

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

BRUNO HENRIQUE GONÇALVES

DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA AO ATIVISMO  
JUDICIAL:  
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL  
DEMOCRÁTICA DO PROTAGONISMO JUDICIAL - EM  
BUSCA DE UMA LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO  
JURÍDICA

POUSO ALEGRE - MG  
2013

BRUNO HENRIQUE GONÇALVES

DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA AO ATIVISMO  
JUDICIAL:  
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL  
DEMOCRÁTICA DO PROTAGONISMO JUDICIAL - EM  
BUSCA DE UMA LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO  
JURÍDICA

Dissertação apresentada como exigência parcial  
para obtenção do título de Mestre em Direito  
Constitucional, ao Programa de Pós-Graduação  
da Faculdade de Direito do Sul de Minas.  
Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

## FICHA CATALOGRÁFICA

G635d      Gonçalves, Bruno Henrique.

Da judicialização da política ao ativismo judicial: uma análise constitucional democrática do protagonismo judicial – em busca de uma legitimação da decisão jurídica. 2014. Pouso Alegre/MG; FDSM, 2014.  
103p.

Orientador: Rafael Lazzarotto Simioni.  
Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas,  
Mestrado em Direito.

1. Constitucionalismo. 2. Democracia. 3. Protagonismo Judicial. 4. Legitimidade da decisão jurídica. I. Simioni, Rafael Lazzarotto. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU D-340

BRUNO HENRIQUE GONÇALVES

DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE  
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DO PROTAGONISMO JUDICIAL: EM BUSCA  
DE UMA LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: 25/04/2014

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni  
Faculdade de Direito do Sul de Minas  
Orientador

---

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

---

Prof. Dr. Emílio Peloso Neder Meyer  
Universidade Federal de Minas Gerais

Pouso Alegre-MG  
2013

À minha querida mãe, por  
nunca encontrar obstáculos  
para me ver feliz;

# AGRADECIMENTOS

Minha eterna gratidão a Deus, por tudo.

Aos meus pais, Rui Alves Gonçalves e Denise Meiry Gonçalves, por me ensinarem o que há de mais importante na vida.

Ao meu querido irmão, Erick Henrique Gonçalves, que sempre me alegra com sua doce companhia.

À Stéfani Francielli Soares Garcia, meu grande amor, por suportar comigo o sacrifício para a realização deste trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, por me disponibilizar um ambiente propício para a discussão e amadurecimento intelectual.

À minha Professora de graduação em Direito, Klélia Aleixo Canabrava, por despertar em mim uma análise crítica do Direito.

À Faculdade de Direito do Sul de Minas, por me acolher no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e por me propiciar uma transformação intelectual.

Aos Professores do Mestrado, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, José Luiz Quadros de Magalhães e Rafael Lazzarotto Simioni, pelos grandes ensinamentos e pela busca desenfreada pela melhor aplicação do direito.

Aos Professores, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Rafael Lazzarotto Simioni, pelas importantes orientações e sugestões para o aprimoramento do texto. Exemplos que pretendo seguir.

Aos meus amigos do mestrado por fazerem dos intervalos tempos preciosos.

Aos meus alunos da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Lavras, com os quais divido todas minhas inquietudes jurídicas.

“O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política.”

Ronald Dworkin  
(O império do direito)

# RESUMO

GONÇALVES, Bruno Henrique. Da Judicialização da Política ao Ativismo Judicial – Uma análise constitucional democrática do Protagonismo Judicial: em busca de uma legitimação da decisão jurídica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2014.

A pesquisa tem como objetivo uma análise das atribuições assumidas pelo Poder Judiciário com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir do que se convencionou denominar de Judicialização da Política, ao possibilitar que este poder tivesse maior interferência na tomada de decisões de grande relevo nacional. O problema surge quando o Poder Judiciário, sob a alegação de defesa dos direitos fundamentais, acaba por violar a própria separação de poderes e o princípio democrático, ao fundamentar suas decisões com base em argumentos de política e não só de princípios. Estas considerações podem variar de acordo com o marco teórico que for assumido. Priorizamos nesta pesquisa um marco conceitual substancialista que prega um Judiciário participativo na proteção dos direitos fundamentais sem se descuidar da proteção da soberania popular. É cada vez mais evidente a necessidade de assunção de uma teoria pós-positivista do direito. Utilizaremos a Teoria da Moralidade Política de Ronald Dworkin, como marco teórico, para propiciar uma adequada proteção dos direitos fundamentais além de estabelecer limites à atividade jurisdicional, sem deixá-la cair novamente numa postura de autocontenção judicial. Mostra-se indispensável o estabelecimento de limites e a análise acerca da crescente defesa de assunção de uma espécie de Ativismo Judicial que acredita na supervalorização do Poder Judiciário como se este pudesse sozinho, e a qualquer custo, alcançar a querida e necessária efetividade dos direitos fundamentais. Então, a busca por uma legitimidade na decisão jurídica se mostra cada vez mais necessária e ela só se mostra possível com o abandono de qualquer tipo de poder discricionário quando da aplicação do direito.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo – Democracia – Protagonismo Judicial – Legitimidade da decisão jurídica.



## **ABSTRACT**

GONÇALVES, Bruno Henrique. *From Judicialization of Politics to Judicial Activism - A democratic constitutional analysis of Judicial Protagonism: in search of a legitimation of the legal decision*. 2014. Dissertation (Masters in Constitutional Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2014.

*The search has object at an analysis of the prerogatives taken over by the Judicial Power with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, based on what is commonly called Judicialization of Politics, to make it possible that this power had greater interference in decision making of great national importance. The problem comes to light when the Judicial, on the grounds of the defense of the basic rights, concludes for breach itself separation of powers and the democratic principle when basing its decisions on the basis of arguments of politics and not only of principles. These considerations will vary according to the theoretical mark that is assumed. It is prioritized in this study a substantialist conceptual mark that preaches a participatory Judicial in the protection of fundamental rights without neglecting the protection of popular sovereignty. It is increasingly evident the need of a post-positivist theory of law. The Theory of Political Morality of Ronald Dworkin will be used, as a theoretical mark, to provide adequate protection of fundamental rights in addition to establishing limits to the jurisdictional activity, without letting it fall again in a posture of judicial self-restraint. It proves essential to establish limits and make an analysis on the growing defense of assumption of a kind of Judicial Activism that believes in overvaluation of the Judicial as this could alone, and at any cost, achieve the desired and necessary effectiveness of the fundamental rights. So, the search for legitimacy in legal decision is increasingly necessary and it is only possible by resignation any kind of discretionary power when applying the law.*

**Key-words:** Constitutionalism - Democracy - Judicial Protagonism - Legitimacy of the legal decision.

# SUMÁRIO

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                        | 9   |
| I - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL.....                                 | 14  |
| 1.1 - Judicialização da Política numa perspectiva constitucional democrática .....      | 14  |
| 1.2 - Ativismo Judicial: uma interpretação além do sistema constitucional .....         | 23  |
| 1.2.1 – Legitimidade democrática .....                                                  | 26  |
| 1.2.2 – Politização da Justiça .....                                                    | 32  |
| 1.2.3 – Capacidade Institucional .....                                                  | 36  |
| 1.3 – Autocontenção Judicial .....                                                      | 37  |
| II - PROTAGONISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....                        | 40  |
| 2.1- A crescente defesa em torno do Protagonismo Judicial .....                         | 41  |
| 2.2 – Por uma adequada prestação jurisdicional .....                                    | 49  |
| III – O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NUMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL                   | 64  |
| 3.1 – Constitucionalismo e democracia: uma tensão necessária.....                       | 65  |
| 3.2- A armadilha semântica do Positivismo Jurídico .....                                | 76  |
| 3.3 - Em busca de uma legitimação da decisão jurídica: uma questão de Integridade ..... | 86  |
| CONCLUSÃO .....                                                                         | 99  |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....                                                        | 102 |

## INTRODUÇÃO

O Brasil reexperimentou o regime democrático a partir da Constituição da República Federativa de 1988. O legislador constituinte, quando da sua feitura, estava em grande parte, preocupado com as atrocidades decorrentes do vasto período ditatorial que o país atravessou. Nada mais intuitivo do que tratar de forma mais extensa e detalhada os direitos fundamentais, se comparada com aquelas que lhes antecedeu, como forma de garantir um governo legítimo e um constitucionalismo forte ao ponto de evitar atitudes arbitrárias por qualquer dos poderes.

Com a assunção de um paradigma baseado no Estado Democrático de Direito, o Estado reafirma a assunção de crescentes despesas decorrentes das queridas transformações anunciadas pelo constituinte. Até mesmo porque, depois da constitucionalização mais abrangente acerca dos direitos fundamentais e com a criação de instrumentos processuais que lhes garantissem o respeito destes mesmos direitos, questões de relevante interesse nacional passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário em substituição às decisões de outros poderes, o que tem gerado uma discussão acerca da existência de um sadio protagonismo por parte do Poder Judiciário e até que ponto esta conduta afetaria ou não a separação de poderes e o próprio princípio democrático.

Surge, então, uma forma ativista de interpretação por parte do Poder Judiciário no sentido de aumentar suas atribuições, em prejuízo aos outros poderes instituídos, sob a justificativa de que o que importaria seria a efetivação dos direitos fundamentais, tão negligenciada pelos outros poderes.

A incapacidade financeira ou até mesmo gerencial no que tange ao cumprimento das obrigações, aliado ao fato de terem sido constitucionalizadas, criou uma falsa impressão de que caberia ao Poder Judiciário, principalmente no caso de omissão dos outros poderes, a tarefa de efetivar, sozinho, os direitos fundamentais. Ou seja, caberia ao Poder Judiciário, em última análise, dar cumprimento aos direitos fundamentais negligenciados pelos outros poderes sem maiores digressões acerca de suas causas e atribuições constitucionais. Ou seja, sem limites.

Trata-se de uma transferência compensatória de atribuições dos órgãos políticos para os tribunais, atuando este poder como detentor último do sistema

político, fazendo deste local o mais fácil para o acesso às instâncias de poder ao propiciar as queridas reivindicações acerca dos direitos tidos por violados.

Estas considerações têm provocado os mais diversos questionamentos acerca da função e importância dos tribunais nas sociedades contemporâneas, sobretudo na discussão acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário frente às questões de grande envergadura nacional, principalmente, no que tange ao respeito à soberania popular.

Fato é que o Poder Judiciário, por conta desta mudança de paradigma,<sup>1</sup> vem assumindo papel de destaque nos regimes democráticos, seja pela proteção dos direitos fundamentais, inclusive de forma contramajoritária, seja pela busca do aprimoramento da prática judicial em respeito a outro princípio tão importante que à manutenção da soberania popular.

No entanto, a efetivação dos direitos fundamentais não se mostra tarefa fácil, até mesmo porque os problemas, principalmente de recursos financeiros, são cada vez mais escassos se comparados às necessidades sociais. Fato é que não poderá ser assumida apenas por um dos poderes, como querem os que defendem um sadio protagonismo judicial, ao ponto de supervalorização dos papéis da magistratura sobre os órgãos políticos. Cabe a cada poder uma parcela de contribuição, de acordo com suas atribuições e capacidades institucionais.

O Poder Judiciário depois de 1988 acabou por assumir uma tarefa que muito se distanciava daquela que exercia. Foi legitimado, por meio da ampliação dos direitos fundamentais, a discutir as mais diversas matérias a partir dos diversos instrumentos processuais abertos à disposição do indivíduo. Para tanto, em virtude da alta demanda judicial, ficou evidente a necessidade de criar instrumentos que pudessem propiciar o exercício de suas atividades de forma racional, considerando que as demandas não param de crescer em número e complexidade. Principalmente se pensarmos que os outros poderes deixaram e ainda deixam a desejar no cumprimento de seus papéis institucionais gerando uma verdadeira crise das instituições.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O termo paradigma, em uma acepção jurídico-constitucional, está assentado em como uma determinada sociedade, num determinado período, compreende os princípios constitucionais e o sistema de direitos. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Constitucional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, vol.1, p. 52-54.

<sup>2</sup> Verificamos em especial uma crise do Poder Judiciário. A sua utilização como compensador dos déficits de funcionalidade dos demais poderes tem sido fator preponderante. Tem utilizado de forma equivocada um discurso de produtividade numérica e rapidez procedimental como forma de responder a

A busca pela efetividade dos direitos fundamentais pressupõe uma aliança entre os poderes institucionalizados de forma que cada um deles corresponda com eficiência no cumprimento de suas funções. O sistema jurídico, desenvolvido de forma harmônica na tripartição de funções entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, não pode permitir, e não suportaria por muito tempo, o acúmulo de atribuições por um dos poderes em detrimento dos outros, sem desprezar outros direitos fundamentais. Por isso se mostra importante uma análise crítica acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário e a utilização de instrumentos capazes de oportunizar a efetivação dos direitos fundamentais de forma a não ficar tão dependente desta função estatal.

