fenômenos complementares, não opostos. Após, analisa os paradigmas da filosofia e do direito, buscando reconhecer o papel do intérprete, em especial o do juiz, compreendendo como o Direito, enquanto manifestação, é lido em cada paradigma, realizando uma breve análise quanto ao modelo de decisão, tentando demarcar que o problema do ativismo diz muito mais com a postura do juiz solipsista. No terceiro e último capítulo, a partir dos aportes anteriores, define-se o ativismo judicial, a partir de uma diferenciação da judicialização, apontando suas causas e consequências. Na sequência, se empreende a análise da ADIN 4.650, buscando demonstrar os traços de ativismo solipsista empreendido pelo STF. No último tópico, trata-se da questão das limitações necessárias ao ativismo, bem como as circunstâncias na qual este pode se dar, a partir de uma leitura, ainda incipiente, de democratização dos tribunais e dos espaços decisórios.



“A diferença entre o remédio e o veneno é a dose”

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Ricardo Prestes Pazello
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

“A diferença entre o remédio e o veneno é a dose”

**A questão do ativismo judicial e da judicialização da política no
Direito Eleitoral Brasileiro – uma análise a partir da ADIN 4.650/DF**

Bruno Rodrigues Zanello



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ZANELLO, Bruno Rodrigues

“A diferença entre o remédio e o veneno é a dose”: a questão do ativismo judicial e da judicialização da política no Direito Eleitoral Brasileiro — uma análise a partir da ADIN 4.650/DF [recurso eletrônico] / Bruno Rodrigues Zanello -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

139 p.

ISBN - 978-65-81512-85-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Poder Judiciário; 2. Direito Eleitoral Brasileiro; 3. Política; 4. Ativismo judicial; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Notas introdutórias.....	9
1.....	12
Um passo atrás: a “antessala” da judicialização e do ativismo judicial	
1.1 O “mito” do Estado de Direito: a construção da limitação do poder pelas instituições ..13	
1.2 Dividindo o inseparável: a “separação dos poderes”.....	28
1.3 Constitucionalismo x democracia: de inimigos a gêmeos xifópagos.....	34
2.....	46
Da “cultura” jurídica e do lugar do juiz	
2.1. Paradigmas filosóficos: filosofia tradicional e sua repercussão na formação do paradigma jurídico.....	48
2.2. Paradigmas jurídicos: atenção à transição positivismo x pós-positivismo	58
2.3 “O ser é, o não-ser não é”: o problema da interpretação	71
3.....	78
Poder judiciário: de arbitro à herói	
3.1 De coadjuvantes a atores principais: a judicialização e o ativismo judicial, entre proximidades e desencontros.....	80
3.2 “Corrigindo as patologias”: a resposta é o financiamento público.....	106
3.3 Balizando o inevitável: uma primeira aproximação	119
Conclusão	126
Referências.....	129

Notas introdutórias

O presente trabalho, dentro das limitações que esta espécie de produção acadêmica apresenta, busca tratar do ativismo judicial em uma perspectiva filosófica, partindo do paradigmático caso da justiça eleitoral brasileira. Nesta toada, opta por não se analisar as decisões proferidas pelo TSE, principal órgão da estrutura da justiça eleitoral, mas as do Supremo Tribunal Federal, o qual tem chamado para si o monopólio da guarda da democracia.

Ainda, oportuno salientar que seria praticamente impossível analisar com a profundidade devida o fenômeno se analisadas as inúmeras decisões célebres proferidas, sendo necessário um recorte metodológico fundante. Neste ponto, em uma escolha orientada a valores, como quis Weber, selecionou-se a decisão proferida na ADIn 4.650/DF, por duas razões simples: i) como o tema é sensível ao nosso atual modelo democrático, os debates dos Ministros são reveladores do lugar que entendem ocupar na estrutura democrática, em especial no caso em comento, considerando que a Constituição se cala na temática; ii) na seara eleitoral, o STF tem se colocado como o guardião do procedimento democrático.

Para tanto, o trabalho inicia-se traçando um panorama da antessala da judicialização. O primeiro passo é a análise do Estado de Direito buscando conceituá-lo e historicamente localizá-lo para compreender sua razão de ser, entendendo a forma como o Ocidente optou por disciplinar o poder político. Não se busca promover uma análise histórica que esgote o fenômeno, mas tão somente, apontar manifestações que se prestem a tal caracterização. Desta forma, demonstra como o modelo nasce Estado Legislativo, chegando ao Estado Democrático de Direito, mas, principalmente, se quer demarcar a razão de existência, a saber, a defesa dos direitos individuais.

Após, consequência quase lógica da concepção de limitação do poder pelo Direito, e intimamente vinculado ao Estado de Direito, analisa-se a separação dos poderes, buscando entender o que está por trás desta preocupação. A partir de Montesquieu, constata-se que a busca é pela defesa da liberdade, demonstrando-se ainda que possui natureza dinâmica, de forma que o importante é fracionar as funções, mudando, contudo, ao longo do tempo, as funções típicas e atípicas de cada poder. Sendo assim, inexistente oposição entre poderes, mas sim uma relação de complementariedade.

Ainda, para concluir a primeira parte do presente trabalho, trata-se da relação existente entre constitucionalismo e democracia, buscando evidenciar que não existe uma relação de absoluta separação, considerando que as regras do constitucionalismo é que acabam definindo o que é a democracia e vice-versa, numa espécie de fundamentação circular.

No segundo capítulo, propõe-se uma análise paradigmática do direito e da filosofia, valendo-se das teorizações de Kuhn. Aqui, válido salientar que não se adentra na questão do direito ser ciência ou não, mas tão somente usa-se desta chave de compreensão para demarcar o lugar das coisas. Na análise da filosofia, a partir dos paradigmas, quer-se demonstrar a relação entre a filosofia tradicional e a filosofia do direito, evidenciando as imbricações, mas, principalmente, a forma como a primeira atua na hermenêutica jurídica. Ainda, valendo-se da mesma chave de leitura, analisa-se os paradigmas jurídicos, buscando relacionar a forma como o Direito é lido pelos operadores. Por fim, debruça-se, brevemente, sobre algumas linhas do pensamento da interpretação, não buscando estabelecer métodos, mas somente tratar a respeito do que é a interpretação, demonstrando a efetiva necessidade de superação do paradigma da consciência, alterando da figura do juiz solipsista para o juiz democrático, demonstrando que o giro paradigmático do direito exige uma alteração do sujeito pensante.

Valendo-se deste aporte anterior, o capítulo 3 busca conceituar o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da política,

demonstrando que o primeiro é um acirramento do segundo. Desta forma, mostra-se o caráter plurívoco da expressão, bem como demonstra as razões de ser do fenômeno, relacionando-os com os riscos apresentados ao modelo de direito democrático. Após, parte-se para uma análise eminentemente descritiva dos votos e debates da ADIn 4.650/DF, demonstrando que se trata de típico caso de ativismo judicial solipsista, onde os Ministros apresentaram seu conceito de bem viver. Por último, demonstra-se que o problema não está por si no ativismo, mas no modelo ativista que se tem, o qual ainda não realizou o giro linguístico, de forma a não abrir os canais de democratização do judiciário, propondo, ainda de maneira incipiente, uma sugestão à problemática.

Um passo atrás: a “antessala” da judicialização e do ativismo judicial

O fenômeno do ativismo judicial é um tema pulsante na atualidade, produzindo acirrado debate na academia e nos tribunais. Esta “judicialização da política”, em rápidas palavras, significa uma atuação do Judiciário como instância decisória apta a atuar na política ordinária, ampliando em demasia o poder dos juízes, aproximando-os, para alguns, de um “poder moderador”.

Esta reestruturação conduz a um debate mais profundo, quanto à legitimidade e a politização dos juízes, em especial os das cortes supremas.

Inobstante o tema esteja vinculado de maneira mais íntima com a terceira onda de democratização – quando os tribunais assumiram o papel de garantes das promessas constitucionais –, um debate de fundamentos deste fenômeno jurídico-político exige um “passo atrás”, ou seja, uma análise, ainda que breve, do Estado de Direito, da tripartição dos poderes e da relação entre democracia e constitucionalismo.

1.1 O “mito”¹ do Estado de Direito: a construção da limitação do poder pelas instituições

A expressão “Estado de Direito” é plurívoca, um conceito aberto, o qual acaba sendo preenchido de acordo com os significantes daquele que o interpreta, bem como de acordo com o modelo social estabelecido. Como bem demonstra Danilo Zolo, a expressão varia conforme a cultura jurídica e os contornos que a define, como, por exemplo, o uso de “*Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho* e *rule of law*”².

Carl Schmitt já pontuava, na década de 30, quanto a plurissignificação do conceito, assinalando que os significados deste variam tantos quanto fossem os significados de “direito”³, e, também, tantos quanto forem as modalidades de organização do poder que poderiam ser acopladas a concepção de “Estado”. Tanto era assim, que o juspublicista alemão assinalava que os advogados se apropriavam do termo para acusar seus opositores de “inimigos” do Estado de Direito⁴.

Esta questão torna-se ainda mais sensível no cotidiano, quando o vocábulo foi incorporado pelo senso comum, através da utilização dos meios de comunicação de massa⁵. Nestes aparelhos, a expressão é defini-

¹ A palavra “mito” – assim como outras tantas – pode possuir muitos significados. De maneira ordinária, lê-se o mito como um “rótulo que permite identificar a falsidade do real”. Neste sentido, os mitos são fraudadores do real, oriundo do irracional, uma “ideia falsa em sua versão mais sedutora”. Aqui, contudo, encara-se o mito como um “conhecimento derivado de certas experiências sociais e, como tal, um modo de pensar que reforça certezas, negações e, principalmente, interesses”, em suma, serve, na verdade, como uma importante fonte de informações para o mundo, ajudando a compreendê-lo, sendo uma forma de coletiva de classificar valores. Em resumo, “o mito é uma razão prática à qual recorrem os grupos sociais para justificar e legitimar seus interesses”. Para maiores aprofundamentos, ver: RUST, Leandro Duarte. Mitos papais: política e imaginação na história. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015. 247 p.

² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

³ Não é diversa a leitura constante na obra REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1963. 300 p.

⁴ SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. Duncker & Humblot, Argentina, 2002.

⁵ É válido salientar que ao longo da história percebe-se que existe grande preocupação por parte dos governos antidemocráticos em se caracterizarem como Estado de Direito, revestindo com aparência de legalidade o poder de fato. Exemplo típico é o brasileiro, onde a Ditadura Civil-Militar outorgou uma constituição – ou duas, a depender da leitura – e realizava os atos de exceção com base em atos institucionais. A razão é simples: o vocábulo tem forte carga ideológica, conforme aponta BEDIN, Gilmar Antonio. Estado de Direito: Tema complexo, dimensões essenciais e conceitos. In.: Direito e Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXII, n 39, jan-jun 2013, p.144-152.

da a partir da oposição. Em outras palavras, o Estado de direito é definido a partir de um critério negativo, a partir daquilo que não é. Nesta linha, serve como oposição ao totalitarismo, consagrando a liberdade e outros direitos. Esta visão é tão forte que Canotilho aponta que a própria definição é constituída a partir do não-direito⁶.

Apesar das dificuldades que surgem quando da definição do Estado de Direito, pode-se apropriar dos contornos oferecidos por Luigi Ferrajoli. O autor italiano afirma que o Estado de Direito pode ser conceituado de duas formas: i) amplo/fraco/formal, quando é definido como qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercido nas formas e através dos procedimentos por ela estabelecidos; ii) forte/substancial/material, definido como “*ordenamentos nos quais os poderes públicos estão igualmente sujeitos à (e por isso limitados e vinculados pela) lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto ao conteúdo do seu exercício – todos os poderes se vinculam – até o legislativo*”⁷.

Da análise histórica, percebe-se que o Estado de Direito nasce Estado Legislativo, onde a validade da lei vai depender da forma, refletindo na ciência jurídica predominante da época, o positivismo, eminentemente cognitivo⁸.

Contudo, mesmo com a dificuldade de definição do Estado de Direito, faz-se necessário analisá-lo, posto que seus contornos dizem de maneira direta com o lugar que os poderes ocupam na organização da soberania, bem como o porquê estão lá. Portanto, é pujante a necessidade de se debruçar sobre esta temática, tendo em vista que, conforme assevera Canotilho, estudá-la é buscar a origem da resposta a problemas sensíveis⁹, em especial àqueles da judicialização e do ativismo.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b

Primordialmente, como ponto de partida, pode-se destacar o Estado de Direito como uma ferramenta que se coloca, em primeiro plano, à defesa dos direitos do “homem”, nascidos no decorrer dos séculos XIX e XX, a saber, em especial, o direito de propriedade, à autonomia contratual, liberdade e segurança pessoal¹⁰.

Aqui, vale consignar que ao empreender esta análise, por óbvio, trata-se de os “Estados de Direito”, buscando unificá-los em suas similitudes, numa interpretação por natureza *nomotética*, selecionando as características mais relevantes, o que implica, necessariamente, numa discricionariedade do intérprete.

Todavia, para buscar as características, apresentar os princípios definidores e, principalmente, as razões de surgimento deste modelo de organização do poder, faz-se necessária a realização de uma breve incursão histórica. Nesta linha, impossível fazê-la sem revisitar as teorizações de Pietro Costa.

O jusfilósofo italiano inicia suas teorizações destacando os pontos cardeais do Estado de Direito nas suas mais variadas manifestações: o poder político (em outras palavras, a soberania); o direito (no sentido de normatividade posta) e os indivíduos, gerando

uma conexão entre “Estado” e “Direito” que se revele, em geral, vantajosa para os indivíduos. O Estado de Direito apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do “direito”) no “poder” com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos¹¹.

Em linhas singelas, o Estado de Direito busca a introdução, em defesa da cidadania, de uma tematização jurídica do poder soberano, ou seja, revestir de juridicidade uma questão fática: a soberania.

Corroborando com este entendimento, destaca-se o ensinamento do professor português J.J. Canotilho, o qual define que “o *princípio básico*

¹⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

¹¹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 96.

*do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes*¹².

Desta forma, um Estado pode ser de direito se: i) está sujeito ao direito; ii) atua através do direito; iii) positiva normas jurídicas informadas pela ideia de direito¹³. Em suma, o Direito deve conformar o Estado.

Ainda, sobre a análise em perspectiva histórica, destaca-se que a matéria não encontra pacificada na teoria política, considerando que a leitura varia conforme a perspectiva do intérprete a respeito das características basilares do modelo, bem como dependendo da escola histórica adotada. A título exemplificativo, boa parte dos teóricos apontam que o estudo das bases do Estado de Direito remonta aos séculos XVII e XVIII, apresentando como os grandes marcos de surgimento as revoluções Americana e Francesa, as quais são paradigmáticas na sedimentação de instituições destinadas à limitação do poder político.

Já a perspectiva de Pietro Costa é mais complexa, marcada por uma análise não-linear da história, demonstrando as rupturas, mas também – e principalmente – as continuidades. Nesta linha, divide a história do Estado de Direito em “três tempos”, três momentos históricos. O primeiro tempo, em ordem decrescente, é intitulado *história em sentido estrito*, entendendo que esta etapa tem início com o surgimento do léxico, em um momento onde não só se cria uma solução – mesmo que não definitiva – para a relação poder, direito e indivíduo, mas é conferido um nome a este complexo de relações. O segundo momento é o período intitulado *pré-história*, quando o conceito – “o nome” – não existia, mas as práticas – “a coisa” – já existia. Por fim, existe um terceiro momento, anterior à *pré-história*, quando a relação poder e direito já era tematizada, mas as teorizações eram esparsas e não tinham por preocupação primordial a contenção do poder.¹⁴

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b. p. 9.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b.

¹⁴ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Sobre as razões políticas de surgimento, denota-se que o Estado de Direito encontra seu fundamento na necessidade de colocar barreiras ao poder, usando a lei como um mecanismo de limitação do agir político, servindo de contenção ao soberano.

Necessário salientar que embora naturalizado atualmente, nem sempre se viu na lei o melhor mecanismo para o exercício do poder político. Para tanto, basta relembrar das teorizações de Platão, o qual embora não seja considerado um juspublicista, influenciou largamente a teoria política ocidental, principalmente através da sua análise da relação poder e lei. O filósofo grego, que não era entusiasta do “governo conforme a lei”, apontava que o melhor governo somente poderia ser confiado àquele que era detentor da arte de governar, pois somente este seria apto a realizar a justiça, sendo, neste caso, inútil as leis¹⁵. A importância desta análise foi tamanha que, junto com as teorizações do Cristianismo, serviu como base para a distribuição do poder durante boa parte da Idade Média, fundamentando o poder real.¹⁶

Contudo, superada esta visão de governo dos sábios, percebeu-se que a lei poderia ser um importante mecanismo de limitação do soberano. A lei, antes vista como uma forma de redução da liberdade, passa a ser compreendida como uma ferramenta importante na concretização dos direitos, servindo de limite ao Estado, protegendo o cidadão.

Deve-se destacar ainda que, neste modelo de governo dos escolhidos, o poder também se manifestava através da *Jurisdictio*, por meio *do dicere ius*, posto que neste o poder pressupunha a ordem e a declarava. Sobre o período da pré-história, Costa assevera que se trata do período intitulado “absolutismo”. O autor italiano destaca que é necessário se despir da visão iluminista de um “Estado absoluto” que pode tudo e tudo faz, oprimindo os sujeitos, considerando ser uma visão ideológica dos teóricos do “iluminismo” para defender a limitação do Estado. De acordo

¹⁵ Platão entendia que o governante deveria assegurar a todos uma vida digna, entendendo que somente os filósofos tem habilidade para assegurar isto, de forma que a melhor forma de governo deveria ser o governo dos sábios. Para maiores esclarecimentos ver: PLATÃO. A República. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. P. 513 p.

¹⁶ Para compreender a fundamentação do poder, ver a obra “Cidade de Deus”, de Agostinho de Hipona.

com o professor, este Estado não era dotado de um poder ilimitado, mas sofria restrições do Direito, pelos direitos e pelo *iura et privilegia* dos indivíduos, classes e corpos sociais. Em outras palavras, estes Estados não eram reinos do arbítrio¹⁷.

As condições de possibilidade de surgimento do Estado de Direito despertam nos séculos XVII e XVIII, posto que neste instante as concepções de sujeito, direito e soberania ganharam novos contornos na filosofia política europeia. O protagonismo da lei, limitadora da soberania, é redefinida, a partir da centralidade do homem, não mais da religião, fundando a subjetividade, conforme nos ensina Foucault. Em outras palavras, ocorre a transição do sujeito pertencente a uma comunidade para o sujeito dotado de liberdade, qual é a principal e fundante concepção para este novo modelo de organização político-social¹⁸.

Nesta nova concepção, somente é possível assegurar a liberdade através da lei. Tanto Locke, quanto Montesquieu, apontavam que a lei não somente organiza a soberania, mas também não se opõe à liberdade, pelo contrário, sendo indispensável a esta, considerando servir de contenção ao despotismo¹⁹.

Sendo assim, a lei protege do arbítrio, de forma que a liberdade do indivíduo se realiza dentro dela. Conforme leciona Costa:

[é deste] nexa entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos. A liberdade e a segurança (da pessoa, dos bens) são valores finais que a lei permite alcançar na medida que impede o arbítrio.²⁰

¹⁷ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁸ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁹ Ver: MONTESQUIEU, Charles. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.; e WEFFORT, Francisco C. Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, 'O Federalista'. 8. ed. São Paulo, SP: Ática, 1997. 287 p.

²⁰ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 103

A partir desta primeira análise histórica já se extrai dois princípios fundamentais e basilares do Estado de Direito: princípio da legalidade e da igualdade.

O documento político-jurídico que marca, por excelência, esta nova episteme jurídica é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual institucionaliza a ideia de que a soberania é chamada a realizar, por meio da lei, os direitos, os quais devem ser direcionados à concretização da liberdade.

Todavia, o Estado de Direito passou por uma nova mudança. Com o fim do Antigo Regime, o titular da soberania passou a ser a Nação, conforme preceituava Rosseau, de forma que não basta mais somente os direitos individuais, fazendo-se necessários a consolidação dos direitos políticos. Na visão de Costa, esta transição de titularidade da soberania foi fundamental para uma sobrevida do Estado de Direito, considerando que fortaleceu o vínculo existente entre soberania, lei e liberdade, tendo em vista que a ordem jurídica decorre da vontade constituinte da Nação, não mais do monarca.²¹

Esta transferência de titularidade gerou grande confiança por que se entendeu, durante certo tempo, que estabelecer um conjunto de garantias era desnecessário, tendo em vista que, como afirmava Rosseau, “*o corpo não prejudica a si mesmo*”²². Neste momento, instituiu-se a soberania da vontade geral, a qual era manifestada através do Legislativo. Este ganhou uma prevalência sobre os demais poderes, de forma que até a Constituição, neste primeiro momento, poderia ser deixada de lado pelo Legislativo. Nesta linha, evidente que não se falava em controle de jurisdicional da lei, posto esta ser uma manifestação pura da soberania, além de que entendia que esta possuía caráter geral, não fazendo sentido o controle por qualquer órgão. Nesta linha, o juiz, conforme afirmou

²¹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²² ROSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

Montesquieu, era a “boca inanimada da lei”, ou seja, deveria aplicar a norma sem qualquer atividade interpretativa.

Oportuno destacar que Carré de Malberg apontava que o objetivo ontológico do Estado de Direito é a autolimitação, submetendo-se as regras. Contudo, Carré criticava essa posição jacobina, defendendo que todos os poderes, inclusive o legislativo, se submetessem ao direito²³. Portanto, na visão do professor, o Parlamento é somente um dos poderes constituídos, pois um autêntico Estado de Direito deve possuir mecanismos/instrumentos legais para se opor à vontade do legislador também.

Nesta linha, o *Rechtsstaat* alemão do começo do século, momento em que não se tinha experimentado um constitucionalismo nos nossos termos atuais, confia ao Poder Legislativo a decisão e a disciplina da atribuição dos direitos subjetivos. Neste contexto, o sistema de regras instituído pelo Parlamento deveria ser rigorosamente observado pelos demais poderes, pois só assim seria legítimo. A lei é vista, portanto, como um limitador eficaz de qualquer risco a tutela dos direitos individuais.²⁴ Isto produziu o primado do poder legislativo sobre os demais, marcado por uma Constituição flexível, não assistida por jurisdição constitucional²⁵.

Neste momento histórico, conforme a própria ideia rosseauiana, o possível abuso de poder por parte do legislativo sequer era imaginável, pois neste modelo pensava-se numa correspondência entre vontade estatal, legalidade e legitimidade moral, num processo de absoluta confiança dos cidadãos.

Já o modelo alemão caracterizava-se como mera redução ao “Estado Legal”, sendo um mero “direito do Estado”, com um conceito eminentemente técnico-formal de lei, retirando qualquer concepção ética ou conteúdo jurídico – presente aqui de maneira clara a influência do positi-

²³ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

²⁴ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

²⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

vismo jurídico²⁶. Do absolutismo monárquico para o absolutismo da “maioria²⁷”: simples assim

Como se percebe, “a coisa” já existia, sem, contudo, existir o “nome”, razão pela qual Costa classifica como pré-história.

Além do modelo francês, destaca-se outras formas de tratativa das relações entre poder e direito. Na Inglaterra, por exemplo, desenvolveu de maneira ainda mais precoce um modelo de contenção das arbitrariedades e defesa dos indivíduos, sendo, inclusive, objeto de análise por Montesquieu. Todavia, a concepção de cultura jurídica dos ingleses era diversa, considerando que estes não entendem a lei como elemento constitutivo do direito, mas somente como elemento de proteção a uma ordem já estabelecida. Como destaca Costa, “a lei do soberano não tem valor constitutivo, mas possui somente uma função protetora e fortalecedora de uma ordem que enraíza na mesma ordem da ação intersubjetiva”²⁸. Nas palavras de Canotilho, mais do que a lei, o que prevalece naquele país são os costumes, os quais se ligam intimamente a concepção de direito²⁹.

A base do *rule of law* inglês está na igualdade jurídica dos sujeitos, assegurada pelos tribunais, numa relação sinérgica entre Parlamento e Cortes judiciárias.³⁰ Como aponta Dicey, o Parlamento é visto como supremo legislador, mas a vontade, uma vez exprimida, se sujeita a interpretação dos juízes, os quais são influenciados pelas próprias concepções, mas também e, principalmente, pelo espírito geral da *commom law*.³¹

Portanto, na concepção dos ingleses, o equilíbrio da ordem jurídica é encontrado na partilha da soberania e na primazia do *commom law*,

²⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

²⁷ A maioria aqui se refere aqueles que podiam participar do processo político, uma minoria, marcada por homens, detentores dos meios de produção. Ao longo deste trabalho, tal questão será melhor discutida, em especial no item “3” deste capítulo.

²⁸ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 108

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b.

³⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

³¹ DICEY, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Macmillan, London, 1959, 10^a ed.

que é historicamente realizada. Aqui, constata-se a diferença com o sistema francês, onde a lei é encarada como um ato de vontade do soberano, para o inglês, onde o direito vem da tradição, é uma construção histórico-cultural, produzida no tempo, não resultado da vontade instantânea parlamentar.³²

Curiosamente, apesar deste modelo que “empodera” os juizes, a Inglaterra não possuía uma estrutura de controle de constitucionalidade, em um sistema sem Constituição escrita, marcado pela deferência aos costumes.³³ Este modelo se distancia substancialmente do Estado Legal alemão, os quais concebem o juiz como funcionário público responsável por aplicar a lei.³⁴

Além destes, é necessário revisitar o modelo estadunidense, o qual encontra pontos de coincidência e divergência com os dois anteriores, conforme destaca Pietro Costa, pois *“uma exigência comum a franceses e aos americanos é a redação de uma constituição que transforma [em] normas jurídicas positivas os direitos humanos e os direitos naturais”*³⁵.

Em outras palavras, para os estadunidenses não basta a lei, sendo necessário o estabelecimento de um conjunto de garantias fundamentais que limitem o próprio soberano. A motivação desta preocupação era a experiência com a metrópole hostil, ou seja, o receio que se tinha com o sistema parlamentar, sendo necessário colocar barreiras à onipotência do legislador, através do constitucionalismo. Já os franceses usaram do constitucionalismo para lutar contra a estrutura política e a experiência histórica pela qual passaram.

O regime constitucional prestava-se também a necessidade de prevenção formal a ameaça representada pelas maiorias, as quais podem ser

³² COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³³ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

³⁴ DICEY, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Macmillan, London, 1959, 10^a ed.