Surge, então, a discussão sobre a compatibilidade de uma espécie de protagonismo judicial com o regime democrático, ainda mais considerando que as decisões judiciais poderiam substituir decisões políticas de forma definitiva. É possível manter uma democracia e uma teoria de separação de poderes em coerência com a defesa de um sadio protagonismo judicial? O protagonismo judicial possibilitaria uma legitimação da decisão jurídica nos moldes constitucionais, ou seja, respeitando os direitos fundamentais na sua integridade? O trabalho pretende trazer elementos (sem pretensão de esgotá-los) de forma a elucidar sobre o fomento ou não de um protagonismo judicial de modo a alcançar uma verdadeira legitimação da decisão jurídica no Estado Democrático de Direito.

Iniciaremos o trabalho no primeiro capítulo tratando da Judicialização da Política, tendo como parâmetro a atual Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de tratar de temas dos mais variados possíveis, ao propiciar a constitucionalização de matérias que outrora eram tidas como matérias típicas de política, anteriormente afastadas de análise judicial. O referido fenômeno tornará possível o acesso cada vez mais amplo ao Poder Judiciário como forma de alcançar tanto a efetivação dos direitos fundamentais quanto transformações sociais.

No mesmo capítulo vamos nos ocupar da figura do Ativismo Judicial, que corresponde a uma atitude proativa<sup>3</sup> do Poder Judiciário sob a justificativa de

---

crescente demanda provocada pelo amplo acesso à justiça. Para maiores informações: BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e o STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 293 *et seq.*

<sup>3</sup> Segundo Streck, quando estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de rompimento constitucional, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias. Ele dá como exemplo o que aconteceu com a Constituição de Weimar e o nazismo. A interpretação da

proteção da Justiça Constitucional, principalmente quando da implementação dos direitos fundamentais, sem desconsiderar uma análise minimalista de atuação do Poder Judiciário antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, será necessário traçar os contornos acerca do ativismo judicial de modo a se compatibilizar ou não com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo nos ocuparemos em problematizar a crescente defesa em torno de uma atitude cada vez mais operante por parte do Poder Judiciário, para a resolução dos casos emblemáticos e cada vez mais complexos, com uma falsa percepção de que estaria sendo tomada a melhor decisão pelo simples fato de ser decidido pelo respectivo poder. A crise dos Poderes Legislativo e Executivo pode ter influenciado na assunção de atribuições pelo Poder Judiciário, como compensador dos *déficits* de funcionalidade dos demais poderes, e não simplesmente por uma sistematização constitucional decorrente do fenômeno da constitucionalização.

Neste mesmo capítulo será feita uma análise crítica da forma como vem sendo desenvolvida no Brasil a Teoria dos Precedentes Judiciais, própria da tradição do *common law*. Para tanto, não podemos desprezar as recentes modificações legislativas<sup>4</sup> que nos indicam uma tendência de aproximação dos sistemas jurídicos *civil* e *common law* como forma de alcançar maior legitimidade nas decisões judiciais. Ou talvez, sendo utilizada no Brasil de forma equivocada, simplesmente, para resolver um problema decorrente do aumento exponencial da atividade jurisdicional.

O texto terá como pressuposto a tensão necessária entre democracia e constitucionalismo, além de levar em consideração o movimento do constitucionalismo brasileiro pós-1988, que trouxe com a vigente Constituição a

---

Constituição não pode levar a que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas ao limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo pelo qual ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra). STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 53. Na visão da Teoria da Moralidade Política idealizada por Ronald Dworkin o que vai definir se uma atitude é ou não ativista, por parte do Poder Judiciário, tem a ver com o tipo de argumentação utilizada. Se a fundamentação for baseada em argumentos de princípio a decisão se mostra legítima porque cumpre, neste caso, a função pela qual lhe foi atribuída pelo Constituinte. No entanto, se a decisão tiver como fundamento argumentos de política, que envolvam critérios de conveniência e oportunidade, esta decisão é tida como violadora de seus limites institucionais e, portanto, ativista. Esta discussão será desenvolvida no terceiro capítulo.

<sup>4</sup> Não pretendemos fazer aqui uma análise pontual de institutos e técnicas processuais e sim tentar estabelecer uma verificação de todo um sistema jurídico sob o enfoque da jurisdição numa concepção própria do Estado Democrático de Direito.

previsão extensa dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, o papel assumido pelo Poder Judiciário na concretização destes mesmos direitos, inclusive como compensador dos *déficits* de funcionalidade dos demais poderes.

Em face do aumento da atividade jurisdicional, a preocupação acerca da legitimidade das decisões judiciais e a amplitude desta tarefa reclamam premissas mais complexas do que aquelas anteriormente utilizadas. As normas não são tidas como única fonte legítima do Direito, assumindo os precedentes judiciais a tarefa de concretizar a necessária celeridade e igualdade na produção das decisões judiciais como forma de alcançar a querida legitimidade que faltava.<sup>5</sup>

No terceiro e último capítulo a preocupação se desloca para a obtenção de uma teoria que possa ultrapassar as premissas básicas do Positivismo Jurídico, já que o Poder Judiciário não consegue alcançar, satisfatoriamente, a partir deste método de interpretação, uma resposta correta para os casos concretos. Ou seja, o Positivismo jurídico, com suas bases metodológicas pautadas por uma análise interpretativa baseada apenas no texto legal já não mais se sustenta. A sociedade se mostra cada vez mais complexa e seus interesses cada vez mais diversificados, cabendo ao Estado uma atuação, por meio de suas instituições, cada vez mais legítima e preocupada com a correção de suas decisões para que consiga alcançar o respeito dos direitos fundamentais na sua integralidade.

Propomos, então, uma análise crítica do Positivismo Jurídico a partir de uma premissa constitucional democrática e ao final discorreremos acerca da importância de assunção, no sistema brasileiro, de uma Teoria da Moralidade Política de Ronald Dworkin, como forma de legitimar esta mesma atividade jurisdicional.

---

<sup>5</sup> Uma das principais funções de qualquer processo constitucional é conseguir estabelecer técnicas de julgamento que priorize a participação dos interessados de modo a garantir que seus argumentos possam interferir na decisão. In: NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. Ano: 36, vol. 199, setembro de 2011. Ed RT, p. 50.

## **I - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL**

Com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, um novo paradigma de direito foi assumido, o Estado Democrático de Direito. O legislador, preocupado com o resgate de um constitucionalismo capaz de evitar arbitrariedades como aquelas realizadas no passado, ampliou as atribuições do Poder Judiciário ao prever de forma ampla, no texto constitucional, os mais diversos direitos fundamentais, inclusive, aqueles garantidores de um regime democrático e da separação de poderes.

Neste novo desenho de atribuições, muitas questões de larga repercussão política foram decididas pelo Poder Judiciário sob a alegação de envolver discussões acerca da violação dos mais diversos direitos fundamentais. Discute-se até que ponto poderia o Poder Judiciário assumir o debate das grandes questões nacionais sem violar a repartição de poderes e, sobretudo, sem deixar de exercer de forma legítima suas atribuições.

No presente capítulo vamos tecer considerações sobre o que se denominou de “Judicialização da Política”, fenômeno que propiciou um aumento das atribuições do Poder Judiciário pós-1988, sem prejuízo de uma problematização da assunção de uma interpretação ativista que acaba por violar o devido e necessário equilíbrio de todo o sistema constitucional ao priorizar a efetivação de uns direitos fundamentais em detrimento de outros tão importantes quanto aqueles.

### **1.1 - Judicialização da Política numa perspectiva constitucional democrática**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi pensada e sofreu inspiração dos mais modernos textos legais da época, e com intensa participação popular, acabou por consagrar um novo paradigma constitucional, o



Estado Democrático de Direito, que surgiu a partir de uma releitura dos modelos de Estado Liberal e Estado de Bem-Estar Social.<sup>6</sup>

No Estado Liberal o espectro de liberdades do cidadão poderia ser compreendido como toda atuação que não fosse contrária ao direito, ou seja, teria o indivíduo, a liberdade de fazer tudo, desde que não contrariasse uma norma legal. Isso porque, caberia ao Estado o mínimo possível de interferência na vida privada do cidadão.<sup>7</sup>

Suas bases estavam pautadas na separação de poderes e na instituição de direitos fundamentais voltados diretamente para imposição de uma limitação dos poderes estatais. Não se tinha a preocupação de estabelecer, ainda, uma conduta ativa por parte do Estado no sentido de exigir dele uma participação mais operante na efetivação dos direitos fundamentais.<sup>8</sup>

O modelo capitalista aliado às leis de mercado não propiciava uma adequada distribuição dos meios de riqueza e a sociedade se via cada vez mais refém deste modelo que não conseguia, por si só, alcançar o regramento necessário para manter íntegras as bases sociais. De outro lado, a mera previsão de direitos como igualdade, liberdade e propriedade se concretizou nos moldes queridos, sem uma interferência efetiva por parte do Estado, o que posteriormente se mostrou insuficiente.

Verificou-se, posteriormente, que para uma efetiva concretização dos direitos constitucionalmente previstos exigiria uma atuação mais efetiva por parte do Estado. As demandas sociais passavam pela exigência de efetivação de direitos sociais como acesso à saúde, ao trabalho, à educação, ao lazer, e diversos outros. Surge, então, um novo paradigma, o Estado de Bem-estar Social, que teria a função

---

<sup>6</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: Cattoni de Oliveira, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

<sup>7</sup> Numa perspectiva liberal os direitos fundamentais prioritariamente se estabeleciam na garantia de não intervenção do Estado na esfera privada dos indivíduos. PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf). Acessado em 15 de junho de 2013.

<sup>8</sup> Segundo Habermas, o paradigma liberal foi reformulado a partir da crítica ao direito formal burguês, da inviabilidade de consecução de liberdades subjetivas de direitos e, principalmente, da garantia da igualdade material. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo, 1997, Vol.II, p. 139.

de fazer uma releitura dos direitos de primeira geração<sup>9</sup> acrescentando os direitos de segunda geração.<sup>10</sup> O Estado deixa de ser um Estado neutro passando a se preocupar com os conflitos sociais se baseando mais numa estrutura paternalista no papel de organizador de políticas compensatórias.<sup>11</sup>

Com medidas direcionadas ao bem-estar da população o Estado tentou contornar problemas estruturais decorrentes de um modelo capitalista, cabendo ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo realizar políticas públicas compensatórias e corretivas das distorções provenientes deste sistema econômico.<sup>12</sup> Estas medidas propiciaram uma mudança de paradigma que deixou de ser simplesmente ordenadora para se tornar uma função também promovedora do bem-estar social.

No Estado Democrático de Direito é introduzido os direitos de terceira geração,<sup>13</sup> compreendido como os direitos e interesses difusos, como o direito de todos a um meio ambiente saudável, de uma proteção diferenciada referente aos direitos próprios de uma relação de consumo, dentre outros.<sup>14</sup> O Estado é chamado a intervir de maneira mais efetiva na organização social, só que agora, pluralista, respeitador de uma diversidade de interesses cujas garantias de aplicação se torna essenciais para uma efetivação dos direitos fundamentais.

No paradigma do Estado Democrático de Direito a Constituição procurou um equilíbrio entre a busca pela efetivação dos direitos fundamentais, agora definidos como um todo indivisível, com a proteção de um regime democrático baseado na soberania popular. Suas pretensões não se satisfazem pela mera legalidade, buscando certa segurança jurídica. Exige-se uma aceitabilidade racional além de

<sup>9</sup> Segundo Bonavides os direitos de primeira geração podem ser assim identificados: Igualdade, liberdade e propriedade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 525.

<sup>10</sup> Direitos de Segunda geração: direitos sociais e coletivos acrescidos de uma releitura dos direitos de primeira geração.

<sup>11</sup> Podemos citar algumas destas consequências, como a constitucionalização de direitos econômicos e sociais, a relativização de alguns institutos tidos anteriormente como absolutos como o direito a propriedade sob a justificativa da exigência do cumprimento da sua função social. Uma análise anteriormente pautada na individualidade passa ter também uma análise social.

<sup>12</sup> Trata-se da insuficiência do modelo liberal em alcançar uma igualdade material e a inclusão social, uma ação mais intervencionista e dirigente por parte do Estado se verificou como a mais indicada, pelo menos naquele momento em que as dúvidas sobre o papel do Estado na sociedade era cada vez mais questionada.

<sup>13</sup> No entanto, esta classificação em gerações de direitos já não mais se sustenta, já que passam a ser considerados como um todo indivisível. MAGALHÃES. José Luiz Quadros. *Curso de Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo. Método. 1997, p. 95-96.

<sup>14</sup> PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. *O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo*. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf). Acessado em 15 de junho de 2013.

uma coerência com o ordenamento jurídico, respeitando as peculiaridades de uma sociedade cada vez mais complexa e plural.<sup>15</sup>

No segundo pós-guerra as constituições modernas, no caso do Brasil a Constituição de 1988, passaram a tratar de forma mais extensa os direitos fundamentais como se pudessem assim evitar arbitrariedades como aquelas praticadas no passado bem próximo. Este fenômeno foi chamado pela doutrina e jurisprudência de “Judicialização da Política” haja vista que diversas questões que eram tidas como de política, agora, se encontram judicializadas e, portanto, dentro da esfera de proteção judicial.

Então, quando nos referimos a Judicialização da Política, entenda-se o processo ocasionado pela sistematização constitucional que propiciou que algumas questões de larga repercussão política e social fossem trazidas e discutidas pelo Poder Judiciário.<sup>16</sup> Trata-se da expansão de atuação deste poder sobre as instâncias políticas tradicionais, quais sejam: Executivo e Legislativo. No entanto, o Legislativo ainda teria a prerrogativa de grande debatedor das grandes discussões nacionais.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Segundo Habermas, “O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas”. Direito e democracia: *entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Bienen Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 246.

<sup>16</sup> Podemos citar alguns exemplos que demonstram um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária envolvendo decisões proferidas pelo Poder Judiciário de largo alcance político. Segundo Luiz Roberto Barroso, no Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em seu solo. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu sobre a regularidade da contabilização dos votos na eleição presidencial entre Bush e Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a legalidade da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e Argentina, seus planos econômicos tiveram sua validade discutida em suas Cortes Constitucionais. Para citar só estes. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 275/276.

<sup>17</sup> Segundo Alexandre Bahia, a Constituição de 1988 pensou o Congresso Nacional como sendo um dos órgãos de destaque da nova República, como arena central de debate e formação do direito, mas este, entretanto, manteve uma posição cômoda de coadjuvante. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. In: *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. Coord. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo [et al]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 105. Segundo Menelick esse é um dos grandes problemas para a efetividade da Constituição de 1988. Sem dúvida, ela pressupõe um legislativo atuante, pressupõe a formação de uma opinião pública capaz de limitar as autoridades constituídas. Uma opinião pública solidamente compartilhada pelos cidadãos acerca do sentido constitucional dos seus próprios direitos e deveres, bem como do poder-dever das autoridades constituídas.

Como é intuitivo, este fenômeno traz inúmeras consequências que precisam ser sopesadas. A principal delas, a transferência do *locus* de discussão das arenas tradicionais para dentro do procedimento judicial, o que tem alcançado alterações significativas não só na linguagem, na argumentação, mas, sobretudo, no modo como se propicia a participação social neste processo.<sup>18</sup>

Este referido processo de Judicialização evidencia uma tendência mundial.<sup>19</sup> De fato, o contexto pós-segunda guerra mundial, propiciou um avanço da justiça constitucional de uma extensão e profundidade jamais vista.

Tudo indica que este fenômeno tem como principal ingrediente a preocupação com as atrocidades cometidas pelos nazistas, especialmente contra as minorias étnicas e religiosas, emergindo uma profunda preocupação em torno da proteção dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

Percebe-se, então, que o modelo constitucional assumido pós-segunda grande guerra mundial tem a ver com o momento vivido anteriormente. Trata-se de período pós-ditatorial que alcançou a maior parte dos países que assumiram uma tratativa ampla acerca dos direitos fundamentais<sup>21</sup> como forma de barrar certas arbitrariedades anteriormente impostas e vivenciadas.

O período ditatorial se mostrou extremamente pernicioso para o cumprimento dos anseios sociais e por conta desta verificação pensou-se num Poder Judiciário forte que pudesse invalidar os atos dos outros órgãos cujo maior

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275/276.

<sup>19</sup> Não temos a pretensão de esgotar as causas deste fenômeno da Judicialização, até porque possui causas múltiplas e diversas interpretações sobre o tema. No desenvolver do texto vamos dar prioridades apenas àquelas que consideramos as mais importantes. Para Cappelletti isso seria fruto do agigantamento do Estado, promovido pelo modelo de Welfare State. Sadek defende que seria fruto da adoção do sistema presidencialista de governo. Outros assumem a posição de incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais e à consequente busca destas perante o “Estado-juiz”. In: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba. Juruá, 2008, p. 180/181.

<sup>20</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coord. Amaral Júnior, José Levi Mello do. Quartier latin, São Paulo, 2010, p. 142.

<sup>21</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coord. Amaral Júnior, José Levi Mello do. Quartier latin, São Paulo, 2010, p. 143.

intuito seria assegurar as liberdades públicas individuais e manter íntegro o regime democrático que nos foi tão caro.<sup>22</sup>

É certo que este fenômeno decorre de uma profunda desconfiança dos poderes instituídos, principalmente àqueles de natureza essencialmente política, como o Poder Legislativo e Executivo. Esse movimento depositou no Poder Judiciário expectativas não solucionadas adequadamente pelas instâncias político-representativas.

A restauração democrática possibilitou a inclusão dos objetivos políticos no texto constitucional como resposta, a já evidenciada, incapacidade de sua concretização por meio dos órgãos políticos. Imaginou-se que, com a transformação dos objetivos políticos em linguagem jurídico-constitucional, os direitos fundamentais estariam a salvo das arbitrariedades aplicadas no passado.<sup>23</sup>

Por meio deste processo, ficaria a cargo do Poder Judiciário concretizar tais direitos,<sup>24</sup> principalmente quando verificada a omissão no cumprimento de tarefas pelos outros poderes, haja vista que agora estas determinações comportariam a legitimidade deste poder por tratar-se de normas e não mais só de questões políticas. Surge o dilema de saber compatibilizar uma justiça constitucional no interior de regimes democráticos.

A constitucionalização abrangente de matérias de forma analítica e ambiciosa, então, significou trazer ao campo do Direito, matérias que eram, outrora, tratadas como sendo de Políticas Públicas, a cargo dos outros dois poderes, então, fora do alcance do Poder Judiciário. Inegavelmente, este processo acabou por reduzir a fronteira existente entre a política e justiça no mundo contemporâneo.<sup>25</sup>

E esta tendência chegou ao Brasil somente com a promulgação da nova ordem constitucional em 1988, de forma tardia, se considerar a maioria dos outros

---

<sup>22</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coord. Amaral Júnior, José Levi Mello do. *Quartier latin*, São Paulo, 2010, p. 145.

<sup>23</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coord. Amaral Júnior, José Levi Mello do. *Quartier latin*, São Paulo, 2010, p. 143.

<sup>24</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coord. Amaral Júnior, José Levi Mello do. *Quartier latin*, São Paulo, 2010, p. 143.

<sup>25</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 276.

países democráticos do ocidente, com o intuito primordial de frear as atitudes do Poder Executivo que se mostrava hipertrofiado e totalitário.<sup>26</sup>

Esta nova ordem constitucional alavancou o querido e necessário processo de redemocratização de nosso país, reavivando a cidadania ao prever de forma ampla os direitos fundamentais e instrumentos capazes de fazer valer estes direitos, cuja interpretação da Constituição ficaria a cargo do Poder Judiciário.<sup>27</sup>

Agora, não mais dependente para a concretização dos direitos fundamentais da conduta exclusiva dos órgãos políticos. As promessas cuja efetividade não se poderia exigir outrora do Poder Judiciário, agora assume, com a constitucionalização, uma característica própria decorrente do ordenamento jurídico, que é a possibilidade de alcançar sua coercibilidade, não ficando mais ao critério discricionário das autoridades políticas.<sup>28</sup>

A Constituição da República não só previu de forma extensa os direitos fundamentais, em comparação com as Constituições anteriores, como trouxe consigo os respectivos instrumentos processuais aptos para sua proteção. Além dos direitos individuais, trouxe a proteção, nos mesmos moldes, dos direitos sociais, econômicos e culturais que acabaram por exigir dos órgãos públicos investimentos e políticas que nem sempre são capazes de serem alcançados em face da evidente falta de recursos financeiros.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010, p. 15.

<sup>27</sup> Partimos do pressuposto de que ao Poder Judiciário foi dada a prerrogativa de intérprete precípua da normatividade Constitucional. Cumpre-nos saber, agora, até onde se esgota esta prerrogativa haja vista que não caberia a ele qualquer posição de superioridade em face da atuação dos outros poderes, que também, enquanto órgãos estatais legítimos, lhes caberiam à interpretação das normas constitucionais nos termos destas mesmas funções que lhes foram atribuídas legitimamente. Ou seja, qualquer alegação por parte do Poder Judiciário que eleve sua posição em relação aos outros poderes deve ser combatida em prol da necessária separação de poderes, essencial para qualquer sistema constitucional moderno. Entretanto, cumpre esclarecer ainda que, “a constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem [sic] compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a constituição vem romper”. Catoni de Oliveira apud NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Constitucional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 195.

<sup>28</sup> Não podemos nos esquecer da lição deixada por Norberto Bobbio desde “A era dos direitos”. O autor deixa claro sua preocupação acerca da consagração dos mais variados direitos e sua falta de efetividade. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Segundo Menelick a história do Direito Constitucional seria uma história de promessas não cumpridas, de promessas frustradas. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81/108, dez. 2003.

<sup>29</sup> Trata-se da teoria da Reserva do Possível que se justifica na alegada impossibilidade do Poder Executivo em implementar alguns direitos, ditos como fundamentais, sob alegação de que não

Mostra-se evidente, que a querida e necessária redemocratização ofertada pelo constituinte de 1988 acabou por fortalecer as esferas de atuação do Poder Judiciário, e a sociedade, agora, com os instrumentos processuais a seu alcance acabou por demandar o cumprimento dos direitos fundamentais.<sup>30</sup>

Com o processo de Judicialização alcançado pela amplitude de tratamento acerca dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, acabou por assumir atribuições que antes não lhe competia, pelo fato de que grande parte destas matérias constitucionalizadas hoje, não tinha este status anteriormente, o que inviabilizava a atuação deste poder.

Propiciou, inclusive, uma mudança de mentalidade e postura nos indivíduos quanto à exigência do cumprimento das normas, tanto nas relações entre particulares, tidas como horizontais, como nas relações verticais, desenvolvidas entre indivíduo e Estado.<sup>31</sup> Os indivíduos assumiram a condição de sujeitos de direitos e passaram a exigir o cumprimento dos mesmos. E ao Poder Judiciário

---

disporia de recursos financeiros suficientes para alcançar os desejos do legislador constituinte. Como se os direitos fundamentais estariam sujeitos a determinadas condições para alcançarem sua eficácia jurídica. No entanto, tal argumentação não alcançou efeitos absolutos. A proteção da eficácia das normas constitucionais não poderia ser afastada de forma generalizada, pelo simples fato de não existirem recursos financeiros suficientes. É como decidir a eficácia das normas jurídicas por aspectos eminentemente econômicos e isso afetaria a sua verdadeira e necessária autonomia. Estabeleceram doutrina e jurisprudência uma limitação à utilização deste instituto, ou seja, não caberia ao Estado a alegação de falta de recursos financeiros se o *bem da vida* objeto da demanda judicial se referisse àqueles direitos básicos que pudessem enquadrar na tipificação daquilo que se nomeou de “*mínimo existencial*”, sob pena de ser considerada, as normas constitucionais mais elementares, verdadeira letra morta.