³⁵ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 111

hostis às liberdades individuais, conforme depois escreveu Tocqueville³⁶. Esta concepção colaborou para o surgimento do *judicial review*, a partir da decisão do juiz Marshall no processo *Marbury vs. Madison*, instituindo o controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos, atenuando o poder do parlamento.³⁷

Esta Constituição consagrou os chamados “direitos de primeira geração”, evidenciando a conexão entre a teoria constitucionalista e o fortalecimento do Estado de Direito, pois com neste documento político-jurídico foi estabelecido os limites ao poder político, garantindo os direitos individuais até mesmo em face do legislador, antes onipotente. Portanto, a Constituição não somente estabeleceu as balizas do Estado de Direito, mas assegurou as liberdades individuais.

Sendo assim, a Constituição nasce como um documento político, ao qual é atribuído força normativa, submetendo as decisões legislativas à Constituição, e, em último *ratio*, ao judiciário, fortalecendo ainda mais o vínculo entre lei e liberdade. Desta forma, nos EUA, a soberania se desdobra em dois sistemas “de vontade”: a Constituição e a lei³⁸.

Nesta linha, a partir da filosofia de Kant, Costa destaca que a Constituição passa a ser a moldura normativa do agir estatal, cabendo ao soberano ordenar a ação do sujeito. Essa ideia de um conjunto de regras que visavam envolver até mesmo o soberano tinha por objetivo um fortalecimento da defesa da liberdade e da propriedade, surgindo, com isto, a concepção de controle de constitucionalidade. Como destaca Costa, “*é preciso criar um organismo que a defenda de qualquer infração: a consti-*

³⁶ “Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas.” In.: TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 89.

³⁷ ZOLO, Danilo. *Teoria e Crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

³⁸ COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

*tuição, então, “não é mais um papel escrito, sem voz, mas “é dada a ela vida e palavra”*³⁹.

Portanto, com o constitucionalismo o controle é levado ao órgão jurisdicional, conforme quis Kelsen. Neste instante se realiza a máxima da lei como limite a atuação do Estado, caracterizando como uma autolimitação, conforme lecionava Carré de Malberg. Neste contexto, constata-se que o marco de passagem da pré-história para a história é o constitucionalismo, colocando a Constituição como garantia máxima.⁴⁰

À luz do exposto, verifica-se que inicialmente surgiu a lei como mecanismo para limitar o administrador (executivo), depois, verificada a possibilidade de tirania do legislativo, surgindo a Constituição para limitar a onipotência legislativa. Nesta linha, onde se coloca o juiz?! O objetivo deste trabalho é justamente lançar uma provocação sobre o lugar deste juiz no Estado Democrático de Direito.

Ainda, sobre os variados modelos de Estado de Direito, pode-se destacar o Estado Liberal. Sobre este, José Afonso da Silva lista as seguintes características: i) império de lei; ii) divisão dos poderes, assegurando a independência do Legislativo e do Judiciário; iii) defesa dos direitos individuais (principalmente os de primeira geração/ direitos de liberdade)⁴¹. Essas características se repetem nos outros modelos históricos, ocorrendo um “incremento”.

Estes direitos consagrados possuíam somente um caráter formal, negativo. Evidentemente não ofereciam respostas às mazelas sociais, bem como aos movimentos de crítica ao sistema de produção capitalista, de forma que o Estado Liberal foi conduzido ao Estado Social de Direito, com uma proposta de superação destas mazelas, concretizando justiça social e assegurando materialmente o exercício dos direitos.⁴²

³⁹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 120.

⁴⁰ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 112.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b.

Por fim, como complemento, surge um novo modelo: o Estado Democrático de Direito. Como destaca Branco, existe uma incorporação dialética dos modelos anteriores. O Estado Democrático de Direito reconhece a primazia constitucional, a qual incide sobre todos os poderes, por ser fruto da vontade soberana absoluta. Neste modelo, o judiciário ganha força e protagonismo, passando a ser visto como defensor da Constituição.

Para o professor Ansuátegui, a concepção adequada de Estado de Direito somente se faz possível tomando os direitos fundamentais como elemento essencial, pois estes caracterizam um específico modo de funcionamento. Neste sentido, embora admita que o conceito é controvertido, afirma que o Estado de direito exige que esteja “*sometido em todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano*”⁴³, concretizando legalidade e segurança jurídica. Contudo, não pode se referir a qualquer legalidade, mas a uma legalidade seletiva, qualificada quanto à sua origem, a saber, democrática.⁴⁴ Na mesma linha, aponta Ferrajoli não ser possível falar em Estado de Direito sem a garantia e o respeito aos direitos humanos⁴⁵.

De acordo com Canotilho, o novo modelo pode ser chamado de Estado Constitucional, também fundado na legalidade qualificada, democrática⁴⁶. Tem por características: i) princípio da constitucionalidade; ii) princípio democrático; iii) um sistema de direitos fundamentais; iv) princípio da justiça social; v) princípio da igualdade; vi) princípio da divisão de poderes; vii) princípio da legalidade; viii) princípio da segurança jurídica⁴⁷. Resumindo sua proposição, o “*Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito*”⁴⁸.

⁴³ ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier: «Las definiciones del Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales», Sistema, núm. 158, 2000, p. 100

⁴⁴ ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier: «Las definiciones del Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales», Sistema, núm. 158, 2000, pp. 91 y ss

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 122.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 98

Neste sentido, o Estado Constitucional é mais do que o Estado de Direito. A democracia não é apenas introduzida para “travar” o poder (*to check the power*), mas também para legitimar o mesmo poder (*to legitimize State power*)⁴⁹.

Já para Lênio Streck, o Estado Constitucional de Direito apresenta como princípios

a constitucionalidade, entendida como vinculação deste Estado a uma Constituição, concebida como instrumento básico de garantia jurídica; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, de modo a assegurar ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, bem como proporcionar a existência de um Estado amigo, apto a respeitar a dignidade da pessoa humana, empenhado na defesa e garantia da liberdade, da justiça e solidariedade; a justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades; a igualdade, que além de uma concepção formal, denota-se como articulação de uma sociedade justa; a divisão de funções do Estado a órgãos especializados para seu desempenho; a legalidade imposta como medida de Direito, perfazendo-se como meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de normas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; a segurança e correção jurídicas⁵⁰.

Por outro lado, Gustavo Gozzi entende que o Estado de Direito se estrutura em quatro grandes pontos: i) estrutura formal do sistema jurídico, garantindo liberdades fundamentais através de leis-gerais e abstratas aplicadas por juízes independentes; ii) uma estrutura material do sistema jurídico, marcada pela liberdade de concorrência; iii) estrutura social, marcada pela defesa da questão social e das políticas reformistas; iv) estrutura social do sistema jurídico, separação e divisão do poder⁵¹.

Em Ferrajoli encontra-se a caracterização do Estado Constitucional de Direito como aquele onde: i) a questão da substância/matéria é reto-

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2008.

⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do Estado. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 97-98

⁵¹ GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora UNB, 13^a ed., 4^a reimpressão, 2010. p. 401.

mada no plano da validade; ii) relação juiz e lei muda; iii) juiz não só descreve, o que força a mudança dos métodos.⁵²

Por fim, destaca-se os pontos assinalados por Canotilho, o qual lista as características que permite identificar o Estado de Direito:

governo de leis (e não de homens!) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão dos poderes, primado do legislador, garantia de tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estadual subordinado aos princípios da responsabilidade e do controlo, exercício do poder estadual através de instrumento jurídicos constitucionalmente determinados⁵³.

Seguindo as considerações de todos estes doutrinadores, extrai-se os seguintes princípios: liberdade do indivíduo, segurança, responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder e igualdade, através do império do direito/da Constituição, efetivando a democracia. Estes, para se concretizarem, precisam de instituições, procedimentos e formas.⁵⁴

Essa leitura mais substancial do Estado de Direito conduziu a uma reconfiguração do Judiciário: do “mito” do juiz boca da lei para o “mito” do juiz garante, conforme bem explana Dallari:

A partir do começo do século XX a doutrina passou a submeter a lei ao Direito e confiar o Estado de Direito ao controle pelo Judiciário, para evitar “desbordamentos” dos Legislativos e dos eleitores. Isso porque se confiava mais no juiz que na norma escrita ou no cidadão para controlar o Estado⁵⁵.

Por óbvio, tais teorizações não impediram que o Estado de Direito fosse desvirtuado ao longo do tempo. Contudo, tal temática não será explorada de maneira direta neste trabalho.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 417-464

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b. p. 20.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b.

⁵⁵ DALLARI, Dalmo. Estudos de Direito Público. In.: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Direito Público. Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 220.

Em resumo, o Estado de Direito deve atuar dentro da lei – e da Constituição – nos limites impostos. Há quem aponte que o léxico está condenado à implosão, sustentando que essa questão de governo pela lei e sob a lei é oriunda de uma concepção típica sociedade burguesa liberal oitocentista, não se coadunando ao constitucionalismo.⁵⁶

Obviamente, a questão não é tão simples, nem a solução ao controle algo tão singelo. Consciente disto, o presente trabalho vai explorar uma questão sensível ao Estado de Direito: o espaço – e o tamanho – que o Judiciário ocupa nesta ordem política.

1.2 Dividindo o inseparável: a “separação dos poderes”

Inobstante seja desnecessário avisar, cumpre destacar que a separação em tópicos neste trabalho é meramente teórica, para facilitar a compreensão, em termos cartesianos, mas é evidente que os temas se cruzam e se imbricam o tempo todo. Pensar Estado de Direito sem separação dos poderes, é pensar a coisa sem uma das suas características definidoras. Aos que duvidam, basta remeter ao artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual concebe a ideia de sem garantia de direitos e separação dos poderes, não se tem Constituição⁵⁷. Em suma: é um verdadeiro dogma.

Outra obviedade que deve ser lembrada é que a soberania não se divide, conforme a própria conceituação de Jean Bodin⁵⁸. Ou seja, trata-se da separação das funções do Estado, sendo uma questão de competência, portanto.

Mas, afinal, o que é separação dos poderes?

A expressão “separação de poderes” ou “tripartição dos poderes” é uma noção que admite inúmeros conceitos. A teoria de separação dos

⁵⁶ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 465-488

⁵⁷ XVI - Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

⁵⁸ Soberania como “poder perpétuo e absoluto de uma República”. Ainda mais se buscar a raiz do conceito de soberania, naquela relação com o poder de Deus. In.: BODIN, Jean. De la reпублиque: fragments. Paris: Librairie de Medicis, 1949.

poderes mais conhecida é aquela elaborada por Montesquieu. O autor francês, analisando o sistema político inglês, apontou a necessidade da existência de três funções: legislativa, administrativa e jurídica⁵⁹. Nas palavras do autor, incumbe a cada uma delas, respectivamente:

pelo primeiro, o príncipe, ou o magistrado, elabora leis para um certo tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as existentes. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, impede as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as pendências entre os particulares⁶⁰.

O autor francês se preocupa com a liberdade, entendendo que a ausência de limitação do poder soberano conduzia, invariavelmente, à tirania, ao abuso de poder, ameaçando a liberdade dos indivíduos. Aqui encontra-se a chave de leitura do teórico francês: defesa da liberdade. Consciente da necessidade de limitação, Montesquieu vai buscar no modelo inglês os mecanismos de controle⁶¹.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder e julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo seria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as revoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos⁶².

A principal preocupação de Montesquieu é a estabilidade dos governos, estabelecendo este sistema de separação das funções como condição

⁵⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de; MOTA, Pedro Vieira. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.

⁶⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de; MOTA, Pedro Vieira. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.

⁶¹ WEFORT, Francisco C. Os clássicos da política. V.1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

⁶² MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de; MOTA, Pedro Vieira. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. p. 149.

de funcionamento do Estado de Direito, até porquê as revoluções burguesas queriam a segurança e a liberdade⁶³. Hamilton, um dos pais fundadores, também não confiava num governo não controlado, afinal, *“se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno a marcha do governo”*⁶⁴.

Este espírito limitador moveu as revoluções burguesas, sendo que as limitações eram as mais variadas, mas a principal é a divisão das funções em órgãos conforme a sua competência específica.

Ainda, sobre a questão da equivalência dos poderes é algo controverso na teoria de Montesquieu, principalmente em razão da caracterização do judiciário como um poder nulo. Todavia, isto não encontra relevância prática, devendo ser verificado somente que a existência desta separação possibilita um poder contrariar o outro.

Cumprе salientar que o autor francês não foi o primeiro a teorizar a separação dos poderes. Aristóteles já preconizava um sistema composto pela assembleia, corpo de magistrados (administrar) e o corpo judiciário⁶⁵, o qual tinha uma leitura otimista, além de não se preocupar muito com a divisão efetiva, mas só com o reconhecimento das diferentes funções, não com a contenção do abuso⁶⁶.

Além dele, Marsílio de Pádua também falou em limitação de poder através da divisão de funções. John Locke também trabalhou com a separação de poderes, explorando uma estrutura quadripartida: i) o executivo, exercido pelo Rei, controlado pelo Parlamento e pelos costumes; ii) legislativo, exercido pelo Parlamento; iii) prerrogativa, que seria o poder de fazer o bem público; iv) poder federativo, o qual seria o poder de decidir sobre a guerra e a paz, exercida pelo rei também, assim como

⁶³ WEFFORT, Francisco C. Os clássicos da política. V.1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

⁶⁴ HAMILTON, JAY, MADISON. Federalistas. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

⁶⁵ ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 1252

⁶⁶ APOLINÁRIO, Marcelo Neves. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. Disponível em: caribenha.eumed.net/separacao-funcoes-poderes/ Acesso em: 07 de jul. de 2017

a anterior. Como é de se esperar, acreditava na supremacia do Parlamento⁶⁷.

Duas observações são possíveis sobre a teorização do pensador inglês: de fato, o poder se separa entre Rei e Parlamento, bem como o Judiciário é um órgão do Executivo somente, não sendo um poder independente.

Neste sentido, o grande mérito de Montesquieu é enunciar o Judiciário independente e demonstrar que os órgãos deviam ser distintos e autônomos. Uma vez limitado e separada as funções, entendia Montesquieu que um poder acabaria vigiando o outro, numa fiscalização recíproca, assegurando segurança e liberdade a todos os indivíduos. Sobre o conceito de liberdade através da lei, inaugurado por Montesquieu, necessário apresentá-lo neste momento: “*Num Estado, isto é, numa sociedade em que existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e não ser coagido a fazer o que não se deve querer*”⁶⁸.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu recebeu um incremento: a teoria dos freios e contrapesos desenvolvida por Henry Bolingbroke. O autor britânico ofereceu um complemento as teorizações de Montesquieu, afirmando que existe a necessidade de uma interação recíproca na atuação dos poderes, harmonizando o exercício da soberania. Portanto, deve-se observar a dinâmica entre os poderes, a qual Montesquieu não teria se atentado.

Salienta-se que Montesquieu não preconizava um modelo estático, só não tratou muito das relações entre estes, posto que o objetivo era a divisão, buscando evitar a influência. Em sua obra, até por ele ter se debruçado sobre o modelo inglês como exemplo, restou evidenciado às imbricações entre as funções, sendo sempre uma escolha política.

A tripartição dos poderes, portanto, é uma forma de limitação interna do poder estatal, através do princípio da organização do Estado

⁶⁷ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de; MOTA, Pedro Vieira. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.

através das suas funções. A liberdade é o princípio fundamental, sendo a legalidade o mecanismo de proteção. Da obra de Montesquieu, denota-se que a preocupação era evitar a junção entre legislativo e executivo⁶⁹.

Para Canotilho, o princípio da separação dos poderes pode ser lido em duas dimensões. Primeiramente, como divisão e limitação do poder, em uma leitura negativa e, também, como “*constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas*”, demonstrando a divisão positiva, responsável por demarcar o responsável por determinado dever constitucional⁷⁰.

Ainda, o autor português busca demonstrar onde reside a importância desta cisão, apontando três princípios, a saber, o jurídico-organizatório, responsável por criar uma estrutura constitucional de funções; o normativo-autônomo, estabelecendo quem deve tomar a decisão; e o fundamentador de incompatibilidades, onde a divisão presta-se a não gerar confusão⁷¹.

Obviamente, com o decorrer do tempo, percebeu-se que esta estrutura era deveras fechada, bem como as Constituições passaram a atribuir funções típicas e atípicas aos poderes.

A Constituição Federal de 1988 adota a concepção de Montesquieu, bem como os temperamentos realizados por Bolingbroke, principalmente, quando disciplina a independência, afirmando, contudo, que a atuação deve ser harmônica. A definição mais feliz sobre a tripartição dos poderes é àquela trazida por José Afonso da Silva, o qual aponta que os órgãos devem possuir especialização funcional e independência orgânica, apontando que a tripartição significa delegar as funções governamentais a órgãos distintos⁷². Nesta linha, é competência de cada um dos órgãos aquilo que a Constituição diz ser.

⁶⁹ WEFFORT, Francisco C. Os clássicos da política. V.1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

⁷⁰ CANOTILHO, JJ Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra: Almedina. 7. ed., 2004. p. 250.

⁷¹ CANOTILHO, JJ Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra: Almedina. 7. ed., 2004. p. 250

⁷² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

O Judiciário, neste modelo tradicional, como já dito, era um poder nulo, cabendo ao juiz ser a boca que enuncia as palavras da lei. Esta desconfiança dos juízes encontra fundamento simples: a magistratura da época era condescendente com a aristocracia, chancelando suas arbitrariedades. Por isso se coloca a lei no centro⁷³. Crítica elaborada por Tércio Ferraz Junior é de que esta concepção do judiciário como boca inanimada da lei o torna um poder nulo, ou seja, o poder somente seria dividido em dois, sendo necessário, desta forma, repensar o Poder Judiciário nesta estrutura⁷⁴.

Dentro do Estado Liberal de Direito clássico, por razões óbvias, este modelo podia se perpetuar de maneira muito mais estanque, ainda que não fosse absoluto. Contudo, as modificações fáticas, bem como no modelo de Estado, implicaram numa reconfiguração da separação dos poderes.

Hoje, por exemplo, mais do que separação estanque ou meramente a interação, fala-se em colaboração entre poderes. Além disto, há autores, como Ackerman, que enxergam a existência de uma efetiva tensão entre eles⁷⁵.

O autor assevera não ser possível reduzir toda a complexidade de poderes da atual sociedade dentro desta divisão tripartite, considerando existir um sem-número de instituições que não cabem nestas formas, o que, de acordo com o autor, somos impedidos de ver por um “exercício de fé”⁷⁶.

Apesar das críticas, o dogma segue forte na teoria constitucional ocidental. O art. 2º da CRFB/88 consagrou a tripartição, estabelecendo a

⁷³ Outro ponto relevante de como essa concepção marcou é que para Chiovenda o “juiz deveria fazer atua a vontade concreta da lei”. Mais para frente será demonstrado o quanto essa concepção favoreceu o positivismo jurídico e o mito do juiz que não interpreta.

⁷⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Revista USP, São Paulo, nº 21, p. 12-21, 1994.

⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. The New Separation Power. In.: Harvard Law Review. Volume 113. January 2000. Number 3. O autor chega a propor um novo modelo onde o primeiro ministro somente se mantém com o apoio do Parlamento, o qual é controlado por uma série de instituições que não somente a corte constitucional.

⁷⁶ ACKERMAN, Bruce. Good Bye, Montesquieu. Disponível em: <https://law.yale.edu/area/compadmin>. Acesso em: 15 de jul. de 2017.

independência e a harmonia, vindo ao encontro do *check and balance* estadunidense⁷⁷, buscando evitar a paralisia institucional⁷⁸.

O único momento em que não tivemos uma tripartição dos poderes foi na Constituição Imperial de 1824, a qual trazia em seu bojo a concepção de “Poder Moderador” do Imperador. Contudo, evidente que a dinâmica das relações se alterou ao longo do tempo, atribuindo funções típicas e atípicas dos poderes.

O ponto central é saber: a atribuição de cada órgão é uma escolha política, não existindo uma cisão neutra, a-histórica. O Estado de Direito pede somente a divisão do poder, não importando o desenho.

1.3 Constitucionalismo x democracia: de inimigos a gêmeos xifópagos

A primeira – e mais simples leitura de democracia – é vê-la como o povo exercendo o poder, “os muitos comandam, não os poucos”. Para Costa, esta visão de democracia afetou diretamente no imaginário da modernidade⁷⁹. Basta se lembrar da célebre contraposição de Constant, de liberdade dos antigos e a dos modernos. A democracia dos antigos não coincide com a modernidade, pois a liberdade dos modernos exige um espaço para organização para a vida⁸⁰.

A raiz da democracia está na Grécia Antiga, ressaltando ser óbvio a diferença com nosso modelo democrático atual. A começar pela definição de “muitos”, bem como a diferenciação entre democracia direta e representativa. Como ressalta Bobbio, para os antigos, a imagem da democracia era diferente, pois concebiam como a ideia do povo deliberando em assembleia sobre um tema, neste contexto, “democracia”

⁷⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷⁸ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 174 p

⁷⁹ COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, Todos: Lições de história da Democracia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012. 314 p.

⁸⁰ CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada a dos modernos*. São Paulo: Atlas, 2017.

significa literalmente o poder do *demos* e não o poder dos representantes dos *demos*, como hoje⁸¹.

A concepção de soberania popular, base da democracia, liga-se a representação de voto na democracia moderna. Por óbvio, este aumento no número de votos não é produto de concessões, mas objeto de luta.

A democracia liberal moderna iniciou-se tendo por votante somente o homem adulto, livre – economicamente, inclusive –, com conhecimento. Óbvio que estes “muitos” não eram tantos assim. Na Inglaterra da Revolução Gloriosa, por exemplo, somente 2% da população podia votar. Em 1832, após a reforma eleitoral, este índice subiu para 5%, sem que o direito de votar fosse conferido às mulheres.

Os “muitos” no Brasil também já foram poucos. No período entre a Proclamação da República e o fim do Estado Novo (1889-1945), o número de eleitores não ultrapassava 5%, em média. Em 1960, a participação alcançou 18%, já na década de 80, chega-se a 47% da população. Em 2006, o índice era de aproximadamente 70%.

Essas restrições aos “muitos” encontravam bases teóricas. Benjamin Constant apontava que aqueles que trabalham muito e que eram dependentes economicamente não deveriam votar, considerando que não seriam bem informados o suficiente para tanto. Só o detentor dos meios de produção, o proprietário, teria tempo para se dedicar a vida pública⁸².

Não muito diferente pensava Edmund Burke, o qual defendia que somente um determinado grupo com certo grau de conhecimento e discernimento político poderia votar, pois somente estes poderiam identificar o que interessava ao bem comum⁸³.

Este modelo era tão excludente que Lefort afirmou ser destituído de sentido atribuir a democracia como uma criação da burguesia, pois, na visão do teórico francês, esta classe social sempre buscou obstar que o liberalismo se tornasse democrático, limitando as regras do sufrágio e os

⁸¹ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 372.

⁸² CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada a dos modernos. São Paulo: Atlas, 2017.

⁸³ WEFORT, Francisco (org.). Clássicos da Política. Volume 2. 11^a ed. São Paulo: Ática, 2006.

direitos, afastando boa parte da população das principais decisões políticas⁸⁴.

Contudo, discorda-se do autor francês, considerando que, dentro de suas limitações, aqueles regimes possuíam caracteres democráticos. Analisá-los com os parâmetros atuais é anacrônico. Além disso, não se pode esquecer que nem todos participam dos nossos processos eleitorais atualmente: basta-se lembrar que os estrangeiros, os conscritos e aqueles com condenação penal não podem votar no Brasil do século XXI⁸⁵.

Com o tempo, notou-se que o governo da maioria possuía uma tendência natural a se tornar a ditadura da maioria. Neste contexto, mais do que ser um regime de muitos, a democracia precisava ser o regime de todos⁸⁶.

As críticas à democracia representativa ganharam força no final do século XIX, inspirados por Proudhon e Rousseau. Proudhon enxergava o modelo de democracia representativa como uma “oligarquia eletiva”. Essas críticas são importantes em razão de que foram através dessas que o regime democrático buscou aumentar seu espectro de votantes, de forma que, através de lutas e das construções teóricas, o conceito de cidadão foi se elasticendo⁸⁷.

Através das teorizações de Mill, ganha força a defesa do sistema proporcional, assegurando a representação das minorias políticas. Percebe-se o interesse de conciliar a democracia representativa com a ideia de governo de todos. A preocupação era: a representação precisa “espelhar” a sociedade. O sistema é visto como uma fotografia mais fidedigna da sociedade, mas também tem o intuito de impedir que uma maioria despótica ganhe força, desvirtuando o sentido da democracia e suas reais intenções⁸⁸.

⁸⁴ LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática – Os Limites da Dominação Totalitária*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

⁸⁵ Inclusive, não deixa de ser curioso que aqueles que são mais afetados pelas decisões do Estado, a saber, os condenados criminalmente, não possam votar.

⁸⁶ COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, Todos: Lições de história da Democracia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012. 314 p.

⁸⁷ COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, Todos: Lições de história da Democracia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012. 314 p.

⁸⁸ COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, Todos: Lições de história da Democracia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012. 314 p.

Tocqueville já apontava os riscos da tirania da maioria, pois o governo da maioria representava um risco para a liberdade, sendo necessário estabelecer mecanismos de controle⁸⁹. Os EUA, por exemplo, trouxeram consigo, na própria formação do Estado, a preocupação de controlar até mesmo as maiorias. Como destaca Gargarella, a história da Constituição Estadunidense é uma história de medo da tirania e da anarquia, considerando o cenário de crise econômica que se desenhava em razão da difícil relação colônia-metrópole. O medo expresso por Hamilton quando da discussão da Constituição, mostra que a cautela era quanto às legislaturas e a tirania das maiorias, além de Madison, que queria combater os grupos facciosos. É interessante notar que a Constituição daqueles que são considerados os pais da democracia foi debatida as escondidas. Neste contexto, a revisão constitucional não é um dos instrumentos previstos, inobstante Gargarella entenda ser óbvio que o constituinte parecia admitir um juiz declarar uma lei inconstitucional.⁹⁰

Contudo, todo este esforço não foi suficiente e a democracia representativa liberal sofreu uma dura derrota: os totalitarismos que se alastraram pela Europa Continental.

Antes de trabalhar a tensão democracia e constitucionalismo, é preciso delimitá-los. Democracia, conforme já visto e bem definido por Chueri, significa “*o povo decidindo questões politicamente relevantes da sua comunidade*”, enquanto que o constitucionalismo significa “*limites a soberania*”, afastando determinadas decisões políticas das vontades majoritárias⁹¹. A concepção de Nino de democracia dialógica é importante, considerando que defende o direito de intervenção na resolução das questões, podendo participar do processo decisório, numa deliberação

⁸⁹ TOCQUEVILLE, A. de. A democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁹⁰ O argumento de Gargarella ganha força se analisado o n° 78 dos “Federalistas”, onde admitiu que os juízes deveriam analisar se uma lei era ou não constitucional. In.: GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORÓN, Atilio A. Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx. São Paulo: CLACSO, 2006, p. 169-188. Disponível na internet em:

http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/o8_gargarella.pdf

⁹¹ CHUEIRI, Vera Karam de. GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. In.: Revista de Direito GV. São Paulo. P. 159-174, jan-jun de 2010.

coletiva, incluindo os cidadãos no processo de democracia deliberativa⁹². Chueri e Godoy enunciam com clareza:

A democracia enquanto conquista e processo de tomada de decisões insere o sujeito/povo nas discussões e deliberações, ao passo que o constitucionalismo regula este processo, estabelecendo limites, padrões e até mesmo determinações, como a representação. No entanto, muitas vezes o constitucionalismo (ao estabelecer a representação, por exemplo) representa um freio à democracia. Outras vezes, o próprio procedimento democrático deixa de incluir parcelas sociais que deveriam tomar parte na discussão⁹³.

Neste cenário aparece o fenômeno do constitucionalismo, marcado pela limitação do poder e proteção dos direitos individuais. A Constituição impõe certos limites jurídicos ao voluntarismo político, contendo as maiorias⁹⁴.

O povo, no gozo absoluto de sua soberania, institui a Constituição, limitando a atuação dele mesmo, povo, na atividade legislativa ordinária.

Essas ideias compõem a base da concepção de justiça constitucional de Kelsen, ressaltando que a jurisdição constitucional não se opõe a tripartição dos poderes para Kelsen, mas é uma afirmação dos mesmos⁹⁵.

Nesta polêmica de guarda, aparece Carl Schmitt, que identificava na Constituição aquela que vai projetar juridicamente a decisão fundamental sobre o modelo político do povo. Em suma, a Constituição confere caráter jurídico ao embate amigo/inimigo. Em outras palavras, a decisão política, ao ser constitucionalizada, torna-se norma jurídica fundamental, de forma que somente pode ser substituída no caso de nova instauração do antagonismo amigo/inimigo. A Constituição, portanto, serve para dar estabilidade à ordem política, cabendo, por isso, a guarda ao presidente do Reich.

⁹² NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

⁹³ CHUEIRI, Vera Karam de. GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. In.: *Revista de Direito GV*. São Paulo. P. 159-174, jan-jun de 2010.

⁹⁴ NETO, Claudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. São Paulo: Renovar, 2002.

⁹⁵ BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 380-414

A problemática da teorização de Schmitt é que ela não trabalha com a Constituição como limitação dos poderes e produto de uma vontade majoritária, mas sim como constituída por uma parcela, vencedora em um “conflito”⁹⁶, sendo a Constituição uma decisão do poder constituinte capaz de representar “*a totalidade da unidade política considerada e sua particular forma de existência*”⁹⁷

Lassalle também tem sua definição de Constituição como “*a lei fundamental proclamada pelo país na qual se baseia a organização de Direito Público desse Estado*”⁹⁸. Para o autor, ela envolve algo mais sagrado e, por isso, serve como fundamento para as outras leis.

Este fortalecimento do constitucionalismo cria, senão uma tensão, ao menos uma “questão controversa” com a democracia⁹⁹. Ora, afinal, o constitucionalismo implica em limitações às decisões democráticas.

Contudo, nesta linha, parece indubitável que uma parte das decisões deve estar afastada da decisão política ordinária, assegurando condições básicas para a efetivação da democracia. A pergunta que se coloca é quais decisões devem ser afastadas do legislador originário. Como observa Salgado, isso passa por uma decisão constituinte, com sua “*intenção fundadora e permanente*”¹⁰⁰.

O professor português J.J. Canotilho pontua que os estadunidenses estão justamente no cerne deste debate, numa colisão entre democratas e constitucionalistas, demarcando Estado de Direito e democracia como duas formas de liberdade¹⁰¹.

Discorda-se desta leitura: o constitucionalismo é definido pela democracia, a qual se define pela Constituição, pois, como diria Holmes,

⁹⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008.

⁹⁷ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008. P. 63

⁹⁸ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

⁹⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturante do direito eleitoral*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 356. 2010.

¹⁰⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturante do direito eleitoral*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 356. 2010.

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina. 7. ed., 2004.

*“Uma Constitución es como um freno, mientras que el electorado es como um caballo desbocado”*¹⁰².

Constitucionalismo é, portanto, instituir pré-compromissos e auto-restrições. Aqui, Elster é fundamental. O cientista político norueguês, partindo do poema épico “Odisséia”, destaca a história de Ulisses, que se amarra ao mastro do navio e coloca cera nos ouvidos para não ser persuadido pelo canto das sereias¹⁰³.

Este é o típico exemplo de auto-restrição, por meio das quais os sujeitos buscam se proteger das emoções, das alterações de preferências e da inconsistência temporal. Para o autor, as Constituições são justamente pré-compromissos societais, que buscam restringir nossas possibilidades de governo.

a Constituição pode projetar a máquina de governo ordinária de forma a contrabalançar a paixão superar a inconsistência temporal e promover a eficiência. Em um nível mais elevado, a máquina de emendas da própria Constituição pode ser projetada para ser lenta e complicada.

Acompanhado das constituições, deveria vir uma estrutura bicameral, que com a lentidão¹⁰⁴ do processo e a exigência de maioria qualificada asseguraria uma maior força a Constituição, protegendo as minorias das maiorias eventuais, eliminando as forças irracionais¹⁰⁵.

Este processo de fortalecimento de uma democracia constitucional ganha força no pós-guerra, com constituições ricas no aspecto principiológico. Sobre esta revolução, necessário destacar as acertadas palavras de Ferrajoli:

¹⁰² HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Coords.). Constitucionalismo y democracia. Tradução de Monica Utrilla de Neira, México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C.; Fondo de Cultura Económica, 1999. ISBN 968-16-4927- 3.

¹⁰³ ELSTER, Jon. Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Ed. da UNESP, 2009. 388 p.

¹⁰⁴ A lentidão “permite que a paixão esfrie e que a razão (ou interesse) retome o controle”

¹⁰⁵ O próprio Elster ressalta que o próprio constituinte não está isento dos vícios políticos. Além disso, observa que a Constituição deve tomar cuidado para não se tornar um pacto suicida, ao invés de prevenir o suicídio.

O constitucionalismo, aquele que resulta da posituação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal), aquela norma de reconhecimento da existência das normas, essa segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que podemos chamar de princípio da estreita legalidade (ou da legalidade substancial); isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições¹⁰⁶.

Para Ferrajoli, a democracia constitucional vem substituir a democracia majoritária, ou, em outros termos, a ditadura das maiorias. Neste sentido, o constitucionalismo não limita a democracia e a soberania popular, mas qualifica esta¹⁰⁷.

Na mesma linha vem Chueri e Godoy, apontando que o constitucionalismo não limita o poder constituído, mas sim o reafirma, protegendo os pactos sociais¹⁰⁸. Streck vai apontar o constitucionalismo como um custo da vida num Estado Democrático de Direito, nas palavras dele:

A Constituição, além de ser um elo contitudístico que une política e direito em determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra as maiorias. E, ao constituir-se um remédio contra as maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz insito um núcleo político que somente pode ser extirpado, solapado a partir de uma ruptura institucional. Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide de um Estado Democrático de Direito. É dessa intrincada engenharia política que exsurge um novo papel para o direito e, por consequência, para a Constituição¹⁰⁹.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: Democracia Y garantismo. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. Al. Madri: Trotta, 2008.

¹⁰⁸ CHUEIRI, V. K.; GODOY, M. G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100009&script=sci_arttext> Acesso em: 10 jul. 2014.

¹⁰⁹ STRECK, L. L. 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. P. 431

Como destaca Salgado, a Constituição é aquela que funda o Estado. No caso da Constituição Brasileira, à luz dos escritos de Ayres Brito, a democracia é princípio, meio e fim da Constituição de 1988. Mas esta democracia não se reduz a maioria, devendo os cidadãos serem tratados com igual dignidade e respeito, concretizando a efetiva democracia constitucional¹¹⁰.

Além disso, destaca Salgado que as práticas democráticas não podem ser mantidas somente pelos procedimentos, devendo ser protegido um certo espaço que a deliberação não alcance¹¹¹.

A democracia passa a ser vista como mais do que o sufrágio, mas *“como um regime que põe no centro a pessoa e garante a ela um pleno, harmônico desenvolvimento das suas potencialidades humanas”*¹¹². Costa afirma que a democracia é, portanto, adjetivada, tendo algumas características: i) ordenamento jurídico democrático constitucional com a garantia a todos os direitos necessários para atingir as potencialidades humanas; ii) garantia dos direitos a todos; iii) deferência a soberania popular, a qual é resignificada, pois o povo é visto como um todo complexo e plural, não mais como uma instância legitimadora; iv) partido político segue como importante mecanismo de participação; v) garantia de novos direitos, com nova fundamentação, imutáveis e subtraídos do campo da maioria. Nestes, surge a tensão: existem direitos inalienáveis que são parte integrante da democracia, mas dela não podem dispor¹¹³.

Contudo, isso não tem nada de contraditório, pois a democracia não pode atacar seus pressupostos de funcionamento, pois alguns direitos se colocam antes¹¹⁴.

O problema localiza-se na tensão direito e poder, por isso a Constituição precisa de válvulas para se adaptar à realidade, principalmente se

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 17.

¹¹¹ SALGADO, Eneida Desiree. *PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 356. 2010.

¹¹² COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, todos: lições de história da democracia*. Curitiba, Editora UFPR, 2012. p. 280

¹¹³ COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, todos: lições de história da democracia*. Curitiba, Editora UFPR, 2012. p. 284

¹¹⁴ COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, todos: lições de história da democracia*. Curitiba, Editora UFPR, 2012. 314

considerado que as forças sociais que a instituem podem se alterar ao longo do tempo¹¹⁵.

Para resolver essa tensão, retorna-se a questão da guarda, ventilada quando da definição de Constituição, colocando a questão do controle de constitucionalidade, sendo, contudo, o estabelecimento do órgão que exerce este a grande problemática.

Os grandes personagens deste debate no século XX foram dois dos maiores juristas de todos os tempos: Carl Schmitt e Hans Kelsen. O legitimado na perspectiva destes autores vincula-se a própria conceituação de constituição. Enquanto que para Schmitt é “uma decisão política fundamental”¹¹⁶, para Kelsen é norma jurídica¹¹⁷.

Ao localizar no âmbito político, Schmitt não vê que uma decisão política deve ser controlada por um tribunal, de forma que o juiz somente pode afastar uma lei ordinária para aplicar a Constituição. Considerando ser norma política, a guarda do texto deve ser destinada àquele que representa a unidade: o Presidente do Reich, dotado de poder neutro e independente, além de gozar de legitimidade democrática direta, não para uma “aristocracia de toga”¹¹⁸.

Já Kelsen, justamente por ver constituição como norma jurídica, defende o controle jurisdicional concentrado, de forma que todos os atos devem ser submetidos ao controle de um órgão dotado de independência. Partindo da concepção de que a Constituição é norma, afirma que como em toda a norma, pode ser violada por aqueles que deveriam cumpri-la. A preocupação de Kelsen é não tornar a norma constitucional inoperante¹¹⁹.

É óbvio que não se concebeu que não só o presidente do Reich, mas também o Tribunal Constitucional poderia violar a constituição. Contudo, como acentua Loewenstein, este modelo demonstra o risco de

¹¹⁵ SALGADO, Eneida Desiree. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 356. 2010.

¹¹⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução: Jeffrey Seitzer. Chicago: Duke University Press, 2008

¹¹⁷ KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹¹⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 24

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013..

decisões políticas camufladas de sentença judicial, conduzindo a transformação deste órgão em um árbitro supremo da política¹²⁰.

Otto Bachof demonstra que a perda de crença no legislador e a desconfiança em relação à lei decorrente da experiência nazista implicou numa mudança e reflexão, onde percebeu-se a necessidade de proteção de valores, cabendo ao juiz, o qual atua de maneira repressiva e não possui iniciativa¹²¹.

Reservar aos juízes também se coaduna com a leitura de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, conforme teorias de Dworkin e Jorge Reis Novais¹²².

Entende-se que o constitucionalismo não se opõe a democracia, na verdade, possui anterioridade categorial a esta, garantindo em que termos se dá a democracia, apresentada em estado puro no momento constituinte. Nas palavras de Salgado:

Essa noção permite combinar os três elementos do constitucionalismo em um sistema de apoios recíprocos. O processo democrático, o respeito aos direitos individuais e a preservação da prática jurídica não se encontram em tensão, mas se complementam e fortalecem¹²³.

Desta forma, discorda-se da posição daqueles que, como Holmes, identificam a Constituição como um documento de postura antidemocrática, pois não engessa as decisões¹²⁴, mas sim, entende-se que estabelece as balizas dentro da qual a decisão será tomada. Sendo assim, não temos uma “democracia vigiada”¹²⁵, mas temos uma democracia definida pelo constitucionalismo.

¹²⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitucion. 2. ed. ampl. Barcelona: Ariel, 1976, 619p.

¹²¹ BACHOF, Otto. Jueces y constitucion. Madrid: Civitas, 1985. 69 p.

¹²² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. [Coimbra]: Coimbra, 2006. p. 48.

¹²³ SALGADO, Eneida Desiree. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 356. 2010.

¹²⁴ HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Coords.). Constitucionalismo y democracia. Tradução de Monica Utrilla de Neira, México: Colegio Nacional de Ciências Políticas y Administración Pública, A.C.; Fondo de Cultura Económica, 1999. ISBN 968-16-4927- 3.

¹²⁵ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva? Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v.1, p-5-23, 2011.

Como bem destaca Barbosa, presencia-se uma transformação, marcada pela expansão do Judiciário, decorrente deste constitucionalismo, apresentando o Judiciário como uma instância final decisória¹²⁶. Neste momento, coloca-se a questão: ainda pode-se falar em uma democracia constitucional ou o judiciário se tornou poder moderador?

¹²⁶ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.

Da “cultura” jurídica e do lugar do juiz

No presente capítulo, se fará uma análise da filosofia dita tradicional, teoria e filosofia do direito, buscando relacionar as transformações pelo qual passou o direito nesta perspectiva. Tal observação faz-se fundamental para delimitar o lugar do intérprete e do juiz na estrutura democrática. A complexidade implicaria em anos de escrita, sem esgotar a temática. Justamente por isso, o presente trabalho partirá do conceito de paradigma na filosofia e no direito.

Inicialmente, necessário estabelecer o conceito de paradigma, o qual, do ponto de vista da história e metodologia, foi construído por Thomas Kuhn, que trabalhou com as divisões da ciência a partir dos paradigmas. Obviamente, seu uso é problemático, posto que redutor de complexidades – próprio dos conhecimentos científicos – mas útil para compreender a estrutura metodológica-epistemológica do conhecer¹.

O conceito ofertado por Thomas Kuhn é de que “*paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante certo tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência*”².

A partir deste conceito, pode-se compreender como o operador/cientista entende e maneja seus mecanismos de conhecer. Sendo assim, do ponto de vista interno, as ciências evoluem através de paradigmas. Estes paradigmas são “universalmente” admitidos, fornecendo

¹ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011.

² Para maiores esclarecimentos ver: KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011. P. 15. LUDWIG, Celso Luiz, 1955-. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 187 p.

respostas para os problemas daquela comunidade científica, num dado momento histórico.

Com esta construção, Kuhn rompe com a tese tradicional, a saber, que o conhecimento científico se desenvolve evolutivamente, como um constante somatório de informações e saberes, demonstrando que a ciência se transforma através de revoluções, mudanças descontínuas e não-cumulativas³.

Paradigma, portanto, é quando uma comunidade científica, independente das diferenças entre seus operadores, compartilha um conjunto de conceitos e tomam dos mesmos pressupostos básicos.

Desta forma, os cientistas criam o paradigma no qual se encontram, mas, sucessivamente, são criados por ele, considerando que conhecem a ciência como a ciência conformada por aquele paradigma. Nas palavras de Kuhn, *“Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”*⁴.

Nesta linha, percebe-se que o paradigma possui duas grandes formas de manifestação: i) epistemologicamente, no âmbito interno, diz o conhecer; ii) sociologicamente, externamente, atua através da aceitação dos princípios pelos demais cientistas, os quais tomam aquelas bases epistêmicas, de forma que cada paradigma produz seus critérios de cientificidade⁵.

Neste ponto, quando uma ciência se torna inapta a responder todos os problemas, ocorre a crise paradigmática, surgindo um novo paradigma, como novos pressupostos, num processo de superação dialética⁶.

Ao adotar esta perspectiva, percebe-se que não existe verdade absoluta, mas verdade paradigmática, em suma, o afirmado é verdade dentro do paradigma do qual é analisado. Em conclusão, o paradigma estabelece os limites dos sentidos.

³ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011.

⁴ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011. P. 219

⁵ LUDWIG, Celso Luiz, 1955-. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 18

⁶ Kuhn mudou de ideia.

Ao presente trabalho, importa o conceito de “efeito paradigmático”, ou seja, os efeitos que ele produz diariamente nos operadores. Por exemplo, um juiz inserido no paradigma positivista, conforme adiante será explicado, compreende que o espaço que ocupa na estrutura democrática é diferente da compreensão de um juiz pós-positivista e isto, por óbvio, repercute na decisão por ele proferida.

2.1. Paradigmas filosóficos: filosofia tradicional e sua repercussão na formação do paradigma jurídico

Definido paradigma, é evidente que à filosofia pode ser importado o conceito de paradigma, considerando que a filosofia, enquanto saber, não observa uma unidade epistemológica-metodológica – oportuno salientar que nem mesmo as “ciências ditas tradicionais”, com o seu rigor e pretensão de verdade observam tal princípio, conforme bem demonstrado por Thomas Kuhn. Portanto, mais do que a filosofia, pode-se falar NAS filosofias, ou seja, falar em reflexões acerca da realidade com pretensão de totalidade. Nesta linha, o paradigma busca reduzir a multiplicidade à unidade.

A necessidade de se empreender esta análise, ainda que breve, implica na razão da influência deste saber na conformação do direito enquanto ciência. Como bem observar Ludwig, as categorias, os conceitos e os métodos da filosofia geral são fundamentais para compreender a filosofia do direito⁷. A filosofia é produto e é produzida na história⁸, de forma que as injunções da filosofia geral repercutem no direito.

Nesta linha, necessário salientar que tal importação não é nova, já tendo sido produto das teorizações de Jürgen Habermas. A partir desta análise, o filósofo alemão propõe que “*à história da filosofia o conceito de paradigma, oriundo da história da ciência, [pode ser adequado de forma*

⁷ LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 18

⁸ HELLER, Agnes. O cotidiano e a história. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1985. 121 p.

a] *dividir as épocas históricas com o auxílio de ser, consciência e linguagem*⁹. Ainda, salienta-se que Ludwig e Dussel adicionam um quarto paradigma, mais ligado à filosofia do Sul, a saber, o paradigma da vida concreta¹⁰.

Sobre esta relação paradigmática, depois do todo explicado, desnecessário ressaltar que não existe a extinção do paradigma anterior, mas sua superação, considerando que algumas perguntas por este não podem ser respondidas.

O primeiro paradigma, no aspecto cronológico, é o do SER (ontológico), marcado por uma perspectiva cosmológica, o qual, do ponto de vista epistêmico, acreditava na possibilidade de se conhecer a essência, sendo necessário investigar a natureza das coisas.

Este paradigma foi o dominante durante milhares de séculos, marcado por uma perspectiva filosófica cosmológica, inicialmente, permanecendo até o século II e III d. C.

Os dois grandes representantes deste primeiro momento são Platão e Aristóteles. Neste paradigma, o ser e o mundo coincidem, sendo os sentidos buscados dentro dos limites do ser. Como anuncia Streck, “*é possível dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas tem sentido porque há nelas uma essência)*”¹¹.

Em Platão, tem-se um dualismo em antítese, onde se separa o mundo sensível e o mundo das ideias, separa-se matéria da forma. Esta cisão é elaborada por Platão na tentativa de conciliar Parmênides e Heráclito¹². Contudo, a essência não está nas coisas, mas transcendem elas. O conhecimento é visto como *aletheia*, ou seja, um não esquecimento, um

⁹ a) HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 21-22; b) ainda, a partir de uma leitura da chamada “filosofia do sul”, acrescenta-se o paradigma da vida, ver: DUSSEL, Enrique D. Para uma ética da libertação latino-americana. São Paulo, SP: Loyola, 1977 e LUDWIG, Celso Luiz, 1. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 187 p.

¹⁰ LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. P. 18

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

¹² LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 18

relembrar, fundado numa teoria da reminiscência¹³. Nesta esteira, justiça em Platão é uma ideia, uma verdade racional eterna.

Contudo, salvo as concepções religiosas, não existem dois mundos. Desta forma, Aristóteles busca conciliar a teoria de Platão a realidade, apontando para um dualismo em síntese, onde o ser é uma unidade composta de matéria e forma, se predicando de variadas formas. A essência não é buscada no mundo das ideias, mas na própria coisa e é aquilo que sem a coisa não seria ela, é imanente, não transcendente.

Em sua teoria do conhecimento, Aristóteles apresenta duas espécies: o conhecimento sensível, o qual é verdadeiro e é a fonte de todos os conhecimentos; conhecimento intelectual também verdadeiro, mas somente este é científico, o qual é o conhecimento das coisas pelas suas essências, suas causas, sendo necessário e universal. A verdade, nesta leitura filosófica, é uma adequação do intelecto a realidade (*adequatio intellectus et rei*), num conhecimento objetivo, visto como identidade com o objeto¹⁴.

Quanto ao método, Aristóteles apresenta dois: o apodítico, o qual deve guiar a ciência, onde parte-se de premissas verdadeiras para se conhecer; e o método tópico, dialético, o qual deveria ser anterior ao primeiro, pois nele se raciocina o problema a partir do cotidiano, numa “dialética da cotidianidade”¹⁵.

Dentro desta, tem-se uma organização da normatividade, em linhas gerais, dividida em lei natural, a qual se presta muito mais a ser um parâmetro de crítica e a lei humana, que é válida e independente da primeira. O jusnaturalismo cosmológico resta demonstrado nesta relação, num cenário de tensão evidente.

A segunda perspectiva existente dentro do paradigma do Ser é a teocêntrica. Nesta, Deus entra na equação. O filósofo mantinha-se vinculado a

¹³ PLATÃO. A República. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. P. 513 p.

¹⁴ Heidegger questiona esta leitura, afirmando existir outras obras de Aristoteles onde as coisas não se apresentam desta forma.

¹⁵ LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 18

razão, mas a figura de Deus era latente. O conhecimento seguia oriundo do objeto, que se apresenta aos homens, mas somente pode se revelar na medida que Deus ilumina, permite (doutrina da *iluminacio*).

Os dois grandes filósofos deste período são: Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino. Inobstante sejam grandes marcos do cristianismo, a perspectiva filosófica de ambos é diametralmente oposta. Enquanto para Agostinho o homem deveria crer em Deus para só então compreender as coisas¹⁶, Tomás de Aquino gira a equação colocando a compreensão como condição de crença em Deus¹⁷. Em suma, ambos colocam Deus como princípio e fim da reflexão, sendo que Tomás de Aquino somente busca racionalizar a presença do divino, a partir, principalmente, da teoria das provas da existência de Deus, bem como a concepção de movente primeiro.

Neste contexto de jusnaturalismo teocêntrico mais uma variável é adicionada à tensão decorrente do paradigma anterior: a lei eterna. Esta lei eterna não é a lei divina, mas produto da vontade/razão de Deus, o qual a escreve na ordem do universo. A lei natural é repaginada, marcada como aquele que decorre das tensões e pulsões humanas, servindo de referência as normas estabelecidas pelo homem. Importante salientar a divergência dos autores quanto à relação da lei humana com as demais: para Agostinho, a lei humana que viole as anteriores é inexistente, enquanto que para Tomás de Aquino a lei violadora é inválida. Em suma, enquanto na primeira perspectiva, a relação entre lei natural serve como referência crítica, na teocêntrica a relação é de uma fundamentação, de forma que a lei natural somente é válida e legítima se possuir este engate nas anteriores¹⁸.

A modernidade, com a colocação do sujeito no centro de tudo, acabou promovendo uma superação paradigmática. Chegou-se à convicção de que as coisas não possuem essências eternas e universalmente válidas – ou se possuem, essas não são acessíveis ao homem – reveladas ao sujeito, mas sim que as coisas são aquilo que o sujeito transcendental diz que

¹⁶ AGOSTINHO. A cidade de Deus: (contra os pagãos). Petrópolis, RJ: Vozes, 1990. 2 v.

¹⁷ AQUINO, Tomas de. O ente e a essência. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1996. 288 p.

¹⁸ LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 18

elas são. Este é o paradigma da CONSCIÊNCIA, ou mentalista. Perceba-se que a verdade não é negada, mas somente é deslocado seu eixo, apondo-a como um constructo da razão humana, não mais revelada pelo objeto. Em outras palavras, o Homem, não mais as coisas, é o centro do conhecer. Em suma, a superação do objetivismo ocorre na modernidade, quando o sujeito “passa a “assujeitar” as coisas”¹⁹.

O primeiro grande teórico que marca esta transição é o filósofo francês, René Descartes, com sua fórmula “*cogito ergo sum*”²⁰. Seu método funda-se em duas grandes questões: i) o homem pensa as ideias do mundo; ii) realça o homem como ponto de partida e de chegada do conhecer. Importante salientar que este homem é uno, ou seja, pensa igual, a partir dos mesmos pressupostos, o que impede o mero subjetivismo arbitrário. Grande influência de Descartes ao direito é o conceito de verdade como certeza (“*Veritas est certum*”²¹), bem como na formação dos solipsismos jurídicos, conforme será tratado mais à frente.

O pensamento é o dado fundamental, deslocando o fundamento da certeza do objeto para o sujeito pensante, conservando, no entanto, a objetividade do saber. O conhecimento certo e válido é somente o científico.

Sujeito é capaz de conhecer, dominar e intervir, instituindo verdadeiro método da verificação, análise, ordenação e enumeração e revisão, partindo da dúvida, questionando tudo até chegar à verdade. O pensar é o ponto de partida e chegada, princípio e fundamento do conhecer, pensa ideias sobre as coisas.

Para a ciência jurídica este paradigma é crucial para entender a atual concepção de direito. Contudo, mais do que Descartes, precisa-se entender Kant para entender o porquê as coisas são como são.

Ninguém influenciou tanto Kelsen quanto Kant. Kant colocou o homem na posição de legislador do universo, onde o homem diz o que são

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 13

²⁰ DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. São Paulo, SP: Folha de S. Paulo, 2015. 127p.