<sup>30</sup> Segundo Dierle Nunes e Alexandre Bahia. “Os mecanismos de acesso à Justiça, tão bem sintetizados no relatório do Projeto Firenze, dirigido por Cappelletti, que deram a tônica de boa parte das reformas legislativas durante o final do século XX parece ter alcançado seu objetivo: trouxeram acesso. No entanto, com isso introduziram um problema, qual seja, o acesso defendido gerou o aumento exponencial de demandas e com esta a potencialização da questão em torno da celeridade. Assim, passa-se a uma nova fase: é preciso diminuir o acesso, primeiro aos Tribunais Superiores (v.g., com os mecanismos das Súmulas impeditivas de recursos, repercussão geral das questões constitucionais, Súmulas Vinculantes etc.) e mais recentemente até ao primeiro grau (art. 285-A do CPC Brasileiro)” *In: Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV, Ano III. Rio de Janeiro, 2009.*

<sup>31</sup> Existe uma discussão tanto doutrinária quanto jurisprudencial acerca da extensão de aplicação dos direitos fundamentais. Discute-se se os direitos fundamentais poderiam ser utilizados para fundamentação de um lide baseada num conflito entre particulares, sem a presença do Estado numa das partes da relação processual. Seriam os direitos fundamentais garantias dos cidadãos contra atitudes arbitrárias do Estado ou assumiria, também, uma possibilidade de utilização de seus fundamentos para se justificar uma ou outra posição numa relação eminentemente horizontal (entre particulares)? Por exemplo. Se uma pessoa vier a ser privada sua liberdade por conduta de outrem. Caberia a utilização do Habeas Corpus, conhecido instituto processual de proteção da liberdade de ir e vir ou bastaria à comunicação aos órgãos estatais para a tomada das providências pertinentes? Se a defesa passa pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais poderia, sim, ser utilizado o instituto do Habeas Corpus. Caso contrário, não. Caberia, apenas, a comunicação aos órgãos de segurança pública para a tomada das devidas providências haja vista a hipótese de configuração de conduta criminosas.

caberia a função precípua na efetivação destes direitos, claro, que de forma responsável<sup>32</sup> e sem desrespeitar os limites impostos pela separação de poderes e o próprio regime democrático.

Verifica-se, até o presente momento, que o fenômeno da constitucionalização é decorrente de um modelo constitucional e não por uma vontade política dos membros do Poder Judiciário. Se, na atividade jurisdicional, o juiz é chamado a decidir nos moldes legais, e para tanto, tiver que implementar algum direito fundamental,<sup>33</sup> deverá fazê-lo no cumprimento de seu dever constitucional, nos limites de suas atribuições. Entretanto, qualquer expansão injustificada desta atividade deverá ser combatida.<sup>34</sup>

A partir do momento que temos a previsão de um direito individual decorrente de uma prestação estatal disciplinada por uma norma constitucional, abre-se vista para utilização dos instrumentos processuais capazes de alcançar esta pretensão jurídica por meio de uma demanda judicial.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Cumpre salientar que, em busca de certa eficiência no sistema processual haveria duas formas opostas de consegui-la. A primeira delas é quando se prioriza o aspecto “*quantitativo*” onde a rapidez e redução de custos é o objeto assumido. A segunda vertente, tida por “*qualitativa*”, e se baseia na proteção essencial acerca da qualidade das decisões e consequentemente de suas fundamentações de acordo com os parâmetros técnicos processuais adequados ao processo constitucional. No Brasil, evidentemente, assumiram a primeira posição quando a primazia foi dada à eficiência processual baseada na celeridade alcançada pela alta produtividade judicial em detrimento a qualidade destas mesmas decisões. Basta verificar as decisões do Conselho Nacional de Justiça com a edição das metas a serem cumpridas pelos órgãos do Poder Judiciário.

<sup>33</sup> Segundo Alexandre Bahia, a jurisdição não é mais vista somente como atividade que promove a resolução de conflitos. Assume também um papel garantista de direitos fundamentais e implementador de espaços contramajoritários. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: Figueiredo, Eduardo Henrique Lopes (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.166/167.

<sup>34</sup> Cumpre salientar que, em determinados casos, excepcionalmente, caberia ao Poder Judiciário, em defesa dos direitos fundamentais, a proteção das minorias que não teriam espaço nas arenas públicas institucionalizadas para a busca de seus interesses. Claro que, sob a justificativa legítima de dar efetividade aos direitos fundamentais destes grupos descriminalizados. Neste caso, não verificamos uma atitude ativista, senão, uma conduta necessária e legítima para manutenção da integridade do sistema. Nada que afete a democracia, pois que, esta pressupõe, dentro de uma concepção contemporânea, o equilíbrio entre o constitucionalismo e a soberania popular cujo fundamento decorre do assumido Estado Democrático de Direito. Este tema será melhor tratado no terceiro capítulo.

<sup>35</sup> No Estado Democrático de Direito há uma grande preocupação não apenas com a declaração de direitos, sobretudo como garantir sua proteção, isso se considerarmos um histórico de violações que não mais se justifica. BAHIA, Alexandre Mello Franco; SIMIONI, Rafael Lazarotto. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequência*, nº 59, p. 61-88, dez. 2009.



Invariavelmente, o Poder Judiciário será chamado a discutir demandas cujas matérias são de relevante interesse e afetarão na concretude de algumas políticas públicas, agora, devidamente constitucionalizadas.<sup>36</sup>

Até o presente momento a análise se desenvolveu a partir da verificação do sistema constitucional nos moldes da separação de poderes. Cada um destes assume uma função típica e atípica. Mas, isso não é o bastante. Precisamos estabelecer uma análise a partir da verificação da crise que alcança as mais diversas instituições estatais, principalmente aquela adstrita ao Poder Judiciário.

Cremos que, a maior dificuldade hoje é estabelecer quais seriam os limites desta atuação por parte do Poder Judiciário tendo em vista a extensão de tratamento dado aos direitos fundamentais e a falta de cumprimento destas normas por meio dos poderes constituídos.

Surgem, então, discussões sobre o papel que se espera do Poder Judiciário, neste novo paradigma, acerca da sua função na efetivação dos direitos fundamentais. Deve(ria) ele assumir uma postura de protagonista?

## **1.2 - Ativismo Judicial: uma interpretação além do sistema constitucional**

Habermas sustenta que *a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo*.<sup>37</sup> Sob a ótica de uma teoria discursiva, os parâmetros teóricos para verificação de uma violação do princípio da separação de poderes tem a ver com uma análise acerca do tipo de

---

<sup>36</sup> Trata-se da denominada “Litigância de Interesse Público” (*Public Interest Litigation*) que se referia a atitude dos advogados americanos que procuravam por meio de ações judiciais promover uma verdadeira transformação social como a reestruturação de instituições importantes do governo, incluindo escolas públicas, hospitais de saúde mental, postos de saúde e prisões, afetando milhares de pessoas. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010, p. 11.

<sup>37</sup> Habermas, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bieho Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 233.

discurso que será utilizado. A partir desta análise é que se descobrirá ter atuado o Poder Judiciário de forma ativista<sup>38</sup> ou não.

Habermas faz uma diferença entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação. No discurso de fundamentação se permite a utilização dos mais amplos espectros de razões, tais como argumentos morais, éticos, políticos, religiosos e pragmáticos enquanto o discurso de aplicação permite uma análise do comportamento à luz de uma correção normativa.<sup>39</sup>

Nesse sentido, ao Poder Legislativo seria dado à tarefa, quando do cumprimento de suas atribuições, de utilização dos mais variados argumentos para se chegar a uma conclusão, exigindo, evidentemente, uma obediência ao princípio democrático. O Poder Judiciário, contrariamente, não poderá cumprir sua tarefa utilizando como argumentos decisórios, aqueles que envolvem aspectos morais, éticos, políticos religiosos ou pragmáticos sob pena de contrariar a própria separação de poderes.<sup>40</sup>

Então, numa perspectiva procedimentalista do direito, o ativismo judicial se caracterizaria quando o magistrado, no processo de argumentação, em vez de utilizar um discurso de aplicação, passasse, então, a fazer uso de um discurso de justificação em total contrariedade ao princípio democrático.<sup>41</sup>

O Poder Judiciário brasileiro tem experimentado, em determinados casos, posições claramente ativistas,<sup>42</sup> que de certo modo devemos estar atentos às

---

<sup>38</sup> As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana com a atuação proativa da Suprema Corte sob a presidência de Warren (1953-1969), e nos primeiros anos de Corte de Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressiva em matéria de direitos fundamentais, em especial em questões envolvendo negros. BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: Sampaio, José Adércio (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.315-345.

<sup>39</sup> “Em síntese, discursos de aplicação são discursos que partem de uma completa definição da situação, para depois relacioná-la com todas as normas aplicáveis, para só então escolher-se, dentre todas as normas potencialmente aplicáveis, a mais adequada à situação. A justificação da adequação é realizada então conforme critérios de orientação a consequências, sob a coerência garantida pelo pano de fundo do paradigma compartilhado intersubjetivamente pelos participantes do discurso” (...). SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico*. Curitiba. Juruá, 2014, pag. 547.

<sup>40</sup> SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte, Arraes, 2013, p. 183/184.

<sup>41</sup> Cumpre salientar que, segundo Habermas, numa concepção verdadeiramente pós-positivista a moral faz parte do direito, mas somente enquanto discursos de fundamentação.<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol.II, 2ª Ed. Trad. Flávio Bienen Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 2003, pag. 183.

<sup>42</sup> Streck defende que o STF na ADPF 132 atuou de forma ativista substituindo o poder legislativo na tarefa de conformar a constituição às novas realidades ao reconhecer nas relações homoafetivas

consequências que podem decorrer deste tipo de atuação.<sup>43</sup> Pelo menos, deve ser racionalmente analisado se tais condutas devem ser fomentadas ou não.

A discussão desperta tanta preocupação atualmente que o Ministro Celso de Mello, na posse do Presidente da Corte em 2008, Ministro Gilmar Mendes, chegou a afirmar que *“práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional”*. Já o Ministro Gilmar Mendes chegou a dizer que a Corte tem alcançado satisfatoriamente a realização dos direitos fundamentais.<sup>44</sup>

O referido Ministro, na mesma oportunidade chegou até mesmo a elucidar casos históricos onde foram julgadas questões polêmicas relacionadas ao racismo e ao anti-semitismo, a progressão de regime prisional, à fidelidade partidária, e ao direito da minoria de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquéritos, aborto, pesquisas com células-tronco e prisão civil do depositário infiel, dentre outros.<sup>45</sup> Isto demonstra a preocupação cada vez mais recorrente com a legitimação do Poder Judiciário neste novo quadro formado a partir de 1988.

Podemos considerar, então, uma atuação ativista sempre que o Poder Judiciário na alegação de aplicar os direitos fundamentais inovar na ordem jurídica

---

como entidades familiares muito embora a lei disponha proteção apenas às relações entre homem e mulher. Segundo ele: “é a Constituição (que não pode ser inconstitucional) que diz “união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”...! O que a lei deve facilitar é a conversão em casamento dessa relação entre homem e mulher...! É por isso que, em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador...! (...) não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” do constituinte (nem originário nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira constituição do B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juizes, aquilo que “indevidamente” – a critério do interprete – não constou do pacto constituinte. O Constituinte não resolveu? Chama-se o Judiciário (...) em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomás; BARRETTO, Vicente de Paula. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RE-CHTD) 1(2):75-83. Jul./dez. 2009, p.81.

<sup>43</sup> Este fenômeno tem relação com a alegada amplitude de poderes que foi dada ao Poder Judiciário, pela sistemática constitucional, principalmente, sem considerar a interferência nas atribuições dos outros poderes. Ou seja, considerar-se-á uma atitude ativista a legitimação auferida ao Poder Judiciário que lhe habilitaria a exercer uma interpretação cada vez mais pró-ativa, inclusive em matérias típicas dos outros, desde que haja uma norma, que a princípio pudesse, mesmo de forma indireta, justificar sua interferência por meio dos institutos processuais.

<sup>44</sup> Acesso ao inteiro teor: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/posseGM.pdf>. e <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/discursoCM.pdf>. Acessado em 15/03/2013.

<sup>45</sup> Acesso ao inteiro teor: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/posseGM.pdf>. e <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/discursoCM.pdf>. Acessado em 15/03/2013.

como característica da decisão e alcançar uma normatividade geral. Verificamos que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização das normas constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Deste modo, o ativismo judicial, assim entendido, poderá propiciar a expansão do Poder Judiciário fora dos padrões constitucionais, inclusive, alcançando uma retração das outras funções estatais em prejuízo à essencial separação de poderes.<sup>46</sup>

Segundo Barroso, podemos identificar uma conduta ativista por parte dos magistrados quando houver: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas no texto constitucional e quando necessário sem a manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos utilizando critérios outros que não aqueles previstos no ordenamento; e c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, em especial em matérias de políticas públicas.<sup>47</sup>

Devemos, então, considerar relevante algumas objeções para que este processo de judicialização não acabe afetando outros princípios básicos da República, que merecem igual destaque e proteção. Concentraremos nas seguintes objeções, por considerarmos as mais importantes, quais sejam: a) legitimidade democrática; b) Politização da justiça; c) Capacidade Institucional.

### 1.2.1 – Legitimidade democrática

Quando nos referimos à possibilidade do Poder Judiciário ingressar no campo que até pouco tempo atrás era restrito aos outros poderes – questões de política - o legislador constituinte, por meio da Judicialização de algumas matérias, possibilitou a ampliação de suas atribuições. O que permitirá também ao Poder Judiciário ingressar na proteção de direitos fundamentais em compensação da

---

<sup>46</sup> BARROSO. Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 279.