²¹ DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. São Paulo, SP: Folha de S. Paulo, 2015. 127p.

as coisas²². Este homem não é o homem *in concreto*, mas é o sujeito transcendental, abstrato, que pensa a partir de critérios universais e existentes a priori.

Por mais paradoxal que apareça, Kant, defensor do jusracionalismo, com o sujeito transcendental fundou as bases para o surgimento do positivismo jurídico, separando direito e moral, conforme a fonte emanadora das normas.

Kant elimina toda heteronomia da norma moral, mas também, e principalmente, separa direito e moral. Define que a moral é o cumprimento do dever pelo dever, enquanto o direito requer outras inclinações (medo de punição, por exemplo); enquanto a moral possuiu uma legislação interna, criada pelo sujeito transcendental conforme as três formulas do imperativo, o direito é externo. Enquanto a moral tem fundamento autônomo, o direito tem fundamento heterônomo. Moral é imperativo categórico (prescrevem ações por si mesmo); direito é hipotético (se fizer isso, sofrerá aquilo)²³. Em suma, cria uma teoria do agir humano baseada numa moral autônoma, eliminando mediações antes existentes (felicidade, interesse, Deus e etc.), delimitando a ação como obedecida pelo dever, o dever pelo dever.

Aqui surge o juiz sujeito transcendental, o qual, valendo-se de sua forma universal, interpreta as normas, extraindo delas o seu significado. Basta-nos pensar na figura do juiz que pensa os problemas do seu gabinete, valendo-se da sua razão, numa relação juiz-interprete (sujeito) e objeto (regra), deixando de lado as partes e suas questões²⁴.

Kant, portanto, rompe definitivamente com a ideia de conhecer a essência das coisas, construindo uma robusta filosofia transcendental²⁵,

²² Neste ponto, como bem observa o jusfilósofo Gustav Radbruch, Kant “é na verdade quem vigorou no direito natural o golpe decisivo, foi, não a história do direito, ou o direito comparado, mas a teoria do conhecimento, foi não a escola histórica, mas a filosofia crítica, não Savigny, mas Kant”. O formalismo kelseniano, por exemplo, nasce do neokantismo, não do positivismo científico. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1944-1945. p. 62-63.

²³ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo, SP: Folha de S. Paulo, 2010. 237p.

²⁴ Típico exemplo desta análise são assertivas “entendo”, “extraio o seguinte significado”, “interpreto”.

²⁵ “a filosofia transcendental não se ocupa de objetos, mas do nosso modo de conhecer tais objetos, enquanto modo possível a priori”.

preocupada em compreender o sujeito que conhece, estabelecendo a condições de possibilidade do processo de conhecer, apresentando a razão pura e universal.

O sujeito transcendental constrói o real. Aqui, evidente a contribuição para a formação da autonomia do sujeito. Justamente para evitar subjetivismos, no sentido ordinário da palavra, Kant interroga quanto as possibilidades da razão²⁶, apontando-a como uma estrutura vazia, universal, inata, pura e sem conteúdo, apresentando-se aprioristicamente – antes da experiência e não dependente dela. Os conteúdos são empíricos, particulares e contingentes, apresentados a posteriori, preenchendo as formas, estabelecendo o conhecimento. Para o filósofo prussiano, a facticidade é caótica, sendo necessário esta forma vazia para conformar os conteúdos, ressaltando que o fato de a razão ser uma forma vazia não implica na conclusão da existência de uma passividade desta no conhecer, pois a matéria assume o conteúdo da forma. Portanto, com Kant, chega-se à conclusão de que o “homem conhece a forma humana de conhecer”, rompendo a *adequatio*.

Assim, é preciso estudar a própria razão e indagar o que ela pode conhecer, pois existe um limite, considerando que não conhecemos as coisas como elas são.

A estrutura desta razão²⁷ divide-se em: a) estrutura da sensibilidade/percepção (conhece no tempo e no espaço); b) estrutura do entendimento (que organiza as coisas apresentadas pelo ânimo/sensibilidade, através de categorias como a qualidade, por exemplo)²⁸; c) estrutura da razão propriamente dita (a capacidade se

²⁶ HOFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁷ Com Kant, deparamo-nos com os “dois troncos do conhecimento”: sensibilidade (faculdade cognitiva inferior) e entendimento (faculdade cognitiva superior), o qual articula-se em entendimento em sentido estrito (conceito), faculdade de julgar (os juízos) e a razão no sentido estrito (conclusões). Sendo assim, o conhecimento, do ponto de vista lógico, se deve a estas duas “fontes”, as quais tem o mesmo peso e hierarquia no processo e são dependentes umas das outras. In.: HOFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁸ Prova disto, é a célebre frase do filósofo prussiano: “sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdos são vazios, intuições sem conceitos são cegas”. In.: KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Icone, 2007.

subsumir os conceitos do entendimento sob regras, discernir se algo se encaixa ou não na regra dada).²⁹

Em Kant, portanto, o giro filosófico é evidente. Da filosofia do ser, marcada pelo foco no objeto, o qual se revela ao sujeito cognoscente, sendo este capaz de compreendê-lo e reproduzi-lo em sua essência, para a filosofia da consciência, preocupada com o sujeito que conhece e a forma como conhece. O conhecimento não decorre mais do objeto que se revela, mas do sujeito no ato de conhecer. Em suma, o professor de Konisberg rompe definitivamente com a ontologia, de forma que o ser já não mais existe em si, existindo somente para e em razão do sujeito que conhece.

O filósofo prussiano busca conciliar empirismo e racionalismo. O primeiro representado por Francis Bacon, que entendia por válido somente o conhecimento advindo da experiência, marcado por juízos sintéticos a posteriori, tendo por ponto positivo produzir novos conhecimentos e negativo o fato destes serem contingentes e particulares. Já Descartes, representante da segunda corrente, defendia que o conhecimento válido é o advindo da razão humana, marcado por juízos analíticos a priori, independentes da experiência, produzindo conhecimentos necessários e universais, mas tautológico, pois o predicado acaba dizendo o que já está lá³⁰. Através de uma síntese, a grosso modo, Kant constrói a relação forma/conteúdo, possibilitando a existência de juízos sintéticos a priori. Agora, o objeto se regula pelo conhecimento.

Contudo, a filosofia passou por uma nova ruptura, que a ciência jurídica ainda não acompanhou, a saber, o giro linguístico. Com este percebeu-se que não é nem o sujeito, nem a coisa que se revela, mas que o conhecimento é uma construção argumentativa, produto de consenso argumentativo, incluindo aqui o conteúdo da norma jurídica, visto como comunicação. Importante salientar que a linguagem passa a ser vista não mais como uma terceira coisa que se coloca entre o sujeito e a realidade, mas a instituiu, não representa, como em Descartes.

²⁹ HOFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁰ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Icone, 2007 e PASCAL

Se em Kant, tem-se a cisão entre direito e ética, com o paradigma da linguagem, em especial Habermas, percebe-se um resgate da relação ética, direito e política. O paradigma da linguagem, contudo, não se limita a Habermas, podendo ser dividido em três manifestações principais: i) razão comunicativa (Apel e Habermas); ii) razão hermenêutica (Gadamer e Heidegger) e iii) razão sistêmica (Luhmann)³¹.

Este paradigma marca a transição da certeza como cognição – e da cognição como certeza – para a cognição como consenso argumentativo³².

No que toca a razão comunicativa, Apel foi o precursor da transição para o “eu falo”. O conhecimento não provém mais do sujeito individual, mas nasce da relação “eu-tu”. Como bem ressalta Apel, *“a filosofia da linguagem não como tematização do objeto linguagem entre outros tantos objetos possíveis da cognição, mas sim como reflexão sobre as condições lingüísticas da cognição”*³³.

Otto-Apel vai ressaltar que existem dois caminhos: ou admite-se que a fundamentação é impossível e desnecessária ou reconhece sua importância e estabelece uma não metafísica. Hans Albert afirmava que a fundamentação pode conduzir ao infinito, ser dogmáticas ou circular (trilema de Munchhausen). Apesar de fantasioso, contudo, Albert defende o fundamentar³⁴.

É preciso para Apel também, mas sem o engate lógico, mas uma fundamentação que conduza a um argumento que se negado conduz a contradição performativa (contradição com a conduta, não com a lógica). Se negado, gera efeitos práticos negativos³⁵.

Com isso, estabelece as duas regras do discurso: reconhecimento da existência de um outro igual falante e reconhecimento de uma situação de

³¹ LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. In.: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*, Florianópolis: Boiteux, 2005. P. 145-158.

³² LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. In.: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*, Florianópolis: Boiteux, 2005. P. 145-158.

³³ APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia II*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 353-354.

³⁴ Hans, Albert. *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro

³⁵ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 18

não violência. Esses são os pressupostos da linguagem, criando a comunidade de linguagem³⁶. A validação da verdade não é um problema intrasubjetivo, mas sim um problema de forma intersubjetiva de consensos.

Neste ponto, surge Habermas estabelecendo a fundamentação da linguagem nas suas condições de fundamentação presentes na infraestrutura. Aponta que a racionalidade econômica e burocrática penetrou e colonizou a vida³⁷, sendo que a “salvação o mundo” está na alteração da racionalidade.

O discurso, nesta nova racionalidade, deve ter pretensão de verdade, sendo este o primeiro consenso estabelecido. Deve-se ter a pretensão de intelegibilidade (pretensão de compreensão), sinceridade (não mentira), verdade (epistemologicamente) e justiça (enquanto correção normativa). Este é o primeiro consenso, a situação de fala é ideal, sendo que o próprio Habermas admite certas limitações.

Direito é produto dos consensos, seguindo o princípio do discurso, a saber, “*são válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais*”³⁸. No direito, o princípio do discurso, assume o caráter de princípio da democracia, direito só é legítimo se democrático.

O processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência³⁹.

Para Habermas, o positivismo apagou a tensão entre facticidade e validade (legitimidade), resgatada através da infraestrutura da linguagem. Os direitos decorrentes das regras do discurso, que marcam esta nova principiologia seriam: i) direito a igual liberdade de ação, ii) direito

³⁶ APEL, Karl-Otto. Transformação da Filosofia II. São Paulo: Loyola, 2000

³⁷ LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 18

³⁸ HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

³⁹ HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 115

de livre associação entre indivíduos; iii) direito à proteção dos direitos; iv) direito à possibilidade de participação na produção de consensos; v) direito à garantia de condições de vida para o exercício dos direitos anteriores.

O direito passa a ser permeado pela eticidade, de forma que os direitos ainda listados encontram sua fundamentação na estrutura da linguagem, não mais no sujeito.

Como diz Lênio, *“não se tem mais o assujeitamento do sujeito as essências e nem o solipsismo do sujeito assujeitador dos objetos”, pois a linguagem passa a ser entendida não como “como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto, e, sim, como condição de possibilidade”*⁴⁰.

Paralelamente ao paradigma da linguagem, a partir da década de 70, surge o paradigma da vida, influenciado pela epistemologia do Sul. Admitindo as contribuições da linguagem, entende que esta não é suficiente para explicar tudo, sendo necessário a percepção quanto a “produção, reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito”. Não nega a linguagem, mas a considera uma importante mediação da realidade.

2.2. Paradigmas jurídicos: atenção à transição positivismo x pós-positivismo

Igual ocorre com a filosofia, o conceito de paradigma também pode ser importado para a “ciência” jurídica. Aqui, de modo arbitrário, porém fundamentado, dividir-se-á em três cortes paradigmáticos: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. Ínsito salientar que os juristas apresentam outros recortes, usando por critério os modelos de Estado, como, por exemplo, Lênio Streck. Contudo, entende-se que o corte em três paradigmas se mostra mais útil quanto à demarcação do papel do intérprete/juiz.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 227

Esta questão paradigmática diz com a interpretação, de forma que a depender do paradigma onde se localiza o jurista, diversa a sua compreensão do que é o Direito, bem como seus métodos hermenêuticos. Conforme bem demonstra Ferrajoli, existe uma interação entre mudanças institucionais e culturais, sendo as filosofias jurídicas e políticas sempre um reflexo e um fator constitutivo do refletir⁴¹.

Sendo assim, a hermenêutica jurídica e o ensino jurídico são matérias cruciais na atuação do juiz/intérprete. A interpretação depende desses pressupostos. A ciência jurídica, nestes termos, se realiza com os juízos de valor⁴².

Outro ponto relevante é demonstrar a íntima vinculação entre este recorte e aquele realizado no âmbito filosófico, mostrando como a filosofia dialoga ativamente com o direito.

Do ponto de vista filosófico, o jusnaturalismo foi fortemente influenciado pelo paradigma do ser. A definição deste paradigma é arbitrária, considerando que pode ser dividido em pelo menos três (cosmológico, teocêntrico e racionalista). Contudo, em caráter geral, pode-se afirmar que no jusnaturalismo acredita-se na existência de uma lei natural e de uma lei humana. O relacionamento entre estas, contudo, varia – pode ser de fundamentação, referência crítica ou referência axiológica. Observa-se, em suma, que a lei natural possui anterioridade categorial à lei humana.

Analisando o papel do intérprete neste paradigma, que deve aplicar a lei que está escrita no cosmos, em Deus ou na razão, a qual é revelada ao homem. Como assinala Palombella:

O direito natural remete a uma ordem normativa, objetiva e racional, que, de vários modos, o jusnaturalismo argumenta (especulativa ou teoricamente) estar inscrita ontologicamente na natureza. As versões prevalentes do jusnaturalismo relacionam-se com uma derivação voluntarística dessa ordem,

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

⁴² AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

determinada por um poder divino, ou com uma sua derivação racionalística, dedutível por meio da razão humana no modo de ser dos homens, na “natureza das coisas”⁴³.

No aspecto filosófico e epistemológico a contribuição é grande, pois o jusnaturalismo trabalha com a concepção de que existe um direito contraposto ao vigente, o qual se presta a ser fundamento ético sobre o qual se apoia o direito posto. Inclusive, Bobbio vai localizar o jusnaturalismo como uma teoria da justiça, ao lado do legalismo, não enxergando uma contraposição direta ao positivismo⁴⁴.

O jusnaturalismo torna cognoscíveis os princípios éticos e jurídicos tanto quantos os fatos da natureza, admitindo-os como anteriores e independentes do próprio conhecer⁴⁵.

Desnecessário assinalar que isto abria um largo espaço para a atuação do intérprete, considerando que a lei natural é marcada por regras gerais e conceitos abstratos, como justiça e liberdade. Do ponto de vista de crença, acreditava-se no intérprete que revela a norma inscrita no *cosmos*. Na realidade, o intérprete dizia o direito, por critérios elásticos e conceitos indeterminados.

Como observa Ferrajoli, o direito pré-moderno era eminentemente jurisprudencial e doutrinário, com pouca legislação, até em razão do direito caminhar ao lado da justiça, de forma que a legitimidade, em última estada, decorria dos doutores, dos sábios⁴⁶.

Essa abertura abria espaço para a discricionariedade. Ocorre que o capitalismo precisa de segurança jurídica, para antever as situações, pois, como afirma Weber, previsibilidade e calculabilidade são os marcos da modernidade.

É de se assinalar, como observa Bobbio, que o conceito de direito positivo somente surge a partir da distinção com o direito natural. Antes

⁴³ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 5

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016

⁴⁵ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

do Estado moderno, “o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) enquanto de princípios equitativos e de razão (direito natural)”⁴⁷.

Nesta esteira vem o positivismo, até decorrente do jusracionalismo, produto de uma razão eterna e imutável, conforme já explicado no tópico anterior a partir de Kant. Aqui, como na análise filosófica, destaca-se que se busca ser um redutor de complexidade.

Não existe o positivismo, mas positivismos, afinal, evidente que Kelsen não pensa como Hart, que não pensa como Austin, que não lê o fenômeno como Bobbio.

Contudo, é claro que existem pontos que aproximam estes autores, bem como a questão da dimensão perlocucionária pela qual o paradigma foi recepcionado pelos juristas, no “senso comum jurídico”, o qual, bem ou mal, marca a atuação dos intérpretes, conformando os “cientistas”.

No direito positivista, o fundamento muda de lugar. O formalismo ganha força, bem como a concepção de que existe somente um direito válido e de que este único direito válido é o positivo, emanado do Estado. Opera-se a separação absoluta entre direito, enquanto ciência, e justiça. O juiz aplica a lei, não faz justiça, que é problema dos filósofos. Da legitimidade dos doutores, para a legitimidade da fonte, da forma, não do conteúdo expresso⁴⁸.

A preocupação da “Teoria Pura do Direito” era combater a influência do direito natural e da sociologia na seara jurídica. Considerando a justiça um conteúdo vazio, a preocupação era a norma posta, emanada do Estado.

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 28

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores. O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito⁴⁹

Bobbio apresenta a defesa de Kelsen, diferenciando a teoria pura do legalismo e da oposição ao direito natural, os quais entende ser teorias da justiça⁵⁰.

Ferrajoli destaca que o jusnaturalismo exprime o axiológico, enquanto que o positivismo, diz com um método, objeto de estudo, teoria estatalista do direito e ideologia ético-legalista, de forma que a incompatibilidade entre ambas somente pode ocorrer se ambas forem levadas ao extremo⁵¹.

Norberto Bobbio vai afirmar que a aproximação entre formalismo e positivismo existe na leitura do último como ideologia⁵². Nino também faz essa observação quanto a existência de um positivismo ideológico, ressaltando que Hart e Bobbio nunca falaram em direito como válido de maneira independente aos critérios morais⁵³.

Contudo, ainda que esta pudesse não ser a intenção inicial, como destaca Ascensão, o positivismo desembocou no normativismo e

foi levado, na sua busca da pureza metodológica, a afastar do campo do direito tudo o que não reduzisse à “forma” essencial da norma jurídica. Por este caminho se vão repudiar fontes do direito, como o costume, que repousam num visível entrelaçar de ser e dever ser. O Estado, fonte de coercibilidade, tem de ser colocado na origem de todo o Direito⁵⁴.

⁴⁹ KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 28

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016.

⁵² BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016.

⁵³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

⁵⁴ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.P. 43

Nas palavras de Ascensão, o Direito tornou-se uma espécie de “epifênomeno” do Estado, sendo o silogismo jurídico o típico *modus operandi*,

Têm-se em vista as formas judiciais de aplicação da lei e raciocina-se como se a lei representasse a premissa maior dum silogismo. O juiz conhecerá a lei, as partes dão os fatos, o juiz subsume os factos à lei e tira a conclusão⁵⁵.

Habermas vai pontuar que o direito moderno possui três traços marcantes: positividade (direito como resultado de um estabelecimento do soberano); legalismo (onde só a lei pode impor, sumindo as exigências éticas) e o formalismo⁵⁶. Para o autor, o direito está entrecortado por uma tensão entre facticidade e validade. Contudo, o positivismo, buscando simplificar e se cientificar – nos termos do século XIX e XX – faz desaparecer a tensão lei natural e lei humana, não resolvendo o problema, mas simplesmente retirando a eficácia, a normatividade, da lei natural.

O positivismo marca, portanto, a cisão entre validade e legitimidade. A primeira é definida no plano dos enunciados normativos, tendo por princípio máximo “*auctoritas non veritas facit legem*”⁵⁷, enquanto a legitimidade é uma problemática moral, devendo ser resolvida na teoria política⁵⁸, pois a justiça tem um conteúdo vazio⁵⁹.

Essa preocupação de caracterizar o direito como ciência era evidente. Kelsen não se cansa de repetir o necessário afastamento⁶⁰. A ciência, naquela época, era afastar-se dos juízos de valor e dos campos da arbitrariedade, afinal, basta se lembrar que verdade científica se caracteriza pela certeza, como quis Descartes. Um conhecimento só é científico se certo, e o direito não podia fugir disso, como assevera com maestria Azevedo,

⁵⁵ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 477.

⁵⁶ LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 187 p.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. Direito e Poder. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. Direito e Poder. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016.

*“em nome da autonomia da “ciência do direito”, assim construída e limitada, aferram-se os juristas àquilo que é “puramente” jurídico”*⁶¹.

É evidente que esta neutralidade é ideológica. Ela esvazia a atividade judicante, considerando que inexistente interpretação neutra, pois, ao interpretar, o intérprete o faz a partir de uma determinada concepção de direito e vida, bem como de direito, não sendo adequado o discurso do positivismo tecnocrático⁶².

Inclusive, essa concepção de neutralidade, no mais das vezes, presta-se a retirar do juiz o dever de fundamentar aquilo que ele internamente decidiu⁶³. Neste contexto, *“o aplicador (não é à toa que se quer assim denominar o juiz) exime-se de toda e qualquer responsabilidade no estrito e estreito cumprimento do seu dever”*⁶⁴.

Oportuno salientar que esta crítica ao positivismo é, em termos, injusta, afinal, Kelsen nunca falou em neutralidade, trabalhando sempre com a concepção de interpretação das regras. Contudo, o mito do juiz inanimado, sem vontade ou opinião, serviu de base para a fundação do positivismo e para o fortalecimento do Poder Judiciário como uma das três funções que dividiu a soberania.

O que quer o positivismo é que veja o direito como um ser em si, constituído de normas e de conceitos que se auto-explicariam, não se admitindo nenhum juízo sobre sua validade intrínseca ou sobre a legitimidade da fonte de que procedem. As leis formalmente postas pelo poder estatal são dadas e como tal devem ser recebidas e aceitas⁶⁵.

Aqui, a influência do positivismo da Escola da Exegese Francesa se enuncia, a qual, justamente pela preocupação com a atuação dos intér-

⁶¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 21

⁶² AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

⁶³ NETO, Claudio Pereira de. Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática. São Paulo: Renovar, 2002.

⁶⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

⁶⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 24

pretos, defendia a literalidade do texto, num exercício silogístico, quase matemático, com o *référé législatif* (interpretação autêntica do legislativo). Mesmo com a vedação do *non liquet*, proibindo ao juiz de abster-se de julgar, determina-se que o juiz deve suprir as deficiências da lei, sem, contudo, poder se substituir ao legislador. Nos casos em que a lei não prevê a situação jurídica apta a ensejar o direito, o juiz deve reconhecer que o litigante não tem ação⁶⁶.

Neste paradigma, a lei é clara – vide o princípio *in claris cessat interpretatio* – de forma que cabe ao juiz somente aplicar. Somente com Gadamer ocorre a superação e o reconhecimento de que todo o ato é interpretativo, bem como a ideia de que a interpretação e aplicação compõe, na verdade, um processo uno.

o magistrado não formula o Direito, interpreta-o apenas; e esta função é exercida somente quando surge a dúvida, sobre a exegese, em um caso forense. Nem o juiz expõe o seu pensamento por meio de disposição geral e referente ao futuro, como Pretor em Roma; nem sequer se pronuncia em parecer solicitado por alguns dos outros poderes constitucionais. Assim se pensa em todos os países cultos⁶⁷.

Maximiliano afirma existir entre juiz e legislador a mesma relação que existe entre um ator e o dramaturgo, respectivamente, sobrando, somente, uma pequena margem de liberdade ao juiz, assim como existe ao ator, que deve ser tributário do texto instituído pelo dramaturgo⁶⁸.

Neste ponto, a decisão judicial protege-se no manto da neutralidade científica. O juiz não é um agente político, mas um técnico, um cientista, que oferece uma resposta ao caso concreto de maneira neutra. Se a lei é injusta, o aplicador se exime da responsabilidade, considerando que só cumpre seu estrito dever legal.

Este modelo encontrou seu esgotamento com o fim dos regimes totalitários do século XX, onde percebeu que sobre a forma de direito podia

⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44

⁶⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44

se instituir a tirania. Ferrajoli é um dos que tenta salvar o positivismo, afirmando que é necessário resignificar, mas discorda-se dele, pois a questão é paradigmática, a lei, como forma, não resolve mais a problemática⁶⁹.

Não cabe na estrutura democrática demarcada pela Constituição Federal o juiz positivista, encarado como mera boca da lei, pois ao assim agir é negligente, fugindo dos problemas apresentados pela realidade. Neste ponto, parece indubitável que o paradigma positivista se encontra superado.

Conforme bem observado por Nino, deve-se admitir que o juiz tem um campo para a discricionariedade, tendo de resolver casos sem o controle das normas. Parte deste poder discricionário vem da própria lei, seja no estabelecimento da pena, seja na valoração da prova, por exemplo⁷⁰.

Há quem defenda, como Bobbio, que representa um retorno ao direito natural. Ferrajoli, de maneira mais comedida, afirma que somente ocorre um regresso ao direito “jurisprudencial de tipo pré-moderno”⁷¹. Habermas discorda, contudo, apontando que os direitos agora estão inscritos na estrutura da linguagem, não mais na natureza.

Conforme assinala Ferrajoli, apesar do regresso ao direito jurisprudencial, a relação direito e moral no pós-positivismo foi invertida se comparada ao jusnaturalismo, pois naquele paradigma analisava-se o extremo desvalor moral do direito positivo em relação aos princípios irrenunciáveis de justiça, enquanto no pós-positivismo fala-se na existência de um inegável valor moral dos princípios constitucionais⁷².

Essa crise, para Streck, tem um duplo aspecto: i) o direito possui uma estrutura, um modelo, voltado ao enfrentamento de problemas

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

⁷⁰ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

⁷² BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016.

interindividuais, encontrando dificuldades operativas com conflitos supraindividuais; ii) crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que implica em afirmar a condição de refém da relação sujeito objeto⁷³.

A crise possui também uma base filosófica, pois o direito ainda convive com leituras objetivistas, mas também por posições doutrinárias e jurisprudenciais subjetivas, onde o interprete se sobrepõe ao texto, de forma que o interprete descobre os valores submersos⁷⁴.

O pós-positivismo está intimamente ligado ao novo constitucionalismo, o qual pede uma nova teoria das fontes, da norma e do próprio direito,

a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho modus interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.⁷⁵

De acordo com Barroso, essa mudança paradigmática decorre da superação do positivismo, implicando em dois fatores: (i) a Constituição adquire força normativa, deixando de ser mera carta política; (ii) decorrente deste, ganha força a ideia de jurisdição constitucional; (iii) desenvolve-se a ideia de interpretação constitucional⁷⁶.

Ora, os críticos do positivismo jurídico são uníssonos em apontar que o maior problema é a equiparação entre legalidade e legitimidade, instituindo, em alguns casos, a injustiça legal⁷⁷.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006. p. 258

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 10 out. 2015.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Conceito de validade do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Se no paradigma positivista-formalista a tarefa do juiz é a de deduzir das regras a norma existentes, subsumindo aos fatos narrados, com o pós-positivismo, a Constituição é um conjunto de princípios necessários a atuação do interprete, de forma que não cria ao juiz um poder absoluto e arbitrário. Contudo, os críticos apontam justamente isso, afirmando que este elastecimento principiológico presta-se somente a aumentar a discricionariedade, relegando a lei ao segundo plano e acabando com a segurança jurídica. O que não deixa se ser curioso, considerando que no sopesamento de Dworkin a argumentação tem papel primordial, na linha do giro linguístico.