<sup>47</sup> BARROSO. Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 279.

omissão decorrente dos outros poderes. No entanto, a proteção dos direitos fundamentais deve ser pensada de forma a manter íntegro os mais diversos direitos fundamentais. Não se pode admitir a proteção de uns em detrimento de outros.

O que nos preocupa é definir até que ponto esta atuação, que a princípio possa parecer inofensiva, deve ser levada a cabo como justificativa de levar a sério os direitos na concretude das decisões judiciais sem violar a legitimidade democrática proveniente das decisões dos outros poderes, igualmente legítimos na definição de políticas.<sup>48</sup>

A incapacidade de concretizar certas determinações constitucionais por parte de um dos poderes, em face de uma crise institucional, pode ter uma infinidade de origens e consequências. Inclusive, pode, variavelmente, permitir ou até mesmo exigir que outra instituição assuma tal atribuição, em nome de uma necessária efetivação das obrigações estatais. Ou seja, se uma das funções estatais se mostra

---

<sup>48</sup> Cumpre salientar que os membros do Poder Judiciário não ingressam nos quadros estatais por meio de eleições. Não que tenhamos problemas com a forma de ingresso destes agentes. Desempenham um papel de extrema importância, a de preservar em primeiro plano os direitos fundamentais, inclusive substituindo as decisões proferidas pelos outros poderes haja vista ter a prerrogativa decisória quando da aplicação correta do ordenamento jurídico. Por este fato é perfeitamente possível que um órgão não eletivo, como o Supremo Tribunal Federal, por meio de um de suas decisões, decida de forma a invalidar uma decisão do Presidente da República ou dos membros do Congresso Nacional sufragadas por milhares e/ou até milhões de votos. Não se deve perder de vista que o magistrado, embora não eleito pelo povo, acaba por exercer um poder representativo decorrente deste. Está legitimado constitucionalmente a atuar no desempenho de sua função jurisdicional. Esta legitimidade, no entanto, só será acolhida nos moldes constitucionais a partir do momento que aquele entender o papel que exerce na República de modo a agir nos limites impostos pela Constituição Federal de 1988, em favor tanto do Constitucionalismo quanto da Democracia. A jurisdição constitucional bem exercida é mais uma garantia para a democracia do que um risco. Ronald Dworkin dispõe que os juízes no cumprimento de suas funções típicas não poderiam ser considerados legisladores no cumprimento de suas tarefas jurisdicionais, mesmo nos casos de falta de norma específica. Isto porque, não lhes caberia, na tomada de suas decisões, a utilização de argumentos de política, apenas argumentos de princípio. Compete ao Poder Legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos. Caso contrário, estaríamos autorizando-os a atuar com base em argumentos de política, ou seja, na busca pela decisão que melhor se adegue à vontade e aos objetivos da comunidade. É possível, inclusive, que por argumentos de princípio, o juiz decida de forma contramajoritária, desde que o faça com base em argumentos de princípio, mostrando que respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3ª Ed. São Paulo. Ed. WMF Martins Fontes, 2010, p. 132/135. Justifica-se, quando esta decisão seja fundamentada na defesa de direitos fundamentais, inclusive de forma contramajoritária, que tem como destinatários parte da sociedade que se encontra marginalizada ou desprovida de verem respeitados seus direitos. Mas, ainda assim, a vontade soberana é a vontade da maioria. E o constitucionalismo propiciaria um contrabalanço no sentido de não permitir que a maioria sufoque as minorias. Críticas quanto a esta atribuição assumida pelo Poder Judiciário são das mais variadas possíveis. A principal delas é que esta atuação não deixaria de ser antidemocrática pelo fato de que os juízes não representariam a vontade popular porque não seriam eleitos por este. Será que para uma sociedade ser considerada democrática é pressuposto a existência de um poder soberano e absoluto do Parlamento? Vislumbra-se o papel importante do Poder Judiciário em saber os limites desta atuação.

inerte no cumprimento de suas atribuições, acaba por deixar espaço para a atuação ativista por parte de outra instituição, ocupando, então, o vazio deixado.

No Brasil, particularmente, esse é um fator que interfere de forma decisiva para atuação ativista dos Tribunais, se considerarmos que o Congresso Nacional passa por uma crise não apenas de representatividade, mas, também, de legitimidade e, sobretudo de funcionalidade.<sup>49</sup>

O Judiciário, em alguns casos, supre certas omissões decorrentes da falta de normatividade decorrente da omissão do Legislativo, que insiste em não discutir questões atuais e necessárias.<sup>50</sup> Entretanto, o Poder Judiciário quando chamado a decidir, pela cláusula da vedação do *non liquet*, deve se pronunciar sempre que a demanda objetivar a discussão acerca de um direito individual ou coletivo constitucionalmente previsto.<sup>51</sup>

Há vários fatores que interferem na determinação desta crise de representatividade do Poder Legislativo. A título de exemplo podemos citar a opção pelo sistema constitucional brasileiro pelo sistema Presidencialista aliado ao fato de

---

<sup>49</sup> BARROSO. Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 280.

<sup>50</sup> Podemos tomar como exemplo, a decisão proferida na ADI 132, onde o Supremo Tribunal Federal, em defesa dos direitos fundamentais da minoria homoafetiva, acabou por conferir proteção judicial a esta parcela da sociedade, considerando-a como entidade familiar, sendo, portanto, possível à aplicação das regras referentes à união estável quando cumpridos os seus requisitos, que não mais exige a distinção de sexo. A regulamentação destas relações não foi trazida pelo constituinte, embora, evidentemente, constitui uma realidade que a sociedade vivencia. A falta de regulamentação exigiu que o Poder judiciário assumisse o papel de implementador dos direitos fundamentais até o Congresso Nacional assumir a responsabilidade que lhe compete. Embora exista divergência sobre o julgamento da ADI 4277/DF e ADPF 132 no que tange a assunção de uma postura ativista, acreditamos que o STF se utilizou de um discurso de aplicação segundo Habermas. Creemos que no caso em comento, os ministros da corte constitucional utilizaram argumentos de aplicação e não de justificação como querem alguns juristas. Se a vontade da maioria, neste caso em especial, coloca-se em posição de afetar a integridade física e psicológica de uma minoria socialmente vulnerável, negando-lhes o direito de livre pensamento e expressão, qual é o papel da Constituição? Deve refletir friamente a vontade das majorias ou apresentar-se como instrumento de equilíbrio para a proteção dos vulneráveis? O direito de ser diferente é expressão de liberdade, mas o direito à diversidade, ou seja, de que a individualidade seja respeitada é questão de dignidade. O reconhecimento da liberdade individual de expressar suas preferências sexuais é uma emancipação direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido é que a norma – Constituição – deve fazer-se presente.

<sup>51</sup> Alexandre Bahia chega a dizer, com base numa concepção de direito de Dworkin, que “a questão não é se o Tribunal profere decisões políticas, isto é, se há uma “judicialização da política” ou uma “politização do judiciário”, mas sim se o Tribunal profere suas decisões respeitando a integridade a partir de “argumentos de princípio” e não de “argumentos de política”. Os tribunais devem decidir sobre “que direitos as pessoas têm em nosso sistema constitucional” e não, como faz o legislador, sobre “como se promove melhor o bem-estar geral”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 274.

ter instituído a malfadada Medida Provisória, dando poderes legislativos ao Presidente da República, propiciando na prática um domínio do processo legislativo pelo Chefe do Executivo ao utilizar de maneira desastrosa esta prerrogativa.

Por outro viés, percebe-se que o Congresso Nacional não conseguiu, ainda, assumir o papel de destaque que a Constituição da República lhe reservou. Recusa-se a discutir temas polêmicos ou impopulares mantendo-se numa posição cômoda de coadjuvante. Neste espectro é evidente que a formação da vontade pública é colocada em segundo plano em total descompasso com as determinações constitucionais.

Segundo Alexandre Bahia:

O Legislativo insiste em se manter refratário em temas polêmicos e fraturantes; ainda não se deu conta de que, em uma democracia, tem papel de protagonista sobre as questões que afligem a sociedade. Os parlamentares têm de ter consciência de que representam “setores”, “partes” da comunidade – por isso são organizados em “partidos”; não são (nem devem ser) “neutros”. Ao contrário, devem se posicionar quando questões polêmicas são apresentadas.<sup>52</sup>

Os partidos políticos brasileiros devem se atentar para a necessidade de estabelecerem suas bases ideológicas que os tornem diferentes uns dos outros. Para tanto, devem deixar de lado a alegação de que a partir de fórmulas genéricas conseguirão o intento que lhes cabem. Permitem-se discutir política com simples alegações abstratas de defesa da educação, saúde, diminuição das desigualdades, lazer, etc. para não estatuírem um plano de defesa de interesse de forma concreta e facilmente identificável. E diante disso, as razões do voto ficam em relegadas a segundo plano.

Por meio desta definição de posições é que os eleitores podem, no decorrer da disputa eleitoral, saber quais daquelas propostas e interesses são os melhores. A partir desta diferenciação de posições sobre os temas relevantes, o legítimo detentor da soberania popular, poderá alcançar a receptividade daquelas propostas que mais se adéquam as suas pretensões.

Pelo que percebemos até aqui, o Congresso Nacional se recusa a tomar partido acerca de determinados pontos cruciais que aflige a sociedade. Quando isso

---

<sup>52</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: Figueiredo, Eduardo Henrique Lopes [et al.] (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 108.

acontece, às demandas de um poder omissor acaba por procurar respostas por outro viés.

No caso do Brasil, pela estrutura constitucional assumida aliada a omissão do Legislativo tem gerado o que se denominou de “litigância de interesse público”, onde se pretende propiciar mudanças sociais através da propositura de demandas judiciais, com base na defesa de um sadio Protagonismo Judicial.<sup>53</sup>

A referida litigância aponta para a credulidade de que a escolha de magistrados virtuosos poderia promover a efetivação das mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas necessárias. Como se o sistema dependesse para o seu bom funcionamento somente da escolha destes juízes. No entanto, caso a escolha não fosse a melhor poderia nos conduzir a resultados desastrosos.<sup>54</sup>

Segundo Alexandre Bahia, “(...) a judicialização serviria como técnica compensatória das deficiências das outras funções estatais (Executivo e Legislativo) em face de sua propaganda ineficiência e obscurece a crise institucional dessas funções.”<sup>55</sup> Ainda persiste no Brasil a ideia de que o juiz pudesse sozinho vislumbrar os impactos possíveis de suas decisões, sejam eles sociais, políticos e até mesmo econômicos, como se tivesse uma formação plural e toda infraestrutura para alcançar uma prestação jurisdicional qualitativa.

Não cabe ao Poder Judiciário deixar de decidir as matérias que lhe compete, como tem feito o Poder Legislativo, o que tem propiciado a discussão de diversas questões de relevante interesse nacional por meio da jurisdição. O que não se pode admitir é acreditar na falácia de que pode o Poder Judiciário sozinho, resolver os grandes e relevantes problemas nacionais.

Há quem diga que este fenômeno acaba por trazer consigo certo benefício, se considerarmos que as demandas da sociedade acabam por serem satisfeitas de

---

<sup>53</sup> Trata-se de uma estratégia que teve início nos EUA que visualizaram a possibilidade de por meio de um processo judicial alcançar certa transformação social não auferida por meio dos órgãos estatais políticos. Como se os juízes fossem, segundo suas características, os mais indicados para decidir acerca das grandes questões nacionais em face do conhecimento jurídico que detêm. No entanto, coloca-se em destaque a alegação de crise de representatividade haja vista que os membros do Judiciário não são os verdadeiros legitimados para, em regra, decidir acerca da normatividade, atividade típica do Poder Legislativo.

<sup>54</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; Nunes, Dierle; Bahia, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010, p. 12.

<sup>55</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José coelho. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 100, p.63, jan./jun. 2010.



alguma forma. Diga-se de passagem, que não se implementam segundo os parâmetros constitucionais, mas, de qualquer forma a sociedade tem experimentado, por meio de demandas judiciais, o respeito à exigências sociais que se mostrariam indispensáveis.<sup>56</sup>

No entanto, até mesmo quem enxerga algum ponto positivo neste fenômeno proativo de interpretar a Constituição vislumbra os graves efeitos colaterais decorrentes deste tipo de conduta, principalmente quanto à falta de legitimidade democrática, que não se desenvolve sem uma atividade política intensa e saudável. Para tanto, é preciso que o Congresso Nacional e o Executivo assumam suas posições, atuando segundo os propósitos constitucionais de maneira responsável de modo à (re)estabelecer sua credibilidade.<sup>57</sup>

As causas desta crise no Poder Legislativo são diversas e por demais complexas. Não se trata especificamente do objeto do presente trabalho esgotá-las. No entanto, uma delas tem tido interferência direta nesta relação de assunção de atribuições por parte do Poder Judiciário. Precisamos, talvez, de uma reforma política no sentido de fomentar a atividade partidária para que alcance autenticidade própria que lhes permitam fazerem *jus* as atividades que se prestam a desempenhar, como, pelo menos, tomar a iniciativa e partido nas questões de interesse nacional e de acordo com suas bases políticas e, não simplesmente, desconhecer os pontos críticos que merecem discussão.<sup>58</sup>

O processo de discussão destas matérias fraturantes deve ser deslocado do Poder Judiciário para a respectiva Casa onde os debates políticos possam resultar decisões que respeitem a devida e necessária representatividade democrática.<sup>59</sup> Por

---

<sup>56</sup> BARROSO. Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 282.

<sup>57</sup> Por pior que seja a atividade legislativa, ainda assim, se mostrará mais habilitada e legitimada no exercício de suas funções típicas. A assunção desta atividade, mesmo que apenas naqueles pontos omissos, por outro poder não resolverá o problema da representatividade. Pelo contrário, conheceremos outros problemas decorrentes desta assunção de atribuições com o estabelecimento de uma crise, agora, no campo de atribuições daquele poder que acabou por assumir determinada tarefa que não lhe competia a priori. Deve-se pensar em combater as causas deste crise e não pensar simplesmente no resultado da concretização das tarefas estatais assumidas.

<sup>58</sup> Grande parte dos partidos políticos e seus membros se recusam a discutir pontos relevantes para a sociedade com a justificativa de que não estariam preparados para tal desiderato. A isso se soma a evidência de que determinados assuntos poderiam interferir negativamente na futura captação de votos.

<sup>59</sup> Para driblar em parte a falta de representatividade decorrente das decisões provenientes do Poder Judiciário criou-se a possibilidade de realização de audiências públicas quando o julgamento da causa exigir. Outra constatação importante é a evidente notoriedade que teve a lei que trata da

mais problemas que o Poder Legislativo possa ter, mesmo assim manterá melhores condições para promover os debates necessários para se atingir o interesse social.<sup>60</sup>

A sociedade se mostra cada vez mais complexa, no sentido de atribuição e definição de interesses, o que faz surgir, em decorrência desta modificação, a assunção, por parte do legislativo, da devida e necessária regulamentação das relações jurídicas de modo a manter íntegro o sistema jurídico. Estas discussões, antes de chegarem aos tribunais devem passar pela arena pública própria e legítima para alcançar o consenso necessário por meio de um processo onde todos acordam sobre ele.

### 1.2.2 – Politização da Justiça

É sabido que, direito e política não se confundem. O que não se pode afastar é a alegação de que a linha divisória entre direito e política não é facilmente perceptível a ponto de tornar-se evidente. No entanto, devemos considerar que não cabe, de forma alguma, pelo menos numa visão pós-positivista, admitir que o direito permita ao interprete fazer escolhas livres segundo sua conveniência e oportunidade.

Uma decisão judicial jamais poderá ser política no sentido de permitir uma livre escolha do interprete, o que desnortearia a própria autonomia do direito enquanto estrutura que se organiza por meio de fundamentos normativos e não discricionários. Nas decisões onde a princípio possa parecer existir mais de uma solução plausível, o juiz deve se esforçar para descobrir a resposta correta.<sup>61</sup>

---

possibilidade de utilização de células tronco-embrionárias em pesquisas científicas pelo Supremo Tribunal Federal. Muito maior, se comparado com a votação da mesma no Congresso Nacional. O que se percebe, é existir uma troca de valores quanto à natureza destas ações realizadas. O locus de debate político deve ser feito perante as Casas legislativas enquanto os debates jurídicos no Poder Judiciário e não o contrário.

<sup>60</sup> Segundo Dworkin, os legisladores eleitos têm qualificações superiores para tomar decisões políticas. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3ª Ed. São Paulo. Ed. WMF Martins Fontes, 2010, p. 192.

<sup>61</sup> Utilizamos uma concepção de direito utilizada por Dworkin. Sustenta o autor a existência de uma única resposta correta para os casos em litígio. Caberia ao juiz à tarefa de descobri-la por meio de uma interpretação construtiva cuja base é os princípios de moralidade política. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3ª Ed. São Paulo. Ed. WMF Martins Fontes, 2010.

A discussão sobre a possível interferência da Política nas decisões judiciais já era preocupação trazida desde a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa. Naquela oportunidade havia grande e importante debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Este autor se mostrava contrário à existência da jurisdição constitucional sob a justificativa de que a pretensão de Judicialização da Política iria se transformar em Politização da Justiça.<sup>62</sup> Ou seja, o Direito passaria a decidir os casos *sub judice* a partir de elementos provenientes da Política, cuja prioridade é avaliar os custos e benefícios de determinada decisão, diferentemente do que preza o Direito, pela proteção e aplicabilidade dos direitos fundamentais, sem considerar os efeitos colaterais, inclusive, alcançando com suas decisões posições contramajoritárias.

E a presente tarefa do Poder Judiciário se diz mais efetiva na implementação dos direitos fundamentais quando age como legislador negativo<sup>63</sup> ao decidir sobre a constitucionalidade das normas. Se não existisse o poder de revisar a constitucionalidade das leis, a Constituição não se revelaria verdadeiramente suprema.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> BARROSO. Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2011, p.286.

<sup>63</sup> O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado um dos mais abrangentes do mundo, combinou dois sistemas diametralmente complexos e diferentes – americano e europeu - para criar o seu próprio. Por este modelo acolhido alcançamos uma extensa possibilidade dos órgãos do Poder Judiciário, de forma abstrata e concreta, a discussão acerca da validade das normas constitucionais. Previu a forma de controle incidental exercida por todos os seus órgãos e um controle mais restrito por meio de ação direta cuja atribuição coube apenas ao Supremo Tribunal Federal. Os termos amplos, vagos e imprecisos que prescrevem os direitos fundamentais e a complexidade dos casos que hodiernamente se apresentam diante dos tribunais acabam por exigir do aplicador do direito uma atitude muito mais complexa do que aquela de simples legislador negativo. Voltaremos a discutir sobre este assunto no capítulo IV.

<sup>64</sup> “Na reflexão de Kelsen, o controle de constitucionalidade das leis é o necessário correlativo jurídico da supremacia do ordenamento jurídico e do primado da Constituição. Como observa Kelsen, ‘uma constituição que falte a garantia do anulamento dos atos constitucionais não é, em sentido técnico, completamente obrigatória’. ‘A garantia jurisdicional, a saber, a justiça constitucional’, é por isso um meio técnico voltado ‘para assegurar o exercício regular das funções do Estado’, que, a partir da estrutura hierárquica do ordenamento e da ideia da legislação como ‘aplicação do direito’, se traduz na avaliação de ‘regularidade’ das leis, ou seja, da correspondência entre o grau inferior e um grau superior do ordenamento jurídico”. BONDIOVANNI, Giorgio. *Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920*. In Costa, Pietro; Zolo, Danilo (org.). *Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 408. kelsen chega a advertir que a aferição da constitucionalidade de leis por parte da Corte Constitucional com referência às cláusulas vagas e imprecisas que definem os direitos fundamentais, como o direito à liberdade e à igualdade, pode ser muito perigosa para a democracia, devendo ser evitada. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ªed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 169.

Por meio deste controle de constitucionalidade das normas brasileiras, o Supremo Tribunal Federal tem decidido diversas matérias de interesse nacional. Como já evidenciado, a maior parte destas decisões se limitou a atuar nos limites dos pedidos formulados, e mais do que isso, dentro das prerrogativas que lhes foram atribuídas pela própria Constituição. Ou seja, não tinha alternativa a não ser o conhecimento destas ações e ingresso no respectivo mérito haja vista ter cumprido todos os requisitos procedimentais. Agiu por bem no cumprimento da tarefa que lhe foi imposta.

No entanto, em alguns julgados, o mesmo tribunal, sob a alegação de cumprir os princípios e regras constitucionais acabou por extrapolar os limites de suas atribuições para a tomada de uma conduta ativista ao extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, chegando a alguns casos a invadir o campo de criação do Direito. Verifica-se que, esta ideologia assumida acaba por violar os mesmo princípios e regras anteriormente utilizados como justificativa desta atuação. Aqui, evidentemente percebe-se a interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros poderes.

A doutrina aponta como exemplo desta atuação, o caso emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança de nº 29988/DF, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes cujo objeto principal da discussão passava pela definição acerca da titularidade da vaga decorrente do processo eleitoral, se pertenceria ao partido político ou ao político.

A resposta a esta indagação influenciaria diretamente na atitude comum de alguns parlamentares que, sem qualquer justificativa política, optava por se submeter a outro partido. Ficou decidido que a respectiva vaga pertenceria ao partido político, por diversas razões que não nos cabe aqui adentrar. Fato é que, as críticas se concentraram no sentido de que esta decisão estaria a criar uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar além daquelas que a Constituição expressamente previu.<sup>65</sup>

Luis Roberto Barroso, na oportunidade deixou claro sua posição no sentido de que o Supremo Tribunal Federal estaria decidindo de forma atitude ativista, cuja

---

<sup>65</sup> Para maiores informações, segue o nº do julgado: MS nº 29988/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes/STF. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela Comissão Executiva Nacional do Diretório Nacional do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) contra ato da Câmara dos Deputados que convocou para a posse o 1º Suplente da Coligação e não do partido, o Sr. Agnaldo Muniz depois da renúncia do ex-deputado federal Natan Donadon.

consequência seria a criação de uma nova hipótese de perda de mandato não expressamente contemplada no texto constitucional e sem qualquer manifestação do legislador ordinário.<sup>66</sup>

Outro assunto que geraria atuação ativista por parte do Supremo Tribunal Federal seria a decisão referente à vedação do nepotismo em todas as esferas de poder, sob a alegação da proteção dos princípios da moralidade e da impessoalidade. O Poder Judiciário, por meio de uma súmula vinculante,<sup>67</sup> decidiu por proibir a contratação de familiares para ocupação de cargos nos quadros do funcionalismo público sem qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

É certo que, trata-se de um problema antigo que ainda persistia. Então, em nome da defesa do interesse público, o Supremo Tribunal Federal, vedou o nepotismo em todas as searas do poder com base no julgamento de um único caso. Ou seja, utilizou-se do referido instituto sem respeitar os devidos parâmetros normativos e estenderam os efeitos de sua decisão aos outros dois poderes.

Podemos citar outro exemplo de atuação ativista tomada pelo Supremo Tribunal Federal ao estabelecer imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, em especial na distribuição de terapias e medicamentos.

O Poder Judiciário tem se deparado com uma infinidade de demandas judiciais propostas por indivíduos com o objetivo de propiciar uma concretização de

---

<sup>66</sup> Tomando posição diametralmente contrária, Alexandre Bahia pontua o seguinte: “Uma boa notícia nesse sentido é a alteração na jurisprudência histórica do STF quanto à fidelidade partidária e a consequente edição de Resoluções no TSE sobre perdas de mandato decorrentes de mudança de legenda por parlamentares. O que o STF fez nada mais foi do que aplicar o regramento constitucional acerca dos mandatos parlamentares serem decorrência da atuação dos partidos políticos e não um bem “privatizado” de seus eventuais detentores. Principalmente no que tange ao sistema proporcional, onde a ênfase está na valorização dos partidos políticos e, logo, na difusão e proteção da diversidade ideológica que representam. Esta medida deve ser dimensionada não como um benefício aos partidos políticos (ou, menos ainda, àqueles que os controlam), mas sim, como um aumento da responsabilidade daqueles, pois que, detentores das cadeiras parlamentares, assumem o ônus decorrente de dar respostas àqueles que os elegeram. Em sociedades multifacetárias, o pluralismo partidário pode ser uma ferramenta valiosa para o constante desenvolvimento da democracia e da Constituição, por isso, medidas que valorizem os partidos políticos e lhes aumentem a responsabilidade são sempre muito bem-vindas”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José coelho. *In*: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 100, p.79, jan./jun. 2010.