A dinâmica deste novo paradigma se estabelece na relação de regras e princípios, dotadas de igual força normativa e dignidade constitucional, diferenciando-se somente no fato de que as regras possuem maior densidade normativa, enquanto os princípios possuem maior densidade axiológica, marcando um período de *“hegemonia axiológica dos princípios”*, tornando-se *“pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”*⁷⁸.

Este protagonismo principiológico é novo, considerando que no jusnaturalismo, os princípios tinham a função de fundamentação teleológica, sendo gerais, abstratos e universais, com grande força normativa, dotada de validade independente do legislador⁷⁹. No positivismo, eram subsidiários, para preencher as lacunas⁸⁰, vistos como dotadas de baixa eficácia, sendo meramente programáticas ao legislador, que as realizava na medida da sua conveniência⁸¹. No pós-positivismo gozam de igual dignidade e força normativa, possuindo uma função hermenêutica.

Os grandes teóricos deste paradigma são Dworkin e Alexy, os quais, apesar da universalização comum que se faz, são diferentes em suas

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23^o ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23^o ed. São Paulo: Malheiros, 2008

⁸⁰ Típico exemplo é o Art. 4^o LINDB

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23^o ed. São Paulo: Malheiros, 2008

leituras, mas que tem por coincidência a tese da existência de uma diferença qualitativa entre regras e princípios.

Na equação regras e princípios, Dworkin adiciona ainda as políticas (*policies*), enquanto Alexy limita-se a diferenciação regras e princípios, apontando as primeiras como razões definitivas de decidir e a segunda como mandados de otimização.

es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida se su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...]las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no⁸².

Dworkin reacende a tensão, elaborando uma leitura moral do direito. Segundo o jurista estadunidense, a regra aplica-se a partir do “tudo ou nada”. Havendo colisão, aplica-se os critérios tradicionais da teoria do direito para solução de antinomias. Já os princípios, possuem uma dimensão de “peso”, ou seja, realizasse um “sopesamento” dos princípios aplicáveis a espécie, prevendo prevalecer aquele que oferece a resposta mais adequada ao caso concreto⁸³.

Quanto as políticas de Dworkin, os princípios são vistos como exigências de moralidade (de justiça e equidade) e as políticas dizem com os objetivos, que possuem natureza agregativa e não individualizadas – a distinção é mais simples na teoria do que na prática⁸⁴.

O curioso da acusação de discricionarietà é que a preocupações de ambos os autores é com a racionalização da aplicação do direito. Neste ponto, necessário apresentar as principais características da consequência jus-filosófica desta teoria, a saber o neconstitucionalismo, apesar

⁸² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86/87

⁸³ DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. 3ª ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. 3ª ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010

destes autores nunca terem se auto intitulado assim: i) força normativa dos princípios; ii) rejeição do formalismo; iii) constituicionalização do direito; iv) aproximação direito e moral; v) judicialização da política⁸⁵.

Cumpre salientar que esse novo paradigma, assim como o neoconstitucionalismo, não é um único bloco, mas sim composto de autores com as mais diversas linhas de pensamento, tanto que Humberto Ávila sugere a expressão “neoconstitucionalismo(s)”. Todavia, todos observam, em suas teorizações, essa concepção de força jurídica-normativa do texto constitucional⁸⁶.

As críticas a este movimento podem ser reduzidas em três, trazidas por Sarmento. Primeiramente, o pendor judicialista do movimento, o que produz um direito antidemocrático. Em segundo lugar, aponta que é perigosa a escolha pela ponderação de princípios em detrimento das regras, considerando a cultura nacional, a saber, patrimonialista. Por fim, assinala o risco de um panconstitucionalização do direito em detrimento da autonomia⁸⁷. Em suma, o neoconstitucionalismo, nestes termos, nos conduz a figura de um “juiz constituinte permanente”.

Na visão do professor, o neoconstitucionalismo tem pecado pelo excesso no Brasil, correndo o risco de disseminar um discurso perigoso, que relega o voto ao segundo plano e dá protagonismo político aos juízes e a “*ditadura da toga pode não ser muito melhor do que a ditadura da farda*”⁸⁸. No que toca ao uso dos princípios em detrimento das regras, a objeção mais uma vez é democrática, considerando que cabe ao legislador fazer as escolhas políticas, evitando o “*oba oba constitucional*”⁸⁹.

⁸⁵ Sarmento, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507. Acesso em 15 de out. 2015

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

Tem-se também a observação crítica sempre pertinente de Eros Grau, que aponta para os riscos deste neoconstitucionalismo se levado por caminhos tortuosos

O modo de pensar criticamente que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje – endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase discricionariedade judicial – compõe-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é mais justo, encanta, fascina e legitima o modo de produção social⁹⁰

Portanto, conforme já destacado, este paradigma reposiciona o juiz na estrutura democrática. Ele não é mais um executor da vontade legislativa exclusivamente, mas um juiz empoderado pela Constituição e pela democracia. Mas “nem tudo são flores”, pois os problemas são apresentados: a legitimação deste juiz que, apesar da atividade política *lato sensu* que exerce, não tem legitimidade pelo voto, um dos sinais distintivos da democracia; como fica a dinâmica relação entre legislativo e judiciário?

2.3 “O ser é, o não-ser não é”: o problema da interpretação

Partindo da frase de Parmênides, quer-se definir o que é a interpretação e em quais termos ela se dá. Aqui não se discute os métodos jurídico-hermenêuticos, mas “O que é isto, a hermenêutica?”.

Obviamente, muito da questão já foi antecipada no presente trabalho, contudo, é preciso destacar a leitura de interpretação de alguns grandes teóricos do direito e da filosofia jurídica.

Kelsen, apesar de todas as críticas ao positivismo, apontado como uma mordça aos juízes, desenvolveu uma importante – e surpreendente, para alguns – reflexão a respeito da interpretação. Diferente da Escola da Exegese Francesa, o austríaco não lia a interpretação como um exercí-

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros, 2016.

cio com resultado unívoco, pois reconhecia certo grau de indeterminação do direito. Desta forma, via a regra como uma moldura – aqui a influência kantiana é evidente –, onde cabe uma certa quantidade de normas/interpretações possíveis, ou seja, do mesmo texto normativo poder-se-ia extrair um x números de normas jurídicas. A norma do caso concreto era escolhida pelo aplicador, em verdadeiro ato de vontade, o qual poderia, inclusive, escolher uma interpretação fora da moldura, transformando-a em interpretação autêntica ao aplicá-la.

relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato⁹¹

Ou seja, a discricionariedade do juiz era tamanha que ele, por um ato de vontade, poderia tornar o não-direito, direito.

Tal percepção só confirma que tem muito de ideológico nesta leitura do positivismo como o juiz boca inanimada da lei.

Kelsen retira a moral do direito, mas abre um espaço de vontade, que é preenchido pelo intérprete, devendo ser destacada que, na estrutura escalonada, a decisão judicial é também fonte de criação do direito. Assim, a principal característica do positivismo é a discricionariedade⁹².

O dogma da completude do direito aponta que não existem lacunas, de forma que a moldura sempre iria se apresentar ao intérprete. No positivismo, a lacunas, se existirem, são preenchidas pelos princípios gerais, sendo que somente aqui o âmbito discricionário do juiz aumenta.

Conforme assevera Bobbio, o juiz deve buscar a regra no sistema, pois deve decidir e deve ser com uma norma pertencente ao sistema.

O problema do positivismo é que, ao apostar no arbítrio – ato jurisdicional como ato de vontade – este manifesta a razão prática, ficando de fora o conhecimento teórico – de forma que essa relação entre razão

⁹¹ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 393

⁹² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

prática e razão teórica não foi solucionada pelo paradigma da consciência. Os positivistas acreditam na razão teórica somente, na possibilidade de um conhecimento anterior as perguntas, sendo este o substrato da discricionariedade⁹³.

Acerca do positivismo de Hart, em grossas palavras, quanto à interpretação, parece válido destacar a concepção da existência de normas com textura aberta, existindo zonas de penumbra, admitindo a existência de casos difíceis, ressaltando o ato jurisdicional como um ato de vontade nesses casos, gozando o juiz de discricionariedade⁹⁴.

Aos casos difíceis, Dworkin oferece outra resposta, buscando disciplinar o poder numa sociedade democrática, formulando a doutrina da responsabilidade política, a qual, em linhas grossas, afirma que o juiz deve decidir com base em uma teoria geral que permita justificar suas razões, tornando previsível seu agir⁹⁵. Em suma, existe uma resposta certa para problemas complexos, reconhecendo o caráter argumentativo do direito, desenvolvendo o conceito de Juiz “Hércules”⁹⁶. Em síntese, Dworkin quer o fim da decisão voluntarista e o início da decisão principiológica.

Para impedir que o judiciário adentrasse no âmbito da política, realiza a distinção entre princípio e política, que já foi tratada no presente trabalho, com todas as dificuldades que o conceito apresenta⁹⁷. Contudo, deve o juiz julgar de acordo com os princípios, reservando as políticas para o exercício dos demais poderes. Os princípios devem, ainda, serem buscado sobre um sistema, com uma “consistência articulada”.

Cabe ao juiz, quando decide conforme os princípios, o dever jurídico de buscar a melhor justificação moral, reduzindo seu espectro discricio-

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen, 2007. 435p.

⁹⁴ HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. 3ª ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁹⁷ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

nário. Ou seja, os limites à discricionariedade são buscados na normatividade principiológica.

Aqui, entra o papel do “Juiz Hércules” na solução dos *hard cases*. Ocorre que o juiz Hércules tem sido mal lido, analisado à luz do paradigma filosófico da consciência, produzindo um juiz solipsista, que mais que um Hércules, é um sacerdote que revela a vontade do sagrado. Assim, tentar inserir a interpretação de Dworkin nas decisões exige uma transição filosófica, que não saia do sujeito transcendental, mas que decorra do diálogo argumentativo e da fundamentação. Como salienta Streck, o Hércules não é dotado de uma subjetividade assujeitadora⁹⁸.

A questão problemática do direito, portanto, mais do que positivismo x pós-positivismo, é o local filosófico que ainda está o juiz, conforme Streck *“Por que razão no campo jurídico se continua a aposta “na consciência de si do pensamento pensamente”*⁹⁹.

Portanto, o problema da interpretação é o solipsismo. É preciso combater o juiz “eu transcendental”, repositório de todos os conceitos. Ao superar a consciência, evidente que a verdade não pode decorrer de um ato de vontade do intérprete, como quis Kelsen, mas deve decorrer de um consenso argumentativo, onde todos os possíveis afetados possam participar, não podendo tudo ser reduzido a uma subjetividade.

Ou seja, mais do que as obras de Dworkin, Alexy e Gadamer, o problema é o equívoco interpretativo dos operadores jurídicos. É preciso, portanto, romper com este imaginário do “livre convencimento” e da razoabilidade como vontade do juiz, romper com este “mix paradigmático”, para realizar o ultrapassamento deste solipsismo, definido como *“um engodo teórico; ele existe difusamente num imaginário que se constitui a partir da modernidade”*¹⁰⁰.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 10

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 42

Streck aponta que nessa leitura é “*como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático)*”¹⁰¹.

Para o solipsista, o mundo é um esboço daquilo que ele pensa, de fora que o sujeito se basta para decidir, ocorre, contudo, que “*depois do giro não se pode conceber conhecimento como resultado do nosso feixe de sensações*”¹⁰².

É evidente que a interpretação não é resultado de um exercício mecânico, “matemático”, afinal, o próprio Kelsen admitia a possibilidade de diversas interpretações. Inclusive, conforme aponta Agner Heller, o cotidiano exerce importante papel neste processo de compreensão e “apreensão do mundo”, sendo que o juiz já possui uma filosofia pressuposta¹⁰³. Ele está inserido na cotidianidade, possuindo seus preconceitos, os quais dizem a forma como ele interpreta.

Neste ponto, o resgate, ainda que breve, das teorizações de Gadamer mostra-se fundamental. O filósofo alemão traz a concepção de condição pré-conceitual (pré-conceitos), colocando a historicidade¹⁰⁴ e a tradição como uma condição transcendental da hermenêutica, tornando-a humana e enriquecendo o ato interpretativo¹⁰⁵. Ou seja, o objetivo não é eliminar pré-compreensões para depurar o método, mas é tratá-las como condição de possibilidade da cognição como consenso, não mais certeza. Afinal, conforme leciona Ludwig, os pré-conceitos são anteriores

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 51

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

¹⁰³ Partindo das teorizações de Heller, Celso Ludwig constrói três grandes conceitos que permitem compreender como se dá o exercício filosófico. Na visão do professor, a filosofia pode ser: implícita, pressuposta e explícita. A primeira aproxima-se do senso comum, sem com ele se confundir, contudo. Em grossas palavras, é a “impressão” que cada um tem sobre um fenômeno social como a justiça, por exemplo. A filosofia pressuposta traz consigo uma ideia de um ultrapassamento, identificando-se com a concepção dos especialistas na área. Típico exemplo seria a concepção de justiça que cada juiz tem, ou a leitura de moda de cada especialista. Já a filosofia explícita, diz com a filosofia em sentido estrito, produto dos filósofos. Desnecessário destacar que dentro de cada uma destas, a concepção varia.

¹⁰⁴ Habermas vai entender que a historicidade limita o conhecimento.

¹⁰⁵ LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. In.: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) Crítica da modernidade: diálogos com o direito, Florianópolis: Boiteux, 2005. P. 145-158.

ao método e não podem ser removidos, pois sem estes interpretar, e o próprio método, seria impossível.

A interpretação deixa de ser formal, abstrata, neutra, pois somente alcançada na situação concreta, inexistindo, desta forma, a cisão operada pela hermenêutica clássica entre interpretação e aplicação, pois quem interpreta, o faz para aplicar, ou seja, a *applicatio* não é posterior, mas faz parte do processo. Ou seja, não existe o princípio *in claris cessat interpretatio*.

Em suma, é impossível separar a interpretação da aplicação, pois o direito não é mera racionalidade instrumental, tendo-se uma hermenêutica produtiva, não reprodutiva.

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar¹⁰⁶.

A pré-compreensão gadameriana, contudo, não é a visão de mundo do juiz, pois isto é uma leitura solipsista, e Gadamer se insere no *linguist turn*. A pré-compreensão é aquilo que o texto já diz e que deve ser tomado no interpretar.

As palavras da lei, porém, não são desprovidas de um valor que já antes se aceitava, razão por que foram utilizadas – em detrimento de outras –, sempre na doce ilusão de terem capacidade de segurar o sentido. Nada seguram, todavia, como demonstram infundáveis exemplos. Há, sem embargo, um conteúdo na lei que não se pode ignorar¹⁰⁷.

Como destaca Ascensão, “a interpretação do texto não pode deixar de assentar nas palavras desse texto, veículo indispensável para a comunicação de um sentido”, pois as palavras tem sentidos e significados¹⁰⁸,

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 82

¹⁰⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In.: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. (org.) Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229.

¹⁰⁸ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 658 p.

afinal, “a letra não é só o ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda a interpretação”¹⁰⁹.

Assim, Streck defende um diálogo, uma simbiose, entre as teorias de Dworkin e Gadamer para o desenvolvimento de uma hermenêutica democrática, pois ambas tentam conter o subjetivismo. Controlar a decisão não é proibir a interpretação, mas realizar uma transição do juiz boca da lei para o juiz democrático, que abre os canais hermenêuticos.

¹⁰⁹ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 312

Poder judiciário: de arbitro à herói

Feitas todas estas observações, agora cumpre analisar o lugar do juiz na estrutura democrática.

Na estrutura do Estado Legislativo, era um poder quase nulo. Com o constitucionalismo do pós-guerra, ganhou ainda mais protagonismo na defesa da Constituição. Os princípios da supremacia, da presunção de constitucionalidade, da unidade e da efetivação constitucional exigiram a formação de um aparato de controle de constitucionalidade.

Mas antes cabe a pergunta: quem é o guardião da Constituição? Conforme já destacado, a contraposição se deu entre Kelsen e Schmitt.

Schmitt confiava no *Fuhrer*, ou seja, no líder, no chefe do executivo. Contudo, foi a teoria Kelseniana que venceu, pois reconheceu-se que o profissionalismo e tecnicismo dos juízes especialistas – numa visão evidentemente positivista – afastados de subjetividades e das tensões populares, poderiam garantir a neutralidade do texto. Estes “técnicos” possuíam melhores condições de garantir a correta interpretação das regras constitucionais, assegurando uma tutela imparcial e metajurídica dos direitos individuais¹.

A partir de Kelsen difundiu-se na Europa a concepção de Corte constitucional, que ganhou força com o fim da República de Weimar, sinal da crise do parlamentarismo, com um órgão que não foi capaz de

¹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

defender a Constituição, reforçando a ideia de um tribunal que funcione como guardião desta².

O primeiro, por ler a constituição como norma jurídica, entendia que deve ficar reservado ao juiz a interpretação da constituição. O segundo, por ler a constituição como documento político, defendia que se reservasse ao Presidente do Reich sua guarda³, pois este possui um poder neutro⁴.

Contudo, o “erro” da teorização kelseniana, denunciada por Schmitt era que

un Colegio integrado por jueces profesionales com garantias especiales de independencia judicial y com carácter inamovible parece, naturalmente, como una instancia independiente, neutral y objetiva y facilmente se comprende que se incurra em el error de considerar despolitiquizadas todas las cuestiones o litigios constitucionales [...]Esto significaria algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga”⁵

O óbice de Schmitt não está na independência do juiz, mas no fato de que eles não representam a vontade do Estado, considerando que o princípio democrático exige que um líder eleito seja o defensor da ordem constitucional⁶.

Por outro lado, como já apresentado, o problema da teoria de Schmitt é que ela não cumpre a principal função do constitucionalismo: proteger as minorias. A questão é: até onde vai este limite dos juízes? Em nome da Constituição, o poder é ilimitado?

² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

³ “Según el derecho positivo de la Constitución de Weimar, la posición del Presidente del Reich, elegido por la nación entera, sólo puede construirse com ayuda de una teoria muy desarrollada de um poder neutral, mediador, redulagor y tutelar. El Presidente del Reich está dotado con atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos”. In.: SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución. Prologo de Pedro de Vega p. 220.

⁴ SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución. Prologo de Pedro de Vega. p. 220.

⁵ SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución. Prologo de Pedro de Vega. p. 242/245

⁶ SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución. Prologo de Pedro de Vega.

A estrutura do processo judiciário diverge do processo legislativo. O primeiro tem por pressuposto a inércia do juiz, terceiro não interessado e imparcial que soluciona um problema apresentado pelas partes. Já o legislativo pressupõe a existência de múltiplos atores, que estabelecem acordos políticos, sendo a decisão tomada de acordo com o princípio majoritário. Apesar de ambos possuírem racionalidades diversas, mas são necessários a democracia⁷.

A diferença quanto a decisão política e a judicial representa os extremos de uma escala: na primeira, a política majoritária absoluta, na segunda, um governo dos juízes. A judicialização implica num deslocamento e aproximação do segundo polo⁸.

3.1 De coadjuvantes a atores principais: a judicialização e o ativismo judicial, entre proximidades e desencontros

Inicialmente, necessário estabelecer os limites acerca do que significa a judicialização e ativismo judicial. Primeiramente, destaca-se a coincidência que marca estes dois fenômenos, a saber, a existência de uma “*fluidez entre política e justiça no mundo contemporâneo*”⁹.

Por óbvio, deve-se fazer uma leitura crítica desta definição, principalmente após as teorizações de Hannan Arendt e Giorgio Agamben, os quais demonstram que toda a maestria que todo o agir social é um agir político. Contudo, aqui, o político é definido a partir daqueles caracteres ordinário, ou seja, o político como a definição de temas centrais da *res publica*.

Contudo, o apontamento de Barroso pode ser explorado no seguinte sentido: a existência de uma maior intercomunicação entre o sistema

⁷ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

⁸ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

jurídico e político¹⁰. Em outras palavras, se antes o juiz era o responsável pela aplicação mecânica da lei – com todas as críticas que já se fez sobre esta leitura purista –, com estes processos aquilo que era político, no ponto de vista ordinário, passa a se confundir com o jurídico.

Esses processos, portanto, marcam uma expansão do sistema jurídico, o qual se subroga em assuntos antes típicos da política ordinária. Conforme já delimitado, este processo é consequência não somente de um agir político dos juízes, mas consequência de uma nova cultura jurídica e de um novo paradigma.

Eisenberg vai localizá-lo como um processo complexo, composto de dois movimentos: por um lado, a expansão dos poderes de “legislar e executar” leis, numa transferência do poder decisório aos juízes, numa “politização do judiciário”; por outro, a adoção de métodos de decisão do judiciário por parte dos outros poderes, numa “tribunalização da política”¹¹.

De acordo com Barroso, este processo é global, observado desde o final da Segunda Guerra Mundial nos países ocidentais, marcado justamente pela expansão da justiça constitucional sobre o âmbito da política majoritária, produto do Executivo e do Legislativo, fundamentado no voto popular¹².

Nesse movimento, Barroso conceitua a judicialização como

algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo¹³.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

¹¹ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG – IUPERJ, 2002

¹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

Assim, a judicialização diz com a transferência de poder para os juízes e tribunais, alterando as fundamentações e a participação dos juízes no cotidiano político¹⁴.

Já o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho define judicialização da política como “*a tendência a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciários a decisão de mérito a respeito de ações administrativas ou normas obrigatórias. Ou seja, decisões “políticas”, porque concernentes ao interesse da comunidade*”, passam a ser decididas pelos tribunais, em detrimento das instituições tradicionais¹⁵. O professor da USP, inclusive, aponta que é nos EUA o local onde o processo está mais avançado, em decorrência do *judicial review*.

O professor defende, ainda, que a judicialização do político seria uma expressão mais adequada, pois é a ação governamental que passa a ser analisada.

Sunstein trata da judicialização e do ativismo como um movimento único, apontando que “*o ativismo judicial pode ser mensurado pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo*”¹⁶. Complementando este conceito, Vanice Regina Lírio do Vale afirma que “*também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais Poderes com suas decisões*”¹⁷.

Koerner e Maciel afirma que judicializar a política é valer-se de métodos típicos da decisão judicial na resolução de demandas e disputas nas arenas políticas, podendo se apresentar de duas formas: i) um aumento da área de atuação dos tribunais por via de revisão judicial, baseando na

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

¹⁶ SUNSTEIN, Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America, Basic Books, August 2005.

¹⁷ SUNSTEIN, Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America, Basic Books, August 2005; e VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

constitucionalização dos direitos e nos mecanismos de *checks and balances*; ii) introdução de procedimentos judiciais nos demais poderes¹⁸.

O conceito de judicialização foi primeiramente trabalhado por Tate e Vallinder, no livro *“The global expansion of judicial power”*. Neste, foi encarado, em sentido lato, como a expansão global do judiciário, sendo a entrada de questões eminentemente políticas, desviando problemas políticos para a forma de um processo judicial¹⁹.

Tate localiza no pós-guerra e na reorganização das democracias europeias após a Segunda Guerra o início deste processo, apontando a democracia como pré-condição necessária e a concretização de direitos e a inefetividade dos órgãos representativos como condições facilitadoras. Contudo, o movimento somente se concretiza se os juízes decidem que devem participar do processo político²⁰.

O debate sobre o papel dos tribunais na vida política tem sido tema de ávido debate, com a abertura de mecanismos de tutela de direitos e expansão das normativas constitucionais. Não se pode perder de vista, ainda, a existência de uma nova estrutura do direito. A questão que surge é se isto não significa uma perda de identidade por parte do juiz.

Esta perda de identidade não ocorre na visão de Garapon. O autor francês identifica a existência de uma crise de valores e de simbolismos na sociedade atual, assumindo os juízes o papel simbólico, de forma que a Justiça acaba sendo elevada a instância simbólica primordial, concebendo direito como última moral²¹.

Nesta linha, vem a obra de Ran Hirschl. O autor empiricamente constata a ocorrência de uma transferência de poder dos órgãos repre-

¹⁸ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n57/a06n57.pdf>> Acesso em 05 de dezembro de 2011.

¹⁹ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

²⁰ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). *The Global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

²¹ GARAPON, Antoine, *O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas*. Editora Revan. 1999.

sentativos para os tribunais, fortalecido pela supremacia constitucional²², identificando uma tendência mundial dos cidadãos recorrerem aos tribunais em questões morais, de política pública e política ordinária²³.

Com este pressuposto, o professor estadunidense apresentou as três faces do fenômeno: i) judicialização das relações sociais, marcada pela expansão do discurso jurídico para a esfera política; ii) judicialização das políticas públicas²⁴, através do controle de constitucionalidade, identificada como vista de baixo, pois é o cidadão que provoca; iii) judicialização da política macro/da megapolítica. A primeira seria inerente, decorrente da complexidade social e da diversidade da sociedade. A segunda deriva do processo de constitucionalização das políticas públicas. Por fim, a última diz com a judicialização da política ordinária, quando o judiciário se torna a arena de debate de questões eminentemente políticas, nas palavras do autor, “a área da megapolítica é talvez a concretização mais completa da noção do direito constitucional como política”²⁵.

Nesta judicialização da megapolítica, os tribunais se colocam na posição de decidir, até mesmo quando a constituição se cala sobre o problema, o que representa um grande risco à sociedade²⁶.

Para Hirschl, contudo, não é nem a estrutura institucional, nem juízes famintos por poder que fundaram a judicialização. Na visão do autor, este movimento somente pode se manter com o suporte tácito ou explícito de atores políticos influentes²⁷. Por fim, vale reproduzir as palavras do autor:

²² HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

²³ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

²⁴ A diferença entre a segunda e a terceira é sutil – a distinção localiza-se que a segunda é justiça processual (direitos individuais), enquanto a terceira diz com dilemas morais e controvérsias políticas – diferença na judicialização de políticas públicas e judicialização da megapolítica. A diferença é para além da relevância. Depende da conceitualização do político – decisões jurídicas também afetam a vida das pessoas

²⁵ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

²⁶ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

²⁷ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

the existence of a constitutional catalogue of rights, by contrast, not only provides the necessary institutional framework for courts to become more vigilante in their efforts to protect the fundamental rights and liberties of a given polity's residents, but also enables them to expand their jurisdiction to address vital moral dilemmas and political controversies of crucial significance to that polity. What is more, the existence of a constitutional framework for judicial activism may provide judicial actors who are unable or unwilling to advance their policy preferences through majoritarian decision-making arenas with an alternative institutional channel (the courts) for accomplishing their policy goals²⁸.