<sup>67</sup> Súmula Vinculante nº 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal.

direitos prestacionais por parte do Estado. Utilizando-se da alegação de que o Poder Executivo não lhes propiciam o necessário para salvaguarda de sua saúde ou vida. A maior parte destas demandas judiciais tem como objetivo a prestação de algum medicamento ou tratamento, que por condições específicas dos autores, não conseguem acesso e este tipo de terapia ou medicação.<sup>68</sup>

Recorre-se, então, ao Poder Judiciário. Este substitui a Administração Pública no fazer políticas, o que pode significar um desvirtuamento de sua função se as decisões abrirem mão de discursos de (aplicação de) direito e passarem a se valer de discursos de (fundamentação, isto é, de) política.<sup>69</sup>

### 1.2.3 – Capacidade Institucional

Quanto à capacidade institucional, o Brasil como a maior parte dos países democráticos, se organizou em um modelo de separação de Poderes, ou melhor, de Funções. Trata-se das funções legislativa, administrativa e judiciária que, exercem de forma típica as respectivas funções, de criar o direito positivo, implementar estes mesmos direitos e oportunizar a prestação de serviços públicos e, por fim, aplicar o direito no caso concreto. Todos eles tidos como independentes e harmônicos entre si. Tanto é assim que exerce entre si um controle recíproco de modo a impedir a supervalorização de um sobre os demais em prol do equilíbrio do sistema cujas bases são a democracia e o constitucionalismo.

Em decorrência deste sistema de atribuição de funções pode parecer que cabe ao Poder Judiciário, em face da tarefa interpretativa precípua do ordenamento jurídico, a prerrogativa de decidir sobre todas as matérias importantes e relevantes do país. Como se tudo se resolvesse por meio de um procedimento judicial.

---

<sup>68</sup> Para maiores informações, segue alguns julgados que demonstram o entendimento do tribunal nos casos de requerimento de fornecimento de medicamentos e tratamentos direcionados ao direito à saúde. STF: Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47.

<sup>69</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. In: *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. Coord. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo [et al]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 110. Foi utilizada pelo autor uma concepção criada por Ronald Dworkin que acaba por diferenciar “questões de política” de “questões de direito” para auferir o âmbito de atuação do Poder Judiciário de forma legítima.

A primeira constatação, até mesmo intuitiva, decorre do sistema de separação de funções, que nos mostra que cada uma delas estaria mais habilitada do que a outra para tomada de determinadas decisões. Ou seja, cada uma destas três funções, indispensáveis, teriam suas próprias capacidades institucionais que lhes legitimariam na tomada de decisões de acordo com suas capacidades institucionais. Deste modo, conseguimos manter íntegro o modelo de separação de funções nos moldes que foi criado e eliminar possíveis condutas tendentes a criar um sistema de instâncias hegemônicas.

Partindo deste pressuposto, questões de índole técnica ou científica de grande complexidade, que envolva inclusive aspectos políticos, o Poder Judiciário não seria o mais habilitado para a tarefa de decidir. Nesse diapasão, deve, em determinados casos, manter as decisões dos outros Poderes, que teriam melhores condições técnicas e legítimas para alcançarem a resolução do conflito.

É certo que cabe ao Poder Judiciário, em conjunto com os outros, a tarefa de oportunizar a defesa dos direitos fundamentais. Não há uma defesa da volta à autorrestrrição judicial<sup>70</sup> para resolver os problemas decorrentes da atuação irrestrita por parte do Poder Judiciário. Pelo contrário, devemos estabelecer limites à atuação judicial para que este poder consiga alcançar a efetivação dos direitos fundamentais respeitando a separação de poderes e a soberania popular. Os direitos fundamentais são tão importantes quanto a manutenção da vontade soberana do povo, que se constitui essencialmente pela representação política.

Repita-se, dentre várias objeções, não estamos de nenhum modo defendendo a volta da autocontenção judicial. Muito pelo contrário, o que almejamos é tratar com responsabilidade o processo decorrente da “Judicialização da Política” em respeito a outros princípios fundamentais.<sup>71</sup>

### **1.3 – Autocontenção Judicial**

---

<sup>70</sup> Trata-se de conduta diametralmente oposta ao ativismo judicial. Neste caso, o Poder Judiciário se utiliza de uma interpretação restritiva para não interferir na tomada de decisão que importe qualquer verificação de assunção de responsabilidade de outros poderes.

<sup>71</sup> Voltaremos a discutir sobre o papel do Poder Judiciário numa democracia constitucional no decorrer do trabalho.

De outro lado, podemos fazer referência ao oposto do ativismo judicial, sua autocontenção. Esta forma de atuação corresponde com aquela conduta pela qual o Poder Judiciário, por meio de seus agentes e órgãos constituídos, procura de todos os modos reduzir sua interferência nas ações de outros poderes. Conduta diametralmente contrária àquela ativista. Insta salientar que, até o advento da Constituição da República de 1988 figurava no Brasil uma conduta eminentemente de autocontenção judicial. Restringia-se o espaço de atuação do Poder Judiciário nos casos que tratavam de matérias tipicamente políticas.<sup>72</sup>

Segundo Luis Roberto Barroso, podemos citar algumas características desta atuação: a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.<sup>73</sup>

Nesse sentido, a defesa na limitação do papel e das funções da jurisdição constitucional, por entender que o exercício do *judicial review* "importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento" ficou conhecida como doutrina da *self-restraint* ou doutrina da autocontenção judicial.<sup>74</sup>

Segundo Mello, podemos tomar como exemplo de autorrestrição judicial os seguintes casos: a) os limites processuais, por meio de "instituição de barreiras formais nos processos judiciais da jurisdição constitucional"; b) os limites hermenêuticos, em que prevalece o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, "sempre que for possível reconhecer nela uma compreensão adequada ao sentido normativo da constituição"; c) os limites funcionais que se desdobram em

---

<sup>72</sup> Nas palavras de Luis Roberto Barroso: "O oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos". BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, v. 2. N.21. jan./jun.2012, p.10.

<sup>73</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 280.

<sup>74</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 205.



discrecionalidade administrativa e discrecionalidade legislativa ou liberdade de conformação do legislador; e d) os limites temáticos, consistentes na doutrina da não justiciabilidade das questões políticas.<sup>75</sup>

Não cremos que a legitimação da decisão jurídica esteja com a defesa de certo tipo de Ativismo Judicial ou se passe pela volta de sua Autorrestrição. Precisamos de uma teoria que nos dê bases sólidas para conseguir elementos necessários para a manutenção de um sistema jurídico pautado na legitimidade da decisão jurídica e, isso só será possível quando a proteção dos direitos fundamentais se der de forma completa, ou seja, sem desrespeito a outro princípio igualmente importante, o princípio democrático.

A preocupação acerca da proteção de algum direito fundamental não pode se dar destoadada da proteção de outros direitos fundamentais. É preciso proteger a função típica do Poder Judiciário na concretude dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo compatibilizar a manutenção de limites de sua autoridade decisória em respeito à própria democracia, definida como forma de governo, onde a soberania é exercida pelo povo. É preciso, para se alcançar a legitimidade necessária, encontrar possibilidades de, ao mesmo tempo, proteger os direitos fundamentais na sua completude.

---

<sup>75</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 218/220.

## II - PROTAGONISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O aumento exponencial dos processos judiciais, principalmente de demandas tidas por repetitivas, tem exigido do legislador a modificação da legislação para propiciar uma resposta mais efetiva que possa responder a contento a crescente demanda. Percebemos que o agigantamento da produção judiciária e falta de preparo das instituições, o Poder Judiciário se mostra cada vez mais inoperante perante a tarefa assumida de grande resolvidor dos males da sociedade brasileira.

Chegou-se ao ponto de efetuarem reformas normativas das mais diversas possíveis, com o intuito, eminentemente, de alcançar certeza, igualdade formal, por meio da assunção de uma teoria de precedentes judiciais cada vez mais efetiva no nosso sistema jurídico, muito embora, totalmente destoadada daquela decorrente do sistema jurídico do *common law*. Ou seja, utiliza-se a teoria dos precedentes apenas naquela parte que se tem interesse, na busca de celeridade e não legitimidade.

A crise anteriormente anunciada e agora vivenciada não alcança apenas os Poderes Legislativo e Executivo. Acabou por alcançar também o Poder Judiciário. A crise se expandiu para as instituições públicas em geral. O Poder Judiciário não tem conseguido responder a contento as atribuições que lhes compete, muito menos, conseguiu alcançar a resolução dos problemas assumidos em prol da omissão dos outros poderes, mesmo com as reformas legislativas que priorizam celeridade.

Mesmo assim, mostra-se crescente a defesa por um Judiciário cada vez mais forte no compromisso de efetivação dos direitos fundamentais. Não que isso seja um equívoco. O problema se torna grave quando os critérios utilizados para alcance deste desiderato se mostram falaciosos pelo simples fato de acreditar que este poder pudesse sozinho alcançar este objetivo.

A sobreposição de um dos poderes sobre os outros acaba por violar todo um equilíbrio sistemático decorrente do princípio da separação de poderes. Sob a justificativa de proteção de direitos fundamentais violam-se outros, tão importantes quanto.

A compensação sistêmica, quando necessária, só deve ser usada quando indispensável para a manutenção do próprio sistema constitucional e não simplesmente para resolver problemas de acúmulo de demandas decorrentes da ineficiência judicial e da omissão dos outros poderes na implementação dos direitos fundamentais.

Vamos discutir no presente capítulo até que ponto o protagonismo Judicial está de encontro com a nova ordem constitucional e a partir desta análise poderemos ter mais elementos para fundamentar ou não uma atuação cada vez mais proativa por parte do Poder Judiciário.<sup>76</sup>

## **2.1- A crescente defesa em torno do Protagonismo Judicial**

Vimos que o segundo pós-guerra faz surgir uma nova concepção de Estado de Direito. Trata-se de uma fase sucessiva e complementar em relação à fase de feição eminentemente intervencionista de atuação estatal, que origina um novo modelo chamado de Estado Democrático de Direito.<sup>77</sup> Surge como reação a prática dos regimes totalitários derrotados na segunda grande guerra mundial suficiente para consagrar a democracia e a justiça constitucional como base do ordenamento jurídico.

Com a reorganização do sistema constitucional nesta nova concepção de direito, onde a preocupação central com a preservação dos direitos fundamentais e com a democracia se mostra central, o Poder Judiciário passa a assumir papel importante para a construção de uma sociedade nos moldes da Constituição da República de 1988.

Segundo Streck, os textos constitucionais passam a propiciar condições de resgate das promessas da modernidade, especialmente em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. A nova ordem constitucional traz consigo alterações substanciais no espaço público e na garantia de cidadania ao incorporar um papel

---

<sup>76</sup> Segundo Maus, “apenas um Estado de Direito cujo esquema de separação dos poderes repousa na estrita separação de funções entre a soberania e poder não é adversário da democracia, mas ao contrário, condição absoluta da possibilidade de democracia”. MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Coleção Conexões Jurídicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 139.

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 148.

simbólico prospectivo de “*manutenção do espaço vital da humanidade*,” evidenciando a função transformadora e revitalizadora das relações comunitárias.<sup>78</sup>

Com a existência de direitos constitucionais dependentes de políticas públicas por parte do Estado, os tribunais são chamados a interferir na realização e efetivação dos preceitos constitucionais. Diferentemente de um Estado liberal que agia de forma retroativa na declaração dos direitos, nesta nova perspectiva, trata-se de uma atitude prospectiva.

Entretanto, com esta nova roupagem, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito trouxe consigo teorias que se referem à força normativa da Constituição sem precedentes, inclusive, aquelas que ensejam uma espécie de ativismo judicial.<sup>79</sup>

Não se pode ouvir a tendência contemporânea de apostar numa espécie de protagonismo judicial para se alcançar a devida concretização de direitos. Defende-se, inclusive, um aumento dos poderes dos juízes em prol de uma melhora na atividade jurisdicional e, conseqüentemente uma maior efetividade na implementação dos direitos fundamentais. Como se a concretização dos direitos pudessem ser efetivados independentemente da colaboração dos demais poderes e da própria sociedade.<sup>80</sup>

O problema decorrente desta defesa de um sadio protagonismo judicial deve ser analisado numa perspectiva democrática. O fato de deslocar o problema da concretização dos direitos dos demais poderes e da sociedade em direção ao Poder

---

<sup>78</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 148.

<sup>79</sup> Numa perspectiva atual, a utilização destoadada de critérios racionais e legítimos dos princípios acaba por facilitar uma defesa em torno de um sadio protagonismo judicial. A maior parte das decisões judiciais tem feito uso de argumentos do tipo “ponderação de valores”, “proporcionalidade”, “razoabilidade” como meio para alcançar a tarefa decisória. Ocorre que, a utilização destes pressupostos acaba por justificar atitudes cada vez mais ativistas ao se basear na discricionariedade como meio legítimo para decidir. Como se o simples sopesamento entre fins e meios pudesse nos trazer alguma legitimidade haja vista ser possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos com soluções diferentes. Por isso tem-se mostrado uma preocupação com o manejo dos princípios e, mormente com este corriqueiro “sopesamento” até porque há certa dependência entre ponderação e discricionariedade. “Nesse universo, sempre há o risco das mixagens teoréticas, uma vez que, ao mesmo tempo em que se avança no sentido de afirmar que a interpretação não mais é um ato praticado “sem qualquer subjetividade”, admita-se, paradoxalmente, que a interpretação tenha a presença de “grande margem de vontade” do interprete”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 55.