O ativismo é um passo a mais na judicialização, é quando o judiciário não só entende e admite a judicialização dos conflitos, mas os decide realizando uma interpretação mais expansiva da Constituição.

O ativismo judicial é o primo da judicialização. Para Barroso, a judicialização é decorrente de nosso modelo constitucional, não de uma vontade política deliberada, enquanto o ativismo judicial, ao contrário, “*é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance*”. De acordo com o professor, é resultado de uma retração do Legislativo e um descolamento entre a classe política e a sociedade civil.

Streck vai definir ativismo como

um juiz pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (onde um conjunto de magistrados); já a judicialização da política é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)²⁹

Tassinari diferencia de maneira muito adequada os dois fenômenos:

a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais poderes, em determinado contexto so-

²⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004. P. 169.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen, 2007. 435p.

cial, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais³⁰

Vallinder e Tate listam as condições que propiciam a expansão do poder judicial, a saber: i) constituição de um sistema político democrático, reconfigurando o conceito de democracia, inserindo a concepção de poder contramajoritário; ii) separação dos poderes; iii) uma Constituição que prevê direitos que acabam não sendo efetivados; iv) possibilidade de recurso ao judiciário por parte dos grupos de interesse; v) possibilidade de recurso ao judiciário por parte da oposição e outros grupos de interesses derrotados na arena política; vi) inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certos conflitos políticos; vii) legitimação de instituições judiciais e percepções negativas de instituições majoritárias; viii) alguma delegação dos poderes aos juízes, como o controle de constitucionalidade, assim como uma delegação para evitar o custo político de decidir³¹.

Neste ponto do trabalho, interessante notar como expressão ativismo não é consensual, considerando que ora destaca o caráter de expansão de direitos fundamentais, ora mostra-se uma questão de comportamento dos juízes³².

Inclusive, Kermit Roosevelt vai pontuar que “*o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão*”³³. Prova disso é que não se vincula somente a correntes liberais, mas também conservadoras³⁴.

³⁰ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 36-37

³¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). The Global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995.

³² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

³³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

³⁴ Basta recordar que este modus operandi do Poder Judiciário remonta aos Estados Unidos da América, possuindo, inclusive, uma faceta conservadora, marcado por uma atuação ativa da Suprema Corte para barrar leis que colocavam fim a segregação racial e as políticas sociais. In.: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

Ernani Rodrigues de Carvalho aponta seis condições para o surgimento e consolidação da judicialização da política e do ativismo judicial: sistema político democrático; separação de poderes, exercícios dos direitos políticos; uso dos tribunais pelos grupos de interesse; uso dos tribunais pela oposição e inefetividade das instituições majoritárias³⁵.

Ronald Dworkin encara o ativismo como algo nocivo à sociedade, pois se utiliza o subjetivismo dos magistrados. Veja-se:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima³⁶.

Ramos, estudioso do tema, define ativismo como “*exercício da função jurisdicional para além dos limites*”, analisando por um viés negativo este empoderamento.

Quanto às causas, quando se vai apontar as causas de algum fenômeno, não pode se perder de vista os ensinamentos de Max Weber e o princípio da multicausalidade, ou seja, um fenômeno complexo como este tem causas variadas, conforme adiante se verá.

A adoção de constituições democráticas implicou numa nova forma de interpretar e aplicar o direito, gerando um aumento da atividade do judiciário (incluído judicialização e ativismo). Não é só um aumento quantitativo, mas também qualitativo, manifestando-se sobre temas que conduzem a um redesenho da estrutura institucional³⁷. Um novo estatuto

³⁵ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia Política. Curitiba, n 23, 2004, p. 117-120

³⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 451/452

³⁷ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.

e direitos fundamentais, mais detalhado conduziu também a judicialização do macro³⁸. Como observa Barboza:

Como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a esses direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto³⁹.

Vieira lista três explicações para este movimento: i) consequência da expansão dos mercados, pois os tribunais seriam meios mais confiáveis de garantia de segurança jurídica e previsibilidade, considerando serem mais afastados da população e pautas populistas; ii) decorrência da retração do sistema representativo e de sua capacidade de realizar justiça e igualdade, restando ao judiciário ser o guardião dos ideais democráticos, o que somente contribui para a própria crise da democracia⁴⁰; iii) consequência das constituições rígidas, cada vez mais ambiciosas. Este processo de hiperconstitucionalização da vida é consequência de desconfiança da democracia, contudo, não sua causa⁴¹.

Já Portinaro, aponta como causa a existência de um ordenamento jurídico democrático, onde a independência dos juízes é assegurada, criando uma cultura de direitos. Outros fatores que conduzem a este processo é a existência de corrupção e ineficiência nos outros poderes, bem como a fragilidade da existência de uma oposição forte⁴².

Verbicaro vai falar em condições facilitadoras da judicialização, a saber: i) a promulgação da Constituição de 1988; ii) universalização do acesso à justiça; iii) Constituição Aberta; iv) a decodificação do direito, a

³⁸ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

³⁹ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p. P. 63

⁴⁰ GARAPON, Antoine, O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Editora Revan. 1999.

⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito GV, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

⁴² PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 465-488

crise do formalismo e do positivismo jurídico; v) ampliação do espaço do STF; vi) hipertrofia legislativa; vii) crise do parlamento⁴³.

Analisar-se-á estas condições, além de outras três apontadas por Barroso: a redemocratização; a constitucionalização brasileira e o sistema de controle de constitucionalidade. Oportuno consignar que as razões de ser de ambos os fenômenos se imbricam, considerando que o ativismo é a judicialização levada às últimas conseqüências.

Quanto à primeira, pode-se assinalar que a redemocratização é responsável por esta abertura. O fortalecimento das garantias dos magistrados deu força política a estes, concedendo a confiança necessária para, inclusive, confrontar os poderes constituídos. Este ambiente fortaleceu a cidadania, inerente a democracia, criando nos cidadãos a consciência sobre seus direitos, os quais socorrem-se dos tribunais para a tutela efetiva, usando os remédios ofertados pelo ordenamento⁴⁴.

O Ministério Público também é importante, com a expansão do seu papel institucional, bem como as Defensorias Públicas, permitindo o acesso a este espaço institucional antes não desfrutado pelas classes⁴⁵.

O recurso ao juiz apresenta, por outro lado, para o cidadão usuário das instituições algumas vantagens comparativas em relação ao pedido de intervenção dirigido a outros poderes: o poder judiciário é menos invasivo, mas aberto, mais difuso e menos discricional de quanto não sejam os Poderes propriamente políticos⁴⁶.

Sobre a abrangente constitucionalização brasileira, Barroso entende que a CRFB/88 trouxe para si temas clássicos da legislação ordinária. Na visão do professor, *“a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada*

⁴³ VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Revista Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, jul.-dez. 2008, p. 389-406.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

⁴⁶ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 465-488

do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”. Ao constitucionalizar, criam-se pretensões jurídicas que se não satisfeitas, ensejam o ingresso no Judiciário⁴⁷. Desta forma, ocorreu um processo de ativação do Poder Judiciário pelos grupos sociais, associando à luta política e mobilização cívica por direitos⁴⁸. Sousa Santos vem na mesma linha, assinalando que a democracia na América Latina atingiu níveis elevados, de forma que as injustiças, antes toleradas, passaram a ser questionadas no judiciário⁴⁹.

A constitucionalização também é apontada por Ferreira Filho como causa, o qual aponta que a judicialização/ativismo já existia em caráter incipiente antes, principalmente através dos mecanismos da ação popular e da ação civil pública, mas intensificou-se com a Constituição da República de 1988, pois, de maneira menos lírica do que Barroso, aponta que decorre “o próprio estilo (ou sua falta) de redação da Carta de 1988 provoca essa judicialização”, dado que a falta de técnica legislativa quando da feitura conduziu a ausência da observância de critérios jurídicos, abrindo um maior espaço interpretativo, além de inúmeras cláusulas gerais, como a moralidade administrativa⁵⁰.

Por fim, cumpre salientar que esta constitucionalização analítica é fruto, antes de qualquer coisa, de uma desconfiança do legislador por parte do constituinte⁵¹.

A última causa, na visão de Barroso, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes⁵². Ao combinar os dois sistemas de controle: americano e europeu, introduziu o controle

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

⁴⁸ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). *O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, p. 189-197, 1996.

⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito GV*, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

difuso e incidental e concentrado e abstrato, aumentando o atuar do juiz. Além disto, no caso das ações diretas, a expansão dos legitimados logicamente aumentou a demanda, como que concorda também Ferreira Filho⁵³. Antes, o monopólio da ADIN por parte do PGR conduzia a uma agenda limitada do STF⁵⁴. Neste cenário, Barroso faz uma afirmação forte: *“neste cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”*⁵⁵.

Concorda-se com todos os apontamentos do professor Barroso, contudo, evidente que as razões determinantes para a judicialização não se limitam a isso, mas envolvem também, e principalmente, uma mudança de mentalidade do aparato judiciário.

Diz com a mudança de percepção do poder judiciário como um departamento técnico, visto agora como um membro dos três poderes e titular de parcela da soberania⁵⁶. No Brasil, tal processo se dá primeiro pela formação dos juristas, formados agora na perspectiva pós-positivista, bem como pela formação de uma classe de magistrados não investidos durante o regime militar.

Justamente em razão desta leitura que se discorda da conclusão de Barroso, a saber, que *“a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”*. Ora, ainda que os três fenômenos apontados por Barroso tivessem ocorrido, evidente que a judicialização somente se fez possível, primordialmente, pela própria abertura dos atores judiciais, os quais mostram-se mais tendentes a uma atuação mais ativa.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

⁵⁴ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

⁵⁶ Curioso notar que a Constituição Portuguesa se refere aos tribunais como órgãos da soberania. Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2008.

A questão da cultura jurídica mostra-se muito relevante neste ponto. Sem a superação paradigmática, já apresentada, nenhuma judicialização teria sido possível. Sem a postura voluntarista dos tribunais, de nada adiantaria as reformas institucionais realizadas.

Contudo, como destaca Cleve, a Constituição tem sim uma narrativa utópica, mas é uma norma, devendo o intérprete estar comprometido com a sua eficácia, de forma que *“Precisamos superar o decisionismo por um lado, mas precisamos, por outro lado, produzir uma espécie de operador jurídico que seja responsável pela sua obra hermenêutica”*⁵⁷.

Essa problemática da atitude dos magistrados também pode ser lida a partir da classificação proposta por Sunstein, que pautado na realidade norte-americana, desenvolveu uma teoria a respeito da relação que os juízes desenvolvem com a lei, chegando a quatro “tipos ideais”: i) perfeccionistas (apostam mais no judiciário, vendo na interpretação uma maneira de colaborar com o povo, criando, inclusive, novos direitos); ii) majoritários (defendem a redução do papel dos juízes, reservado ao desrespeito deliberado à Constituição); iii) minimalistas (acreditam no atuar do judiciário, mas ele não é ilimitado) e iv) fundamentalistas (os que defendem uma análise estritamente histórica da Constituição)⁵⁸.

Trazendo para o cenário brasileiro, os ministros nomeados pelos militares eram vinculados ao “liberalismo institucional”, de caráter mais conservador. O governo Lula investiu numa via judicial para algumas mudanças e alianças políticas que fortaleceram este protagonismo⁵⁹. Com as aposentadorias, passaram a ser utilizados, principalmente a partir do governo Lula, novos critérios para a composição da Corte,

⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin . Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: Antonio G. Moreira Maués. (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, v. , p. 49-60. p. 57

⁵⁸ SUNSTEIN, Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America, Basic Books, August 2005.

⁵⁹ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

propiciando que o STF, a cada dia, redefinisse sua própria competência, alterando a atuação anterior aos anos 2000⁶⁰.

Tem-se ainda a premissa de Hirschl que enxerga que o judiciário se tornou refúgio das elites, que passam a questionar a democracia e a ver em risco seu projeto de poder, realizando uma análise política, refutada por Barroso⁶¹. Segundo Hirschl, basicamente, existe uma tentativa de preservação hegemônica das elites, de forma que a judicialização – e o ativismo – é parte de um “acordo” entre a elite política e jurídica para não perder o poder.

Ainda, tem-se a tese de que os próprios atores políticos buscam a arena judiciária. Como destaca Vieira, no governo FHC, era o PT quem mais judicializava questões em face das decisões presidenciais. Durante o governo Lula, foi o DEM e o próprio PSDB que assumiram este papel⁶². Em suma, antes da “reforma do STF”, o órgão tinha uma leitura privatística e processualista⁶³, hoje, deliberadamente defende o ativismo.

Esse processo é natural, pois, como assevera Boaventura de Sousa Santos, quando parcela da classe política não consegue solucionar seus embates no palco tradicional, busca o judiciário para seus conflitos⁶⁴. Além disto, em temas polêmicos, a judicialização reduz custos eleitorais da decisão, transferindo a responsabilidade política⁶⁵.

⁶⁰ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

⁶¹ “Registro apenas que, no caso brasileiro, não se aplica a premissa de Hirschl de que o Judiciário tornou-se o último refúgio das elites diante da democratização da sociedade. No Brasil, por circunstâncias diversas, o Judiciário e o próprio Supremo Tribunal Federal são, no geral, mais liberais/progressistas que o Legislativo, onde a influência do poder econômico se tornou excessiva e distorciva da representação BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: março de 2017.

⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito GV, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

⁶³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

⁶⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. A Judicialização da Política. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/079.php> < acesso em 11/8/2007>. Acesso em 11 de abr. de 2017.

⁶⁵ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

A causa apontada como o problema da crise de representatividade será tratada junto com a hipertrofia dos poderes, pois entende-se que ambas caminham juntas como se verá.

A crise de representatividade não é um fenômeno novo. No Brasil, a própria Constituição, desconfiada do legislador, conferiu amplos poderes ao Executivo⁶⁶, por exemplo. Esta percepção de um Poder Legislativo desgrudado do corpo social – verdadeira ou não – apresenta-se como uma ideologia muito forte atualmente. Adicionado a isto, tem-se a fragmentação dos poderes, que fortalece a expansão⁶⁷.

A crise de representatividade acirra as omissões legislativas, cabendo a judiciário satisfazer esta concretização de direitos. A tal ponto que Barroso defende decisões ativistas em “momentos históricos determinados”⁶⁸, de forma que esta transferência de poder tem gerado a transferência para outra arena política, a judicial⁶⁹.

Além disso, a crise representativa influencia na técnica legislativa, ressalvado os casos onde a técnica legislativa é confundida com os vácuos legislativos/constitucionais, conforme parece ser o caso paradigmático do presente trabalho. Contudo, Ferreira Filho também acentua que é notória a situação onde os Parlamentos não dão conta das necessidades legislativas, considerando até a demora do próprio processo legislativo, não acompanhando os “murmúrios” sociais, intensificando a apatia política⁷⁰. Em resumo, como assinala Capelletti, o tempo acaba sendo um grande inimigo da atividade legislativa⁷¹.

Conforme pontua Zolo, hoje vive-se uma crise da capacidade reguladora do Estado de Direito, pois a realidade apresenta uma redução do

⁶⁶ Fenômeno mundialmente observado por Cappelletti. In.: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

⁶⁷ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

⁶⁹ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

“rendimento” em termos de efetividade normativa da lei, seja pela imprecisão, seja por “nascerem mortas”⁷². Este processo força uma expansão da legislação para regular cada vez mais situações, conduzindo a uma inflação do direito em sociedades complexas e contingentes⁷³.

Ou seja, a complexidade conduz a uma expansão da produção normativa, cada vez mais específica e particular. Contudo, o direito segue sendo rígido e lento quanto à flexibilização e alteração de suas regras, principalmente se comparado com a evolução dos demais subsistemas sociais, em especial o científico e econômico, dotados de grande capacidade de se autoprogamar e autocorrigir⁷⁴.

É nesta luta do subsistema jurídico frente ao demais que reside à crise inflacionária do Direito, marcada pela instabilidade normativa. Como os juízes devem lidar de maneira direta com os problemas da realidade, começa a ganhar força um direito jurisprudencial⁷⁵.

A hipertrofia aumenta o poder dos intérpretes e juízes, de forma a quase conferir poder normativo as cortes, que reescrevem o direito a partir dos inúmeros textos. Com isso, cria-se um processo de insegurança⁷⁶.

Somado a esta questão, vem os fatores econômicos e o neoliberalismo, que exigem alterações rápidas na normatividade. Inclusive, Hayek defendia a edificação de uma estrutura normativa fundada em princípios gerais, confiando as decisões concretas aos juízes, pois através de um sistema de precedentes se garantiria certeza e liberdade, por mais contraditório que isso possa parecer⁷⁷, afinal, o neoliberalismo exige um judiciário rápido e eficaz⁷⁸.

⁷² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

⁷³ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252p.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252p.

⁷⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

⁷⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

⁷⁷ HAYEK, Friedrich A. von. Direito, legislação e liberdade : uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. 3v.

⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

Para Agamben, o problema encontra raízes mais profundas, estando na base da crise da nossa tradição ético-política, marcado pelo binômio legalidade e legitimidade.

Na visão do filósofo italiano, nossa crise é profunda porque não se questiona somente a legalidade das instituições, mas também, e principalmente, a legitimidade. Nas palavras do autor, “*não só, como se repete muito frequentemente, as regras e as modalidades do exercício do poder, mas o próprio princípio que o fundamenta e o legitima*”⁷⁹.

O curioso é que o teórico italiano aponta que a “deslegitimidade” não decorre da ilegalidade, sendo, na verdade, produto do contrário, ou seja, “*a ilegalidade é difundida e generalizada porque os poderes perderam a consciência de toda a sua legitimidade*”⁸⁰. Justamente por isso, entende ser ilusório o pensamento daqueles que acreditam que para enfrentar uma crise desta monta pode-se fazer uso da ação – necessária, contudo – do judiciário. Portanto, questiona a leitura de Capelletti, segundo o qual o vínculo que une voto e lei é longo, sendo que a resposta para a complexidade para crise legislativa foi legislar ainda mais⁸¹.

Esta hipertrofia é reveladora da perda da legitimidade substancial, pois a

tentativa moderna de fazer coincidir legalidade e legitimidade, procurando assegurar, através do direito positivo, a legitimidade de um poder, é – como resulta do irrevogável processo de decadência em que ingressaram as instituições democráticas – totalmente insuficiente⁸².

As instituições, nesta perspectiva, somente podem sobreviver se continuarem vivos ambos os princípios, a saber, o direito natural e o direito positivo, a *auctoritas* e *potestas*, mantendo-se presentes e agindo, sem que coincidam. Neste contexto, por óbvio não existe uma relação

⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 10

⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. São Paulo: Boitempo, 2015.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

⁸² AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 10

substancialmente superior da legitimidade, enxergando a legalidade como efeito⁸³.

A legalidade e a legitimidade apresentam-se como duas partes de uma máquina política, não podendo uma ser reduzida a mera projeção da outra. A crise de poder atual decorre do fato de que o princípio legitimador da soberania popular se reduz ao momento eleitoral, restringindo-se a regras procedimentais juridicamente estabelecidas anteriormente, fazendo desaparecer a legitimidade na legalidade, paralisando a máquina⁸⁴.

Nesta linha, Gilles Lipovetsky também denuncia que o período atual, a hipermodernidade, é marcado pela perda de sentido das instituições, sendo, na verdade, um ultrapassamento/aprofundamento/radicalização da modernidade⁸⁵.

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.⁸⁶

Numa perspectiva luhmaniana, pode-se constatar que a tentativa do judiciário é salvar todo o subsistema político, invadindo o campo concentrado a este, operando por seus binômios.

Cappelletti vai trabalhar com a questão da criatividade da função jurisdicional também, apontando que a objeção feita, quanto à incerteza e obscuridade, é comum as codificações também, sendo fruto da complexidade social⁸⁷.

⁸³ AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. São Paulo: Boitempo, 2015.

⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. São Paulo: Boitempo, 2015.

⁸⁵ Para o autor, o mundo seria composto por três eixos: tecnologia, mercado e individualismo democrático. Com a hipermodernidade, as antigas barreiras que restringiam, são ultrapassadas, por isso o prefixo “hiper”. Neste contexto, as antigas instituições – dentre as quais, o direito – vivem uma crise. LIPOVETSKY, Gilles. Uma ética para os novos tempos. In.: Ciclo de Conferências Verdade e Fé. PUCPR Conferência do dia 10 de outubro de 2017

⁸⁶ GARAPON, Antoine, O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Editora Revan. 1999.

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juizes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

Contudo, o processo faz parte de algo maior, a saber, a hipertrofia do Estado, sendo necessário aumentar o judiciário como contrapeso, fazendo jus ao *check and balances*, afinal, o papel do Estado se alterou nas sociedades complexas, alterando até mesmo a técnica legislativa, que se tornou mais aberta, frente a complexidade de se prever todas as situações⁸⁸.

Portanto, o direito jurisprudencial diz justamente como o caráter plurívoco das palavras, afinal, elas deslizam no sentido, sendo natural certa discricionariedade – o que é diferente de arbitrariedade⁸⁹.

Neste ponto, concorda-se com o professor italiano quando ele enuncia que ante ao gigantismo estatal, depara-se com duas opções: permanecer na estrutura tradicional, arrastando o juiz para funções protetoras e repressivas, limitando-se a questões privadas; elevar o nível dos outros dois poderes, a um nível “capaz de conter o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”, controlador dos cidadãos e os demais poderes, pois confinar o judiciário não resolve⁹⁰.

Por fim, vale ressaltar Ferrajoli, que assinala a inflação legislativa combinada com uma disfunção da linguagem legal, gerando uma crise da capacidade reguladora, aumentando a insegurança, imprecisão e ambiguidade.

Contudo, não se entende, ao contrário de Portinaro⁹¹, que isso é a crise do Estado de Direito, ou, como quis Galvão⁹², sua implosão, mas é uma reconfiguração do mesmo.

Nesta linha, uma parte da doutrina afirma que o ativismo é contrário à Constituição, pois “*os juízes passariam a fazer a lei e não mais a interpretá-la, violariam a separação dos poderes e a delegação constitui-*

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

⁹¹ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 465-488

⁹² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Tese (doutorado em direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012 p., 2012.

onal que receberam”. Inclusive, Koerner afirma que a defesa do ativismo encontra sua fundamentação em teorias elitistas, que consideram o juiz um sábio⁹³.

Barroso, por outro lado, afirma que o extremo oposto do ativismo é a autocontenção⁹⁴, quando o judiciário assume sua atuação de forma a não interferir nos outros poderes, respeitando as prescrições do legislador ordinário, não aplicando diretamente a Constituição e baseando-se em critérios mais rígidos para a declaração de inconstitucionalidades, buscando não interferir nas políticas públicas⁹⁵.

É nesta zona que o embate se realiza. Uns enxergam no ativismo a procura por força normativa da Constituição, sem, contudo, invadir o direito legislado. Outros, apontam a existência da figura de um *Poder Moderador*, que julga o legislador ordinário, realizando escolhas políticas no seu lugar.

Nesta toada, Barroso lista as três maiores objeções ao ativismo judicial.

A primeira delas é a legitimidade democrática dos juízes. Ora, os juízes não são agentes públicos eleitos⁹⁶, apesar de exercerem poder político⁹⁷.

Contudo, a essa objeção existe uma resposta adequada: aos juízes foi reservado o papel contramajoritário, que encontra duas justificativas: uma de cunho filosófico e outra de cunho normativo⁹⁸.

⁹³ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

⁹⁴ “O oposto do ativismo é a auto-contenção, que, de seu turno, é, às vezes, associada a uma postura de deferência servil aos poderes políticos, numa timidez produtora de resultados infaustos.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

⁹⁶ Objeção análoga é feita por Lowenstein. “Se a outorga de direito aos tribunais frustrarem uma decisão política do governo ou do parlamento, armazena um perigo de que, bem a decisão do tribunal não seja respeitada – com prejuízo para o Estado de Direito -, ou bem a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial, ainda que revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato político de pessoas que não tem nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função” In.: LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitution. 2. ed. ampl. Barcelona: Ariel, 1976, 619p.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

A de cunho normativo vem da Constituição, que confere, no caso brasileiro, ao STF, em especial, parcela do poder político. Ou seja, a própria Carta Magna entrega parcela do poder para agentes políticos não recrutados pelas urnas, mas sim a técnicos imparciais⁹⁹. É evidente que a imparcialidade tecnocrática não existe, mas é claro que uma decisão do judiciário – via de regra – é dotada de maiores fundamentos jurídicos do que uma decisão política qualquer, sendo até adequado que assim o seja.

A fundamentação filosófica é a expansão do Estado Democrático de Direito, preocupado com a garantia dos direitos fundamentais, sendo que a tensão entre democracia e constitucionalismo apenas evidente¹⁰⁰.

A alegação de que o juiz não é agente político em sentido estrito merece provimento. Contudo, o estabelecimento do concurso público como método de seleção se deu em razão do temor da relação votante-votado¹⁰¹, apesar de evidentemente não existir decisão apolítica¹⁰².

Apesar deste atuar político, Sunstein e Ferreira Filho tem razão ao apontar que o juiz não é capaz de prever as consequências políticas de suas decisões, além de não possuírem tino administrativo. O professor da USP é taxativo, ao afirmar que “*o juiz não é escolhido pelo povo (e nem deve ser), não representa o povo senão em termos metafóricos. Nem é desejável que se politize*”¹⁰³.

Otto Bachof vai apontar o poder dos juízes como algo positivo, devendo a interpretação se dar por alguém qualificado, o que é resultado da perda da crença no legislador. O constitucionalista alemão vai apontar a necessidade da existência de uma força que decida com a maior autori-

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.

¹⁰² Ao decidir uma busca e apreensão o juiz realiza uma opção política

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, p. 189-197, 1996

dade possível, sendo contraditório a possibilidade de um órgão de controle ser controlado¹⁰⁴.

Tate e Vallinder, estudiosos da temática como antes assinalado, entendem que o processo acaba fragilizando a democracia, pois sustenta-se numa dominação das elites privilegiadas, os juízes, em detrimento de toda a população¹⁰⁵. Contudo, o judiciário é que legitima, muitas das vezes, a atuação legislativa, ao referendar, por exemplo, uma lei não tão popular, mas constitucional.

Desta forma, entende-se que o processo de escolha não retira do juiz sua legitimação democrática, de forma que um certo nível de atuação é até mesmo desejável.

Além disto, no que toca a objeção que se faz quanto a tripartição dos poderes, merece salientar os escritos do professor Dalmo de Abreu Dallari. O professor da USP entende que o modelo de separação dos poderes estanque não é adequado para o tempo atual e para a realidade brasileira, sendo necessário democratizar todos os poderes. A neutralidade do juiz era antes explicada pelo fato deste ser visto como um agente implacável e arbitrário do rei¹⁰⁶.

é evidente que, por sua própria natureza, a magistratura não pode assumir o papel de uma vanguarda revolucionária, mas, sem dúvida, pelo significado social de suas funções e pelo alcance que podem ter suas decisões, a magistratura pode e deve assumir a condição de participante ativa do processo de mudança social¹⁰⁷.

Não se deve apontar a magistratura como sacra, mas deve se reconhecer o papel político do juiz. Juiz apolítico não existe, o direito é permeado de política. Obviamente não se trata de política partidária, mas é evidente que

¹⁰⁴ BACHOF, Otto. *Jueces y constitucion*. Madrid: Civitas, 1985. 69 p.

¹⁰⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). *The Global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

¹⁰⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. viii, 166p.

¹⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. viii, p. 56

os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas¹⁰⁸.

O Poder Judiciário recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões. Ora, com o fim do absolutismo, o juiz tornou-se agente do povo, não mais do rei. Com isto, evidente que exerce parcela do poder soberano, não sendo meros burocratas, de forma que *“as decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que, embora disciplinada pelo direito, é expressão do poder político”*¹⁰⁹.

Barboza vem na mesma linha, assinalando que os juízes possuem poder social próprio, sendo, inclusive, importantes àqueles que acessam o poder político¹¹⁰.

A objeção de Ely, de que os juízes não são porta-vozes dos valores sociais merece consideração, devendo, realmente, as decisões políticas serem reservadas aos políticos. Garapon vai na mesma linha, apontando:

O juiz torna-se o novo anjo da guarda da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia¹¹¹

Contudo, evidente que o compromisso com a efetividade constitucional não pode ser só um problema dos poderes eleitos, sob pena de esvaziamento da constituição. E, bem ou mal, conforme já apontado, o esvaziamento das outras instituições, colocou o judiciário no centro da

¹⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. viii, p. 89

¹⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. viii, p. 92

¹¹⁰ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.

¹¹¹ GARAPON, Antoine, O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Editora Revan. 1999. P. 74

decisão, compensando um possível “déficit democrático”. É obvio que isto é problemático, contudo, é a realidade se apresentando ao direito.

Gargarella também merece ser ouvido quando aponta que a defesa do judiciário como último lugar de decisão possui bases conservadores e elitistas, baseadas numa leitura virtuosa dos juízes, sendo esta a razão de uma abertura democrática dos tribunais, conforme será tratado mais à frente¹¹².

Nesta linha, este atuar mais forte deve ter em mente a lição de Clève, a saber, que os juízes devem ter a “*constituição como tarefa, mas também como limite*”¹¹³.

Ora, a primeira objeção que se coloca, conforme já pontuado, é o fato de o juiz ser um funcionário público não eleito, não sendo escolhido pelo povo com base em um programa ideológico, nomeados para cargos vitalícios e sem ferramentas direta de controle dos cidadãos. Nestes casos, seria questionável decidir, mas deve o juiz fazer o que? Ignorar o pleito e aguardar a decisão do legislador?¹¹⁴

Obviamente deve decidir, sem, contudo, basear-se em princípios e/ou regras forjadas, pois isto teria o mesmo efeito de aplicar lei com efeito retroativo¹¹⁵.

Em suma, entende-se que o ativismo, em alguns casos excepcionais, a saber, aqueles onde o legislador ordinário descumpre de maneira deliberada o texto constitucional, pode ser uma ferramenta possível, desde que acompanhada de uma abertura dos canais democráticos de processamento e decisão. Ora, há muito, como já demonstrado no tópico 1.3, encontra-se superada a redução da democracia ao mero majoritarismo.

Juízes também são representantes da democracia, sendo somente selecionados por outros meios, até em razão da democracia não se reduzir a voto, desempenhando evidente papel político. Neste contexto, o

¹¹² GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Disponível: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf. Acesso em 18 de set. de 2017.

¹¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional: (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993. 248 p.

¹¹⁴ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

¹¹⁵ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

melhor é admitir esta situação de fato e trabalhar com os limites necessários a atuação deste “novo” agente político.

A segunda objeção ventilada é o risco da politização da política. Ora, direito não é política, mas também o ideal de neutralidade inexistente, tendo a interpretação o seu papel. Desta forma, pode-se dizer que o direito não é política no sentido de escolhas políticas, a saber, livres e tendenciosas, não podendo ser discricionária plena¹¹⁶.

Quanto a isso, Schmitt já nos alertava sobre o necessário cuidado em face do modelo juriscêntrico, conforme demonstrado ao longo do trabalho. O juiz, desta forma, deve agir em nome da Constituição, não por vontade política própria, devendo prestar deferência para as decisões “razoáveis” do legislador.

Ainda, neste risco de politização, e intimamente vinculado ao déficit democrático como consequência, é a concepção dos juízes como atores políticos intocáveis, que decidem “melhor” do que os membros da política ordinária.

Neste ponto, as teorizações de Maus são importantes, pois deslocam a análise do judiciário, a partir do conceito de superego, para a psicanálise, quase que numa personificação da imago paterna, que projeta a moralidade para os agentes¹¹⁷.

Os juízes são representados quase que religiosos, sendo as críticas encaradas como “heresias”, de forma que o juiz é visto como o receptáculo da justiça, sendo encarado como o responsável pela formação ética

A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça¹¹⁸.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

¹¹⁷ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

¹¹⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

A aproximação direito e moral é indubitosa. A generalidade da moral demonstra que a teoria pode conduzir a um decisionismo. O problema é que quando a Justiça passa a ser a guardiã da moral da sociedade, instância mais importante, escapa qualquer mecanismo de controle social. Tornando-se o judiciário como o monarca substituído¹¹⁹?

A introdução de questões morais na jurisprudência não se limita a conferir maior legitimidade, imunizando contra críticas, mas conduz a justiça a qualquer limitação legal. Invocar isso retira a carga de responsabilidade, mas conduz a inversão do princípio liberal de autonomia, pois descobre-se o proibido depois¹²⁰.

uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida — tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia — como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma "teologia constitucional"¹²¹.

Com essa prática quase religiosa, o superego assume traços, atuando pouco como guardião constitucional. O “juiz tornar-se o próprio juiz da lei”, tornando-se sacerdote do direito não escrito¹²², dotado de virtudes taumatúrgicas¹²³.

Em suma, ao se tornar o sacerdote, torna-se instância máxima da política. Isto produz efeitos na apatia política e no déficit democrático,

¹¹⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

¹²⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

¹²¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

¹²² Impossível não recordar a passagem de Barroso onde ele aponta “o mal venceu”.

¹²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

mas também no subjetivismo e discricionariedade da decisão judicial, pois a Constituição é reinscrita a cada momento por este poder constituinte permanente.

Para o Ferreira Filho, além de degenerar a atividade judicante, ele conduz a justiça a um processo de ideologização, as quais deveriam se limitar aos partidos, aproximando-o destas convicções¹²⁴.

Contudo, com todo o arcabouço até então demonstrado, percebe-se que esta objeção pode ser feita ao ativismo solipsista, quando o juiz decide conforme suas convicções íntimas, mas fragiliza-se frente a uma democratização da arena judicial, razão pela qual localiza-se o problema no solipsismo, não no ativismo, por si.

Ainda, tem-se a terceira objeção, a saber, a capacidade institucional do judiciário e suas limitações, de forma que nem toda a matéria pode ser decidida por um tribunal. Nas palavras de Barroso, a capacidade institucional diz com “*a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria*”¹²⁵.

Em suma, deve-se ter cuidado com as microjustiças, ou seja, com as escolhas políticas desastradas. Neste ponto, Ferreira Filho também destaca a falta de expertise¹²⁶.

Aqui, entende-se e se coaduna a esta dificuldade, devendo o judiciário, quando age em situações extremas, levar em contas essas complexidades e limitações, mas não precisa deixar de agir em face disso.

3.2 “Corrigindo as patologias”: a resposta é o financiamento público

Muito já se falou sobre o papel das Supremas Cortes no presente trabalho, contudo, antes de adentrar, necessário assinalar uma classifica-

¹²⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 6 ed. rev.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>. Acesso em: março de 2017.

¹²⁶ A expressão “supremocracia” vem tanto da autoridade sobre as demais instâncias do judiciário quanto a expressão de poderes sobre os demais poderes. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito GV, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

ção proposta pelo professor Luis Roberto Barroso. O motivo é pragmático: o autor é Ministro do STF.

Na visão do Ministro, as Supremas Cortes desempenham três papéis ou funções: i) contramajoritário; ii) representativo; iii) vanguarda iluminista. Primeiro, protege direitos contra decisões de maiorias, cumprindo a função tradicional da jurisdição constitucional. O segundo, mais problemático do ponto de vista democrático, diz com as situações onde o Tribunal resolve demandas não satisfeitas pelos demais poderes, suprindo omissões. O terceiro, que deve se dar “em situações excepcionais e com autocontenção”, em nome da defesa de valores racionais¹²⁷.

Esta tese é problemática. Primeiro que dela se intui que o STF não erra. Segundo, o papel representativo e de vanguarda iluminista vem de encontro à democracia participativa e a abertura dos tribunais. Contudo, entende-se ser válida esta classificação para entender a decisão proferida na ADIN 4.650/DF.

A escolha do julgado foi discricionária, por óbvio, porém não arbitrária. Através desta, pretende-se fazer uma análise qualitativa, não quantitativa. Além disto, a escolha se deu por dois motivos: i) por ser um tema relacionado ao direito eleitoral, onde os Tribunais Brasileiros, TSE e STF, entendem ocupar um papel para além da jurisdição ordinária¹²⁸; ii) bem como que o tema do financiamento vinha sendo alvo de intenso debate público e legislativo.

Já vale consignar que o presente trabalho não pretende adentrar no mérito, não discutindo qual o melhor modelo, mas compreender se a escolha por decidir foi adequada da parte do STF.

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>. Acesso em: março de 2017.

¹²⁸ Ran Hirschl destaca que todos os tribunais tem tomado atitudes ativistas na seara eleitoral pelo mundo, banindo até mesmo partidos, por exemplo. No caso brasileiro, Ferreira Filho defende igual tese, sustentando que a impugnação de mandato eletivo por abuso de poder econômico expandiu ainda mais o poder, além das normativas do TSE. In.: HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

É indubitável que a questão do financiamento de campanha e da atividade partidária são matérias cruciais, dizendo, basicamente, com a estrutura basilar da democracia. Disciplinar o financiamento é interferir nas regras do jogo, fazendo parte da agenda política o debate há muito tempo, oscilando de intensidade conforme o plano político-institucional.

Não é de hoje que os Tribunais têm assumido seu papel de “vanguarda iluminista” no campo eleitoral. Vale grifar o caso da Consulta nº 1.398/2007, quando o TSE entendeu que o candidato que mudasse o seu partido, sem justa causa, perderia o mandato eletivo, criando uma situação para além da lei. Além deste caso, têm-se a verticalização das coligações, cláusula de barreira, distribuição do fundo, prestação e contas e outros.

A ADIn 4.650 foi julgada em 17 de setembro de 2015, declarando inconstitucional os dispositivos da Lei nº 9.504/97 (art. 8; 23, §1, incisos I e II e 24) e nº 9.096/95 (art. 31; 38, inciso III e 39), conduzindo a vedação da doação de campanha por pessoas jurídicas, por ofensa aos princípios isonomia, democrático, republicano e proporcionalidade.

As alegações do proponente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foram no sentido de que o atual modelo viola o princípio da isonomia, democrático, republicano e da proporcionalidade, todos constantes nos artigos 1º; 5º, caput; 14 e 60, §4º, II da Constituição da República. Contudo, os argumentos podem ser resumidos, de maneira simples, a concepção de que o financiamento privado acentua as desigualdades eleitorais, privilegiando quem tem e colocando o “dinheiro como grande eleitor”.

Necessário salientar que o Ministro Relator, Luiz Fux, convocou audiência pública, que ocorreu nos dias 17 e 24, com a participação de 30 expositores, onde, nas palavras do ministro “*constatou as consequências do modelo de financiamento vigente na democracia, além de “captar o sentimento de parte da sociedade civil brasileira”.*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada parcialmente procedente para apenas e tão somente assentar a inconstitucionalidade parcial

sem redução de texto do artigo 31 da Lei nº 9.096/95, quando autoriza a realização de doações de pessoas jurídicas a partidos políticos, e inconstitucional as expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e jurídicas”, inserida no art. 39, caput e §5º da Lei nº 9096/95.

Da análise da ementa já é possível extrair duas grandes conclusões: i) os Ministros apresentam uma argumentação essencialmente pragmática, marcada pela presunção de má-fé e pela observação do dinheiro privado com uma natureza “quase pecaminosa”; ii) além de evidenciar que é um típico caso de ativismo solipsista, apesar da tentativa de fundamentar à luz de princípios.

É interessante consignar a alegação, por parte do Congresso Nacional, de impossibilidade jurídica do pedido por não ser este tema reservado ao Supremo. O pedido foi afastado, por óbvio, mas é válido o destaque de como opera o “ativismo à brasileira”, que muitas vezes se vale de respostas processuais para não tratar de temas polêmicos ou se vale de alegações gerais, como independência dos poderes, para não analisar determinadas questões, sem, contudo, observar sempre a mesma coerência.

A leitura de STF como vanguarda iluminista pode ser clarificada quando o voto aponta que o STF é necessário à salvaguarda das instituições democráticas, cabendo a ele “*corrigir patologias que desvirtuem o sistema representativo*” e proteção dos interesses e direitos minoritários¹²⁹.

O acórdão também fundamenta filosoficamente seu ativismo no fato de que no que toca o processo eleitoral, a atuação do STF deve ser mais “expansiva e particularista”, em detrimento de posições mais “deferentes e formalistas”¹³⁰.

Neste caminho, a postura ativista fica evidente quando os próprios ministros admitem que a Constituição não estabeleceu uma moldura pronta, pré-fixada sobre o tema, limitando-se a princípios gerais, ressal-

¹²⁹ O argumento minoritário tem sido excessivamente explorado. Em certos momentos, a simples derrota na arena legislativa serve para justificar a atuação judicial.

¹³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2017. P. 35

tando que a única vedação estabelecida foi o financiamento por organizações e Estados estrangeiros. Além disso, ressaltou que o julgamento presente não fossilizava o tema, pois era necessário “abrir os canais para os demais atores políticos”. Em suma, não se atuava como poder jurisdicional, mas buscava-se mediar um conflito.

Superada tal questão, retomam o argumento pragmático de que o sistema econômico captura o político, afirmando que a doação não apresenta caráter de preferência política, mas de um agir estratégico, estreitando relações, estabelecendo contatos “promíscuos”, “desprovidos de espírito republicano”.

Agora, parte-se para uma análise, ainda que breve, do voto de cada Ministro, buscando destacar alguns traços relevantes à luz do todo exposto.

Primeiro, votou o Ministro Luiz Fux, alertando sobre a necessidade de o país passar por uma reforma política, pois sofre de patologias, asseverando que a “correção desses desvios e funções perspassa” por essa transformação. Na sequência, destaca que os eleitores se encontram céticos de que essas mudanças ocorreram pela via ordinária, considerando que os políticos privilegiam seus interesses. Nesta linha, destaca que

em uma democracia, ao menos quando idealmente pensada, o espaço político, notadamente o Parlamento, é o locus por excelência em que devem ocorrer as deliberações sobre questões políticas fundamentais da sociedade. Seria, assim, antidemocrático atribuir a juízes não-eleitos e não responsivos à vontade popular a imposição de comportamentos e/ou a invalidação de atos normativos emanados de autoridades escolhidas pelo povo. Disso, porém, não decorre uma interdição completa do exercício da jurisdição constitucional e uma deferência cega do juiz constitucional com relação às opções políticas feitas pelo legislador (judicial self-restraint)¹³¹.

Após esta introdução, aponta que o ponto central da reforma política é o financiamento, pois é indubitoso os custos que ela gera. Neste

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2017. P. 35

momento, sustenta que a discussão se coloca no limite entre o posto e o criado, devendo o STF salvaguardar o regime democrático, apontando que “a defesa de uma postura mais ativa” se vincula ao modelo de Estado Democrático Brasileiro. Aqui, a ideia de guardião da moralidade, conforme apontado por Maus, fala de maneira clamorosa, ao buscar implementar o seu projeto de sociedade.

Após esta observação, o Ministro socorre-se de um argumento marcado pela desconfiança frente aos demais Poderes

Esse cenário coloca uma questão de sinceridade e realidade institucional, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar única e exclusivamente aos agentes políticos a prerrogativa de reformulação das regras concernentes ao financiamento de campanhas, quando, em verdade, foi o exato sistema em vigor que permitiu a sua ascensão aos cargos que ocupam?¹³²

Na sequência, afirma que confiar a higidez do sistema a somente um dos poderes é arriscado, principalmente, se considerada a fidelidade partidária, “*que só passou a ser, de fato, uma realidade no país após a intervenção deste Supremo Tribunal Federal*”. Aponta que a matéria eleitoral aumenta a possibilidade de manipulação e parcialidade de forma que “*justifica-se [...] uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal*”.

Aqui, nota-se que ao tomar esta posição, o Judiciário somente fortalece a chamada crise dos poderes, tratando o legislativo como se fosse um menor, um inimputável.

O mais curioso é que o Relator admite que o constituinte deu amplos poderes de legislar, apontando que a decisão serve somente para abrir canais de diálogos com os outros poderes.

Avançando, aponta que as pessoas jurídicas não são dotadas dos direitos de cidadania, não sendo verificado qualquer interesse contraposto

¹³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2017. P. 38.

que fundamente este agir, sendo a participação destas nefasta no processo político.

Poder-se-ia cogitar, em franca oposição ao que se afirmou, que a participação de pessoas jurídicas no processo político, por meio de contribuições a campanhas e partidos políticos, encerraria um reforço às próprias instituições democráticas, máxime porque permitiria a circulação de mais propostas e a ampliação das discussões em torno de temas públicos. A meu juízo, ocorre justamente o oposto: a participação de pessoas jurídicas tão só encarece o processo eleitoral, sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate. De fato, ao vertiginoso aumento dos custos de campanhas não se segue o aprimoramento do processo político, com a pretendida veiculação de ideias e de projetos pelos candidatos. A rigor, essa elevação dos custos possui uma justificativa pragmática, mas dolorosamente verdadeira: os candidatos que despendam maiores recursos em suas campanhas possuem maiores chances de êxito nas eleições¹³³.

Outro ponto salutar é a utilização dos *amicus curiae* e audiência públicas como elementos para legitimar uma decisão tomada *ex ante*, numa típica atitude solipsista, quando, por exemplo, se apontam dados para legitimar suas conclusões, simplesmente ignorando as assertivas que não vão ao encontro.

É, portanto, necessário, na visão do Ministro, impedir a cooptação do político pelo econômico¹³⁴, além de que o financiamento privado fere a isonomia, pois nem todas as pessoas podem doar. Em resumo, o voto fundou-se na deturpação do político pelo econômico e, para fins deste trabalho, no necessário agir do STF para impedir este processo.

Ainda, nos debates, o Ministro afirmou que “A exclusão das pessoas jurídicas não traz nenhum efeito sistêmico deletério à democracia”, não sendo necessária, além de que o aumento de gastos não enseja num aprimoramento do processo político¹³⁵. Também sustentou que conside-

¹³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2017.

¹³⁴ E os planos econômicos?

¹³⁵ Verdadeira análise de conveniência.

rando o desacordo moral, o STF deve se alinhar ao sentimento social¹³⁶, chegando, no calor dos debates:

ao que se diz quando se defere ao Legislativo, que não se faz deferência ao Legislativo, é porque há casos em que se deve ter deferência, e há casos em que não se deve ter deferência ao Legislativo. Já julgamos inúmeros casos aqui e que entendemos que deveríamos prestar sua deferência ao Poder Legislativo, mas, aqui, é mais do que razoável e, no meu modo de ver, é absolutamente necessária a intervenção judicial nessa questão. [...] verdade é a seguinte: nós, quando decidimos, partimos de determinadas premissas. Quer dizer, o debate, na verdade, não foi constitucional; foi um debate partindo de uma premissa.

Curioso salientar que o sistema eleitoral brasileiro lida com a leitura dos partidos políticos como grandes oligarquias, ignorando o sistema democrático.

Na sequência, votou o Ministro Joaquim Barbosa, trazendo de novo uma tese a respeito da formação de uma cultura patrimonialista, acompanhando o voto do Relator.

Já o Ministro Dias Toffoli, trabalhou com a ideia de que a democracia deve receber financiamento público, pois devem participar do processo somente aqueles que no pleito atuam, a saber, partidos políticos, candidatos e eleitores, numa evidente visão reduzida de democracia. Afirmou que as razões das doações são escusas, considerando que as empresas não recebem qualquer benefício. Inclusive chega ao ponto de indagar: *“como a empresa lança a doação no balanço, para justificar aos outros acionistas?”*.

¹³⁶ O ativismo judicial se insere no Brasil dentro de um mundo da vida em que os juízes, de uma forma geral, não se sentem servidores públicos, e sim, entes transcendentalmente superiores. Acostumados à cortesia e às posturas formalistas, não é incomum a figura do magistrado distante das pessoas e do “mundo” que espera apenas a bajulação e desconsidera as necessidades das partes. Dizer a eles que podem tudo, ou melhor, que devem fazer tudo, tal como fazem os teóricos da efetividade, é música para seus ouvidos! Não desconhecemos que as intenções dessas corrente teórica são boas e favoráveis à inclusão social. Mas é preciso lembrar o ditado: o inferno está cheio de boas intenções. O ativismo judicial desmedido por razões vazias como “razoabilidade” e “proporcionalidade” podem ser um bálsamo, como pretendem seus adeptos, mas também ser um veneno para nossa democracia” In.: CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Jumen Iuris, 2009.

Este argumento evidencia o solipsismo mais uma vez, considerando que ao decidir anteriormente, o intérprete corre atrás dos argumentos que convalidam sua conclusão anterior. O argumento do “balanço” não encontra qualquer respaldo jurídico, considerando que sequer se discute esta questão.

Após, assinala que o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas é uma reminiscência de práticas oligárquicas, sendo mero instrumento de influência do poder econômico, o que desvirtua a democracia. Desta forma, votou pela procedência.

Neste momento, surge a primeira divergência, o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual assevera que se deve respeitar as escolhas políticas, bem como nossa história jurídica. Ressalta que até 1993 o financiamento era proibido, momento no qual, por opção política, decidiu-se que era necessário autorizar para dar transparência.

Ressalta que não existem democracias baseadas somente em financiamentos públicos, apontando, ainda, que os problemas brasileiros são outros, devendo ser assegurado as empresas a possibilidade de apoiar aqueles que defendem seu plano ideológico.

Destaca que o constituinte já selecionou àqueles a quem será vedado doar: entidades e estados estrangeiros. Neste ponto, a matéria é reservada ao legislativo, cabendo ao Judiciário controlar o abuso somente, mas não legislar.

Sobre os debates, curioso que o gládio de ideias é pequeno, limitando-se ao ataque dos votos uns dos outros. Ou seja, não se concebe a ideia de construção conjunta de uma única decisão, nem mesmo se realiza a oposição, testando os argumentos, mas somente se tenta convencer o outro “colega” de que o voto proferido é o mais correto.

Já o Ministro Luis Roberto Barroso vai mais longe. Inicia criticando a realidade dos demais poderes e acentuando a questão da crise de representação, para chegar à seguinte conclusão:

eu gostaria de dizer que considero pessoalmente, e sem nenhuma margem de dúvida interna, que o sistema eleitoral brasileiro tem um viés antidemo-

crático e antirrepublicano como consequência da conjugação de dois fatores: o sistema eleitoral proporcional com lista aberta somado à possibilidade de financiamento privado por empresas¹³⁷.

O Ministro defende que a conjugação destes fatores produz a inconstitucionalidade, ressaltando, contudo, que não é absoluta a proibição quanto a participação da pessoa jurídica no financiamento, declarando somente quanto a este modelo, pois ele potencializa a desigualdade.

Retoma o argumento contramajoritário, bem como o de vanguarda iluminista, após destacar outros casos de ativismo judicial da Corte:

Mas, nessas horas, é preciso – eu usei essa expressão em um julgamento, daquela tribuna –, às vezes, uma vanguarda iluminista que empurre a história, mas que não se embriague dessa possibilidade, porque as vanguardas também são perigosas quando se tornam pretensiosas. Eu acho que, neste momento, é isso que legitima o nosso papel de avançar nesta questão e me leva à parte final do meu voto ¹³⁸[...]

Ao fim, ressalta a necessidade de diálogo institucional, apontando que estes problemas do processo eleitoral são o “foco do antirrepublicanismo e de corrupção no país”, concluindo com a assertiva, “É quase intuitivo que isso vá acontecer, mas isso não modifica o nosso papel de dizer: o que é errado é errado”. Curioso aqui recordar da acusação de Ely quanto ao paternalismo da jurisdição constitucional¹³⁹.

Já o Ministro Zavascki, que divergiu do Relator, assinalou que a democracia precisa de financiamento para se manter, não encontrando o problema na vedação do financiamento privado, mas sim numa mudança de conduta. Rebatendo as alegações dos colegas, assinalou que o fato de não exercer a cidadania não conduz a conclusão lógica de vedação de

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2017. P. 125.

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2017. P. 131.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia : entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. 2 v.

financiamento por parte das pessoas jurídicas, pois o voto é uma das formas de participação no processo. Após, o Ministro Teori aditou o voto, propondo que somente algumas pessoas jurídicas fossem proibidas de doar, em razão da relação que desenvolvem com o Poder Público, ou que existisse a proibição de doar para mais de um partido/candidato.

Ainda, observa-se que destaca que a doação sempre envolve interesse, sendo que a legislação proíbe o abuso, de forma que certo grau de desigualdade sempre existirá. Aqui vale a observação de Mezzaroba, a saber, ao invés de proibir, cabe ao Judiciário fiscalizar o abuso¹⁴⁰.

No fim, o Ministro alerta quanto aos riscos do “messianismo” judicial.

O Ministro Marco Aurélio também destacou a influência do dinheiro, até mesmo na atividade legislativa, reconhecendo a incapacidade até mesmo do Judiciário de controlar os repasses, encaminhando seu voto pela procedência.

Já o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a matéria está “firme em seu espírito”, acompanhando o Relator, por entender que fere a isonomia no pleito.

A ministra Rosa Weber defendeu que inexistente sistema ideal, ressaltando, contudo, que o marco legislativo atual não realizou a finalidade para a qual se apresentava, consignando que a proibição não é eterna. Ao final, acompanha o Relator e ressalta que o problema está na quantia de doação e no fato de doar a todos.

A ministra Carmem Lucia acompanhou o relator, tendo por *ratio decidendi* a alegação de que falta o direito de votar e de ser votado às pessoas jurídicas, considerando que estas últimas têm interesse, as primeiras, dignidade.

Celso de Mello, decano da Corte, salientou o abuso decorre do mau uso do financiamento, votando pela improcedência, contudo, entendendo que a Constituição não trata a questão, não admitindo somente o abuso, considerando que o uso normal não produz efeitos perversos.

¹⁴⁰ MEZZAROBA, Orides Introdução ao Direito Partidário Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

Interessante notar que as delações e a Lava-Jato eram temas debatidos o tempo todo, marcado por referências às influências midiáticas.

Em resumo, oito Ministros votaram pela procedência e três pela improcedência dos pedidos da exordial, reconhecendo que é inconstitucional a doação por pessoas jurídicas¹⁴¹.

Dos votos, denota-se que mais uma leitura neoconstitucional, o STF realizou uma análise pragmática, realizando um controle de conveniência e razoabilidade do sistema de financiamento.

Antes, necessário conceituar o que é pragmatismo para o presente trabalho. Pragmatismo é uma corrente da interpretação do direito, surgida nos EUA do século XIX, tendo por características: i) antifundacionalismo (não vinculado à dogmática); ii) contextualização (força do contexto, pensando a partir do problema); iii) consequencialismo (pensamento voltado as consequências); iv) interdisciplinariedade.

Os riscos são evidentes: ao focar só nas consequências, a norma ganha caráter secundário, o que, na visão de Posner, decorre do fato que o juiz pragmatista não quer desapontar a população, garantindo a previsibilidade da sua ação¹⁴².

Inclusive, em trabalho quantitativo, os autores chegaram à constatação que apesar da alegação de efetivação da Constituição, o STF está muito mais próximo ao pragmatismo¹⁴³.

Curioso como os votos pouco levaram em conta os direitos da pessoa jurídica, entendendo somente que a pessoa jurídica não podia

¹⁴¹ O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor.

¹⁴² VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

¹⁴³ VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

participar, violando o art. 170 da CRFB/88, ignorando o direito subjetivo das pessoas jurídicas e violando a autonomia dos partidos.

Outro argumento pouco explorado foi a questão do §9º do art. 14, considerando que lá se proíbe o abuso. Ora, se o abuso é proibido, a *contrario sensu*, significa que a normalidade é autorizada.

Em suma, a decisão viola a própria Constituição, sendo uma decisão pragmática, voltada a solucionar um “problema” no entender da Corte.

Ora, como bem assinala Streck, *“não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar “omissão”; pode ser, na verdade, uma escolha política”*¹⁴⁴.

A dificuldade disto, além do rompimento com a especialização dos poderes, a qual, em situações extremas é admitida, é o solipsismo. No caso em questão, sequer se teve uma decisão da Corte, mas a decisão de 11 ministros que votaram diferente, cada qual com sua consciência e com seu ideal de bem viver. Primeiro decidiram e depois foram buscar a fundamentação de suas razões, o que fica claro quanto tensionado os debates.

Ou seja, o argumento moral individual toma conta das decisões, apontando que todos os problemas do sistema eleitoral e político decorrem do financiamento privado, destinando aos heróis a defesa da Pátria.

Na prática, no Brasil, tem-se o “ativismo à brasileira”, pois a Corte foge de alguns problemas, valendo-se de mecanismos processuais, além de atuações pouco constitucionais em alguns momentos, mas assume outras pautas mais contraditórias.

O presente julgado é paradigmático no sentido de compreender o que o Judiciário não pode fazer. Ora, admitindo uma situação extrema que justificasse este agir, os meios não foram os adequados, conforme se verá no tópico seguinte.

¹⁴⁴ STRECK, BARRETO, OLIVEIRA. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2):75-83 jul-dez./2009. Disponível em:

<<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

3.3 Balizando o inevitável: uma primeira aproximação

O caminhar do presente trabalho conduziu a uma conclusão: o ativismo é um caminho praticamente inevitável. Sendo assim, a questão que se coloca é em quais termos dar-se-á esta interação. Ora, como bem observa Ferraz, a ausência de aplicação e regulamentação de uma norma constitucional é, de certa forma, um processo informal de mudança constitucional¹⁴⁵.

Sendo assim, deve ter em mente que o STF tem o dever de agir nesses casos de omissão, atuando com cuidado, abrindo os caminhos de comunicação entre os poderes, sociedade civil e todos os possíveis atingidos pela nova normativa.

Em outras palavras, mais do que o ativismo, o problema parece ser o ativismo solipsista. Isto implica na necessidade de uma democratização do acesso à justiça, dando a todos a possibilidade de serem ouvidos nos canais judiciais. Obviamente isto não supre o Poder Legislativo como instância decisória máxima no que toca políticas, mas, ao mesmo tempo, permite que a Constituição ganhe força.

Portanto, os Tribunais devem agir quando as violações são patentes, quando o legislador foge da temática de maneira clara, não querendo regulamentar. O caso do financiamento evidentemente não é este. O legislador fez uma escolha, deferida pelo texto constitucional, a qual não pode ser atacada através de fundamentos que embora importantes, pela força de sua abstração, podem ser preenchidos das maneiras mais diversas.

Como observa Sousa Santos, *“a revolução democrática do direito e da justiça só faz sentido no âmbito de uma revolução democrática mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade”*¹⁴⁶, escapando ao juiz moralista solipsista, mas também do mero aplicador da lei,

¹⁴⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Editora Max Limonad LTDA, 1986.

¹⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

consagrando a figura de um juiz democrático que quando discute um tema sensível, abre os canais de comunicação.

A concepção de poder neutro não cabe mais – ou nunca coube – numa estrutura democrática, devendo ser operado através de uma lógica sistemática, onde o direito “conversa” com os outros subsistemas sociais e, principalmente, com os cidadãos.

O aumento do catálogo de direitos conduz a isso, sob pena das constituições se tornarem meras declarações filosóficas, observado que o juiz não presta contas à sociedade, sendo a fundamentação a forma dos juízes legitimarem suas decisões¹⁴⁷.

Como assinala Borges, a fundamentação faz parte da deontologia do juiz no Estado de Direito, considerando que a normatividade é manifestada através da fundamentação. Na decisão, a normatividade é testada, colocada à prova, pois nasce afastando a abstração, na intersecção entre facticidade e direito, considerando que é *“fundamentação é a forma pela qual o fenômeno jurídico se apresenta e se lança ao emissor que exerce o dever de fundamentar e o auditório que o reconhece validamente”*¹⁴⁸.

O juiz projeta sua vivência na normatividade, sendo a subjetividade do juiz confessada na fundamentação, demonstrando sua experiência frente ao normativo¹⁴⁹. Aqui, contudo, destaca-se a necessidade de que o juiz abra o espaço da fundamentação a um processo dialógico.

O juiz não pode ser um criador do direito livre de vínculos, devendo construir argumentativamente suas decisões, dialogando com o meio no qual vive. Em suma, ao ser ativista, além de abrir ao máximo os canais de participação social, deve se ater a doutrina e aos precedentes.

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

¹⁴⁸ BORGES, Guilherme Roman. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen, 2015, p. 5-25.

¹⁴⁹ BORGES, Guilherme Roman. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen, 2015, p. 5-25.

Desta forma, o juiz deve ser moral e politicamente responsável por sua decisão, sem o retorno ao positivismo, que servia como uma proteção, pautado na mera atividade cognitiva e mecânica, um grande mito¹⁵⁰.

Se Alexy buscou a forma em matemática¹⁵¹, busca-se aqui através da democracia, a qual não pode ser reduzida ao voto, como se simples majoritarismo fosse. Seguindo um método tópico-problemático¹⁵², a partir do caso concreto, mas tendo em mente que o texto é o ponto de partida e o limite¹⁵³.

Este discurso tecnicista serve para afastar o juiz da sociedade, como se fosse um anjo que lida com os dilemas apresentados, substituindo a cultura técnico-democrática pela técnico-democrática¹⁵⁴.

A crítica de Galvão merece provimento quando aponta que “o Hércules virou Zeus”, pois este ativismo solipsista em nada contribui com a formação social-democrática, prestando-se a beneficiar somente o governo dos doutos e sábios. A observação do autor quanto aos custos sociais das decisões também merece acolhida. Contudo, discorda-se que isto implique num fim do Estado de Direito, mas somente numa reconfiguração, voltada a solução de problemas da realidade concreta¹⁵⁵.

Ao contrário dos entusiastas do judiciário legislador, que criticam a legalidade como mero resquício de um paradigma superado, apontando a hermenêutica como uma abertura, não se defende aqui um juiz-legislador, até em razão do apontado no capítulo 1, quanto a necessidade de separação para conter a arbitrariedade. Todavia, existem casos onde o juiz deve agir e, ao fazer isso, precisa verticalizar as relações, se inserir na cotidianidade e dialogar com ela. Em suma, a resposta não pode vir do juiz, mas deve vir do consenso da sociedade.

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

¹⁵¹ Fazendo justiça, Alexy também desenvolveu uma forma procedimental próxima a sugerida por Habermas.

¹⁵² VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 166 p.

¹⁵³ MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 2.ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000. 121 p. e HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. 34 p.

¹⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

¹⁵⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Tese (doutorado em direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017 p., 2012.

Defender o judiciário legislador encontra bases no pensamento platônico e na ideia de arte de governar, classificação realizada a partir das almas. A decisão não deve emanar daquele sábio que se liberta da caverna¹⁵⁶, que rememora (e ao rememorar, conhece) a essência das coisas, mas do juiz que sai da caverna da sua consciência para na pólis dialogar para resolver os casos difíceis.

Como observa Neves, partindo de Habermas e Luhman, pode afirmar

pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito, pressupondo reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso conteudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação¹⁵⁷.

Os métodos apodítico e tópico, os quais são momentos complementares do decidir, devem ser relacionados com a democracia, pois, como evoca Costa, “*a democracia per si evoca a exigência de envolver o maior número possível de sujeitos (tendencialmente “todos” os sujeitos) na gestão da coisa pública*”¹⁵⁸.

A dialética foi trazida ao direito por Viehweg, defendendo um método dialético pautado em premissas que parecem verdadeiras e não foram testadas¹⁵⁹. A tópica, inclusive, propicia o diálogo inter-sistemático. Com Perelman, destaca-se que a persuasão deve partir de pontos de partida admitidos pelo interlocutor, o *topoi*, os lugares comuns onde podem se fundar as premissas, buscando influenciar o auditório, sendo a norma um *topos* que também deve ser levado em consideração¹⁶⁰.

¹⁵⁶ “Os juízes não podem se colocar como últimos baluartes do sistema político, sob o risco de criarmos uma república platônica, com seus míticos guardiões” (prefácio) MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 174

¹⁵⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 156.

¹⁵⁸ COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, Todos: Lições de história da Democracia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012. 314 p.

¹⁵⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 166 p.

¹⁶⁰ NETO, Claudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. São Paulo: Renovar, 2002.

Hesse e Muller não veem a norma como somente mais um *topos*, devendo a tópica agir dentro dos limites do texto da norma¹⁶¹. Hesse já defendia a relação dialética entre realidade social e Constituição, tendo, contudo, o texto um caráter de limite intransponível¹⁶², num processo intitulado por Canotilho como hermenêutico-concretizador.

Já Muller, com o método normativo-estruturante, entende a norma como etapa inicial, diferenciando-se de Hesse ao apontar que os princípios não são o topoi, mas prestam-se ao estabelecimento do programa da norma¹⁶³.

Quanto a esta abertura, Haberle é um importante marco teórico. O professor alemão defende uma hermenêutica adequada à uma sociedade aberta e pluralista, sendo todo aquele que vive a Constituição seu legítimo intérprete¹⁶⁴.

Nossos métodos atuais foram fundados para sociedade fechadas, que concentram no juiz o papel da interpretação. Ao interpretar, o ato normativo é colocado no tempo, sendo aberto¹⁶⁵.

O processo constitucional faz parte do direito de participação democrática, de forma que quanto mais plural a sociedade, mais aberto deve ser o controle, para legitimar o processo, de forma que este modelo impede o árbitro judicial¹⁶⁶.

Neto caracteriza o método de Haberle como “tópica em sentido mais puro”, considerando que ao mesmo tempo que regula, a Constituição é construída pela interpretação dos atores sociais.

Considerando que a sociedade é aberta, a legitimação não pode decorrer de concepções éticas determinadas, em face da impossibilidade de

¹⁶¹ NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. São Paulo: Renovar, 2002.

¹⁶² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. 34 p.

¹⁶³ MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000. 121 p.

¹⁶⁴ HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁶⁵ HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁶⁶ HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

conteúdo universalizável¹⁶⁷. Assim, a legitimidade da decisão vai decorrer do procedimento, fazendo-se necessário uma transformação absoluta no conceito de processo, devendo repensar a ideia de lide e partes. Como bem observa:

A racionalidade desloca-se do sujeito (no caso o magistrado) para se situar no processo comunicativo que tem lugar no espaço público. Neste sentido, a interpretação aberta pode ser considerada um direito da cidadania ¹⁶⁸

Haberle, tal qual Habermas, enxerga no tribunal constitucional a função de guardião da democracia deliberativa¹⁶⁹. A concepção de democracia habermasiana exige o assentimento de todos os afetados pela norma baseado em boas razões¹⁷⁰.

Para Habermas, é no discurso que se forma a vontade racional, decorrendo a legitimidade do arranjo comunicativo, na fórmula conhecida: *“enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os atingidos”*¹⁷¹.

A validade das normas de ação decorre da possibilidade de assentimento de todos os participantes, naquilo que é chamado de princípio do discurso¹⁷². Tal princípio, na moral, assume a forma de princípio da unificação, no direito, se transveste, pela via da institucionalização jurídica, de princípio democrático, destinado a assegurar a legitimidade¹⁷³.

¹⁶⁷ HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁶⁸ NETO, Claudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. São Paulo: Renovar, 2002. P. 171

¹⁶⁹ NETO, Claudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. São Paulo: Renovar, 2002.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. 2 v.

¹⁷¹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. 2 v. p. 138

¹⁷² “São validas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. 2 v. p. 142

¹⁷³ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. 2 v.

Para esta abertura não basta a utilização dos *amicus curiae* e das audiências públicas, mas uma mudança de mentalidade, onde os elementos captados não são utilizados para fundamentar uma decisão *ex ante*, mas dialoguem para construir uma decisão plural. A razão não é abstrata e etérea, mas real e histórica.

Assim, é muito pouco confiar na publicidade dos julgamentos do STF, como quer Barroso. Inclusive, ao ser televisionado, a chance de mero populismo aumenta¹⁷⁴.

Todavia, ao se deparar com o solipsismo é inadequado correr ao positivismo, considerando que basta lembrar que ele retira os cidadãos do debate normativo, reservando a tarefa aos cientistas. Ao excluir o jurisdicionado, conduz a uma tecnocracia¹⁷⁵.

Portanto, mostra-se que o Poder Judiciário é importante ao processo político existente, mas as Cortes não podem substituir a discussão coletiva, de forma que quando são chamadas no processo decisório a discutir temas sensíveis não podem correr – são titulares da soberania, tal qual os demais poderes – devendo, contudo, abrir espaços para mecanismos de democratização, elaborando decisões consensuais e menos solipsistas.

Em suma, as decisões da nossa Corte constitucional, em especial, devem constituir uma só, numa construção coletiva e consensual, não sendo produto do solipsismo de 11 atores políticos, trabalhando numa somatória de decisões emitidas, sem que o debate e o enfrentamento dos temas ocorra, ignorando a sociedade civil, socorrendo-se dela somente para legitimar o que a consciência individual de cada um indica.

¹⁷⁴ O Brasil é um país no qual o imaginário social supõe que por trás de cada porta fechada estão ocorrendo tenebrosas transações. Nesse contexto, a imagem de 11 juízes debatendo de forma intensa – e geralmente civilizada – para produzir uma solução faz bem para o sistema de justiça em geral. O aumento da visibilidade e um certo caráter didático das sessões de julgamento faz bem para a justiça do país. BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>. Acesso em: março de 2017.

¹⁷⁵ NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. São Paulo: Renovar, 2002.

Conclusão

O título do trabalho é sintomático quanto ao conteúdo que busca, de maneira incipiente, analisar. A frase é de Paracelso, médico do medievo, e é um retrato da provisória conclusão a que se chegou: o ativismo é uma opção cuja positividade ou negatividade somente pode avaliada em termos da forma como é operacionalizada.

Os estudos iniciaram-se com uma pré-compreensão de que o ativismo era nefasto, que atentava contra o Estado de Direito. Contudo, conforme aponta Weber, o pesquisador deve se guiar pela ética da responsabilidade, de forma que os presentes escritos acabaram sendo conduzidos para outro caminho.

Não se quer aqui se valer de conclusões pautadas pela convicção, onde se afirma ser inevitável o processo iniciado, até por que, nesta vida, nada é inevitável, mas é sempre produto de escolhas.

Da reconstrução do Estado de Direito, extraiu-se a essência destes – ainda que o presente trabalho tenha demonstrado que essência não existe –, a saber, criado para conformar o Estado, mas, principalmente, para concretizar os direitos. Apêndice a este, nasceu a concepção de tripartição dos poderes, a qual, como se viu, não buscava definir de maneira estaque qual era a função de cada poder, mas queria, *prima facie*, dividir funções.

Em suma, estas ferramentas são buscas pela contenção, não sendo diverso o caso do constitucionalismo, preocupado em limitar o povo, pois, ao contrário do que quis Rosseau, o corpo pode sim prejudicar – e prejudica – o próprio corpo. Ao promover este movimento, aos juízes foi dada a chave do sistema, concedendo a guarda da Constituição. Estas, de meras cartas políticas, passaram a ser documentos responsáveis por organizar os poderes públicos e, posteriormente, transformaram-se em documentos responsáveis por regular a sociedade. Para este passo, tor-

naram-se analíticas, preocupadas com regular uma multiplicidade de situações, bem como principiológicas, abrindo um espaço mais vasto para o exercício hermenêutico.

A judicialização coloca-se justamente neste cenário, como esta transição do espaço da política, criando nova arena. Se levada às últimas, a judicialização torna-se ativismo judicial, quando os tribunais decidem caminhar onde não se caminhou ainda.

Do presente, verifica-se que a complexidade do mundo atual, conduz, invariavelmente, ao surgimento de problemas novos, numa velocidade que o direito legislado oitocentista nem sempre consegue acompanhar, restando aos tribunais, duas opções: se manter no casulo e se tornar um poder inefetivo ou assumir o seu papel, admitindo, também, sua responsabilização.

O paradigma positivista encontra-se superado, de forma que regressar aos seus mitos – todos desvelados, como se viu – não é a resposta adequada, sendo necessário se adequar ao pós-positivismo e sua tensão entre princípios e regras, inserindo-o, contudo, no paradigma da linguagem.

Não se buscou estabelecer métodos interpretativos, mas somente estabelecer as condições de possibilidade da hermenêutica constitucional em uma sociedade complexa como a nossa, defendendo a abertura de caminhos democráticos, voltados ao fortalecimento do espaço de participação social.

Em suma, reconhecer nos cidadãos o caráter de intérpretes da constituição, que participam do seu processo de construção e, ao mesmo tempo, são construídas pela norma.

Neste cenário, a judicialização é um paliativo para os problemas que os canais democráticos não conseguem resolver, criando uma possibilidade de efetiva proteção da Constituição e de suas promessas últimas.

A pergunta que sempre surge é aquela derivada do poema latino “mas quem vigia o vigia?”. A resposta não é simples, mas o vigia pode muito bem ser controlado através do alargamento dos canais de partici-

pação dos tribunais, reconhecendo seu caráter político, mas, principalmente, desenvolvendo uma cultura jurídica voltada à construção do direito a partir de um processo “eu-tu” e não mais uma construção da decisão pelo sujeito transcendental e sua forma inata da razão. Verdade não é certeza, verdade é consenso.

O caso da ADIN 4.650 é clarividente nesta necessária ruptura. Não se questiona aqui, necessariamente, o ativismo judicial – o qual, na presente matéria pode sim ser questionado, considerando que não existe omissão, mas escolha política – mas sim o seu viés solipsista, marcado pelas convicções do eu pensante. Não se coloca em dúvidas as boas intenções expressadas pelos Ministros, nem mesmo seu conhecimento, mas esta forma de construção do direito é nefasta a consolidação de uma democracia, em especial em um país como o Brasil.

Não se quer uma Supremocracia. Uma república não precisa de heróis, uma república precisa de cidadãos. Uma sociedade que precisa de um herói é uma sociedade doente, e quando este herói é o juiz, parece sintomático que o remédio se tornou veneno.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. The New Separation Power. In.: Harvard Law Review. Volume 113. January 2000. Number 3. O autor chega a propor um novo modelo onde o primeiro ministro somente se mantém com o apoio do Parlamento, o qual é controlado por uma série de instituições que não somente a corte constitucional.
- ACKERMAN, Bruce. Good Bye, Montesquieu. Disponível em: <https://law.yale.edu/area/compadmin>. Acesso em: 15 de jul. de 2017.
- AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. São Paulo: Boitempo, 2015.
- AGOSTINHO. A cidade de Deus: (contra os pagãos). Petrópolis, RJ: Vozes, 1990. 2 v.
- ALBERT, Hans. Tratado da Razão Crítica. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1976.
- ALEXY, Robert. Conceito de validade do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier: «Las definiciones del Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales», Sistema, núm. 158, 2000, pp. 91 y ss
- APEL, Karl-Otto . Transformação da Filosofia II. São Paulo: Loyola, 2000, p.
- APOLINÁRIO, Marcelo Neves. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. Disponível em: caribeha.eumed.net/separação-funcoes-poderes/ Acesso em: 07 de jul. de 2017
- AQUINO, Tomas de. O ente e a essência. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1996. 288 p.
- ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 658 p.

- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507. Acesso em 15 de out. 2015
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BACHOF, Otto. Jueces y constitucion. Madrid: Civitas, 1985. 69 p.
- BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.
- BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%0C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 10 out. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf. Acesso em: março de 2017.
- BEDIN, Gilmar Antonio. Estado de Direito: Tema complexo, dimensões essenciais e conceitos. In.: Direito e Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXII, n 39, jan-jun 2013, p.144-152.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 372.
- BOBBIO, Norberto. Direito e Poder. São Paulo: Editora Unesp, 2008.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.
- BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016.

- BORGES, Guilherme Roman. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen, 2015, p. 5-25.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23^o ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920 In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 380-414
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2017.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva? Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v.1, p-5-23, 2011
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999b.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia Política. Curitiba, n 23, 2004, p. 117-120
- CHUEIRI, Vera Karam de. GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. In.: Revista de Direito GV. São Paulo. P. 159-174, jan-jun de 2010.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin . Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: Antonio G. Moreira Maués. (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, v. , p. 49-60.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional: (e de teoria do direito). São Paulo: Academica, 1993. 248 p.

CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada a dos modernos. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. Poucos, Muitos, Todos: Lições de história da Democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012. 314 p.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Jumen Iuris, 2009.

DALLARI, Dalmo. Estudos de Direito Público. In.: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Direito Publico. Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. viii, 166p.

DESCARTES, René. Meditações metafísicas. São Paulo, SP: Folha de S. Paulo, 2015. 127p.

DICEY, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Macmillan, London, 1959, 10^a ed.

DUSSEL, Enrique D. Para uma ética da libertação latino-americana. São Paulo, SP: Loyola, 1977

DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. 3^a ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG – IUPERJ, 2002
- ELSTER, Jon. Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Ed. da UNESP, 2009. 388 p.
- FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, L. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43
- FERRAJOLI, L. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: Democracia Y garantismo. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. Al. Madri: Trotta, 2008.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Editora Max Limonad LTDA, 1986.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Revista USP, São Paulo, nº 21, p. 12-21, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Tese (doutorado em direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 217 p., 2012.

GARAPON, Antoine, O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Editora Revan. 1999.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORÓN, Atilio A. Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx. São Paulo: CLACSO, 2006, p. 169-188. Disponível na internet em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/o8_gargarella.pdf

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Disponível: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf. Acesso em 18 de set. de 2017.

GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora UNB, 13^a ed., 4^a reimpressão, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia : entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. 2 v.

HAYEK, Friedrich A. von. Direito, legislação e liberdade : uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. 3v.

HAMILTON, JAY, MADISON. Federalistas. São Paulo: Abril Cultural, 1973

HÄRBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, H. L. A.. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HELLER, Agnes. O cotidiano e a história. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1985. 121 p.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. 34 p.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

HOFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Coords.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução de Monica Utrilla de Neira, México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C.; Fondo de Cultura Económica, 1999.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Icone, 2007.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo, SP: Folha de S. Paulo, 2010. 237p.

KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). *O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004

LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática – Os Limites da Dominação Totalitária*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2. ed. ampl. Barcelona: Ariel, 1976, 619p.

- LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. In.: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) Crítica da modernidade: diálogos com o direito, Florianópolis: Boiteux, 2005. P. 145-158.
- LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. 187 p.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252p.
- MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 174 p
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. Lua Nova, São Paulo, n.57, 2002, p. 113-133.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Novos Estudos, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEZZAROBIA, Orides Introdução ao Direito Partidário Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In.:MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. (org.) Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.
- MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 2.ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000. 121 p.
- NETO, Claudio Pereira de. Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática. São Paulo: Renovar, 2002.

- NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 2003.
- NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra, 2006. 282 p.
- PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PASCAL, Georges. O pensamento de Kant. Petrópolis, RJ: Vozes, 1983.
- PLATÃO. A República. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. P. 513 p.
- PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 465-488
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1944-1945.
- RUST, Leandro Duarte. Mitos papais: política e imaginação na história. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015. 247 p.
- SALGADO, Eneida Desiree. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 356. 2010.
- SALGADO, Eneida Desiree. El financiamiento de los partidos políticos em Brasil: La lucha por la definición de las reglas. In.: Revista de Derecho Estasiológico - Ideología y Militancia Año 2, Núm 3, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

- SANTOS, Boaventura de Souza. A Judicialização da Política. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniaobss/079.php> < acesso em 11/8/2007>. Acesso em 11 de abr. de 2017.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.
- SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. Duncker & Humblot, Argentina, 2002.
- SCHMITT, Carl. Constitutional theory. Durham: Duke University Press, 2008.
- SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. São Paulo: Renovar, 2002. 378p.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do Estado. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen, 2007. 435p.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.
- STRECK, BARRETO, OLIVEIRA. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2):75-83 jul-dez./2009. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 342 p.
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*, Basic Books, August 2005.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). *The Global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.
- TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Juruá Editora: Curitiba, 2009.
- VERBICARO, Loiane Prado. *Um Estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, jul.-dez. 2008, p. 389-406.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 166 p.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito GV*, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.
- ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94
- WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, 'O Federalista'*. 8. ed. São Paulo, SP: Ática, 1997. 287 p.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org