<sup>80</sup> Estas críticas não representam, e nem poderia ser diferente, uma defesa de supressão da via processual para a obtenção de direitos fundamentais. Aqui se trata de função proeminente do Poder Judiciário e tem sido instrumento eficaz na efetivação destes mesmos direitos, inclusive, alcançando decisões contramajoritárias em proteção a grupos que não encontram espaço nas arenas públicas institucionalizadas.

Judiciário pode chegar ao que Habermas já havia se pronunciado como colonização do mundo pelo direito.

O ativismo judicial não pode ser tratado de forma superficial ao ponto de ser tratado apenas elencando seus pontos positivos: a busca pela efetivação dos direitos fundamentais.<sup>81</sup> A problematização decorrente de sua assunção deve ser vista de forma a justificar ou não seu fomento em *terrae brasiliis*.<sup>82</sup>

O que se verifica é o fato de que parte da doutrina e jurisprudência teria a falsa percepção de que o Poder Judiciário seria o mais indicado para assumir atribuições que a princípio não lhe competia, alcançando certa compensação sistêmica legítima. No entanto, num esforço incomensurável de seus órgãos, o Poder Judiciário não tem conseguido alcançar a tarefa assumida, mesmo com as exigências de produtividade e rapidez procedimental imposta.<sup>83</sup>

Visualizou-se na figura do Poder Judiciário o ideário de que poderia assumir mais esta atribuição, de garantidor das promessas e de engenheiro social.<sup>84</sup> Percebe-se uma busca pela implementação dos direitos fundamentais a qualquer custo.

A assunção de uma postura ativista alcança seu maior obstáculo na manutenção do princípio democrático. Ainda mais quando este ativismo está

---

<sup>81</sup> Numa interpretação ativista prega-se uma efetividade dos direitos fundamentais a qualquer custo sem se preocupar com o modo pela qual é exercida a respectiva atribuição, transformando a compensação sistêmica de atribuições sem limites.

<sup>82</sup> Expressão utilizada por Streck. Inclusive ao se tratar do modo como vem sendo tratado à figura do Ativismo judicial no Brasil, o autor se mostra preocupado, informando, inclusive, que o tema tem sido tratado como tabula rasa. Informa que nos Estados Unidos esta discussão remonta a mais de duzentos anos e mesmo assim proporciona, ainda, acirrados debates sobre o tema, devido a sua importância e consequência prática.

<sup>83</sup> BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e o STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 293 *et seq.* Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba. Juruá, 2008, p. 21. Acontece que a incapacidade do Estado em cumprir e aplicar as suas promessas se mostraria cada vez mais evidentes.

<sup>84</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória.. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010. Segundo Nunes “(...) precisamos repensar nossa situação jurídica e os discursos românticos da virtude e sensibilidade de nossos decisores, sob pena de com o rótulo de um idílico ativismo judicial se implementar uma verdadeira juristocracia, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba. Juruá, 2008, p. 17/18.

atrelado a uma natureza solipsista<sup>85</sup> que acaba por acreditar que os avanços da sociedade e do próprio direito passam a depender de posições iluminadas dos magistrados, sobretudo da suprema corte.

Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que já atravessa dois séculos, presentes, principalmente, numa concepção instrumentalista do processo, cujos pressupostos passam pela assunção de escopos metajurídicos ao exigir do juiz uma postura de protagonista, mesmo de encontro com a legislação.

Nessa concepção, o sistema jurídico acaba por depender da atuação efetiva dos juízes, sem a qual estes escopos não poderiam ser alcançados.<sup>86</sup> É como se estivéssemos fadados aos caminhos por ele (magistrado) traçados como sendo os melhores. Nesta perspectiva, espera do juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta.<sup>87</sup> Como se o magistrado fosse o canal privilegiado de captação dos valores sociais de modo a suprir as eventuais lacunas, além de determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.<sup>88</sup>

Esta forma de protagonismo judicial aposta na “boa escolha” do magistrado. Como a tarefa interpretativa se mostra discricionária, o sistema jurídico passaria, então, a depender de um juiz preocupado com a função que exerce, além de estar preocupado com os fins sociais de suas decisões.<sup>89</sup> Se houver um equívoco na sua

---

<sup>85</sup> Solipsista quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado. É ele que se “encarrega” de fazer a “inquirição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, estabelecerá a partir de sua consciência. É como se o conhecimento estivesse atrelado a experiências interiores e pessoais, como se mundo fosse controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é. Refiro-me a essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir. O mundo seria /é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso “feixe de sensações”. Ora, definitivamente, não é mais possível pensar, pelo menos atualmente, que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 60/61.

<sup>86</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 42.

<sup>87</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 42.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 43.

<sup>89</sup> Richard Posner defende que a decisão jurídica adequada não só pode, mas deve observar as demais exigências sociais implicadas no caso concreto, especialmente as exigências da eficácia econômica. A grande crítica a este pensamento é a perda completa da autonomia do direito. SIMIONI, Rafael Lazarotto. *Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e Democracia*. In: Constitucionalismo e Democracia. Og. Eduardo H. L. Figueiredo. Rio de Janeiro. Elsevier, 2012, p. 144. Como se a via jurisdicional e processual permitissem a *expertise* necessária na estruturação de políticas públicas. THEODORO JUNIOR,

escolha, a jurisdição não cumprirá o papel prometido.<sup>90</sup> Como se o direito dependesse, prioritariamente, da boa escolha dos magistrados.<sup>91</sup>

A magistratura parece ter assimilado bem esta postura. É notória uma defesa insistente dos juízes em deixar bem claro que o resultado de seus julgados nada mais seria do que produtos de sua consciência.<sup>92</sup> Ou, para ser mais claro, o entendimento exarado na decisão – fundamentação – corresponderia ao seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei.<sup>93</sup> Como se o parâmetro de legitimação

---

Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010, p. 47. Por sua vez, o pragmatismo, como concepção concorrente, advoga a tese cética de que as pessoas não têm direito a uma decisão coerente do judiciário. Diferente dos convencionalistas, cujo olhar é voltado para o passado, aqui, o olhar se dirige para o futuro, cabendo ao Judiciário desenvolver uma ficção – eles devem agir “como se” as pessoas tivessem esse direito, mas sua decisão deve assumir, na verdade, uma preocupação distinta: procurar concretizar decisões que revelem melhorias para a sociedade. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Direito e Justiça p.32. Mas o pragmatismo não apresenta nenhuma teorização acerca do que se deva entender como “melhoria” para a sociedade. Reduzidos a estratégia de custo-benefício pelo magistrado na hora de decidir DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Direito e Justiça, p. 186.

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32.

<sup>91</sup> De modo algum pode ser criticada a indicativa de melhoria na qualificação dos magistrados. No entanto, não podemos acreditar que o juiz sozinho e com as informações provenientes dos autos processuais, poderia de forma segura vislumbrar os impactos sociais, políticos e econômicos de sua decisão. Pelo menos nos moldes atuais da esfera processual e de infraestrutura isso não se mostra nem um pouco realista. Ainda mais se pensarmos que dos magistrados é exigida a todo o momento a comprovação de produtividade, inclusive, servindo de objeto indispensável para a consecução de promoção dentro de seus quadros. A realidade não lhes permite a análise de informações outras que não se encontram nos autos. Verifica-se esta tendência na iniciativa de exigir dos magistrados uma formação cada vez mais humanista. Nos concursos para ingresso na carreira de magistrados encontra-se previsto nos editais matérias próprias de formação humana. Não é suficiente o conhecimento de disciplinas técnicas próprias do Direito. CNJ - Resolução nº 75, de 12 de Maio de 2009.

<sup>92</sup> O direito não pode (e não deve ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. O direito não é o que o tribunal diz que ele é, muito embora se sustente no imaginário de parcela considerável dos operadores do direito. Sobre os efeitos sociais de sua decisão o magistrado não tem acesso a este tipo de informação ao ponto de poder influenciá-lo nesta tarefa jurisdicional. Até mesmo porque, talvez não seja de interesse de nenhuma das partes se imiscuírem nesta tarefa. Sem pensar que, embora provido destas informações, não está preparado para fazer uso delas de forma segura e racional conforme se espera. Tampouco, é possível responsabilizá-lo por esta tomada de decisão. Os membros do Poder Legislativo e Executivo terão suas decisões colocadas à prova quando do final de seus mandatos. Diferentemente dos membros do Poder Judiciário, que não se colocam sob a pressão popular para o desempenho de suas atividades institucionais.

<sup>93</sup> Num julgamento emblemático realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Humberto Gomes de Barros, quando da leitura de seu voto deixou claro estar ainda preso numa concepção de direito que se mistura numa concepção de positivismo exegético e o positivismo normativo de Kelsen: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam, assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça,

dos fundamentos da decisão não estivesse apegado à norma senão a sua própria consciência.<sup>94</sup>

A própria doutrina, sem cairmos em generalizações, se utiliza destes pressupostos solipsista que colocam a consciência ou convicção pessoal do julgador como métodos válidos de interpretação. Estas posições podem ser facilmente perceptíveis a partir de defesas como, “*se a interpretação fosse fruto da subjetividade judicial*”; ou como se “*se a interpretação nada mais fosse do que ato de vontade do juiz*”, ou seja, como “*se a interpretação fosse o produto da consciência do julgador*”.

Todas estas defesas que acabam por justificar uma postura solipsista por parte do julgador, própria do protagonismo judicial, consequentemente justificam a prática de discricionariedades, se enquadrando no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, onde a interpretação nada mais é do que um ato de vontade do juiz.<sup>95</sup>

A contradição deste tipo de argumentação é tamanha, que para assegurar a imparcialidade do Juiz, o faz detentor de completa independência ao ponto de não ficar sujeito, no momento de decidir, a nenhuma autoridade superior, nem mesmo ao disposto na norma.<sup>96</sup> Como se tivesse primeiro a solução e depois se buscasse a lei pra fundamentar, cujo limite já não é mais a norma, e sim, sua consciência. Justifica-se na busca pela legitimidade e segurança na tarefa interpretativa. No entanto, gera

---

e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros proferido no AgReg em REsp nº 279.889/AL, publicado no DJ 11/06/2001, STJ. Nos termos do voto proferido, se identifica uma espécie de solipsismo judicial que não se preocupa com a tradição, a coerência e a integridade do direito. Nas palavras de Streck é como se cada decisão partisse de um grau gero de sentido. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 26/27.

<sup>94</sup> É como se o juiz, no momento da função judicante não se subordinasse a nada a não ser sua própria consciência. É como se em plena vigência da Constituição da República de 1988, o resultado legítimo da decisão judicial estivesse limite apenas na consciência daquele julgador.

<sup>95</sup> Kelsen viu claramente que a tessitura aberta, indeterminada do Direito acabava por não garantir sua pureza. Na edição revista da Teoria Pura do Direito de 1960, o autor assume que sua teoria não teria como impor o quadro de leituras possíveis por ela estabelecido, pois, se um juiz, ao decidir uma questão, o fizesse fora do quadro delineado pela ciência, azar da ciência; ele é a autoridade, é ele quem manda. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81/108, dez. 2003, p. 31.

<sup>96</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 36.



mais insegurança por se pautar na discricionariedade e conseqüentemente não resolve o problema da falta de legitimidade.<sup>97</sup>

Acreditar que a decisão judicial é produto de um ato de vontade nos faz crer, invariavelmente, que a melhor aplicação do direito dependesse da vontade pessoal do próprio julgador, como se coubesse a ele decidir fazer ou não, além do modo como se estabelecerá a aplicação das normas. Como se a própria democracia dependesse desse agente para se realizar enquanto fundamento da República.<sup>98</sup> Como se a interpretação (aplicação) do direito estivesse nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, identificado como julgador. Trata-se de um pensamento já muito ultrapassado, o fato de considerar o juiz como porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo com poderes para além da lei.<sup>99</sup>

A defesa de um Protagonismo Judicial ganha mais adeptos a partir de um paradigma de *welfare state*, ao assumir, o Poder Judiciário, uma função compensadora dos déficits de igualdade material, já que o processo judicial surge como um meio de se alcançar transformações sociais.

Ao juiz se espera mais do que um conhecedor do sistema normativo. Espera dele, agora, uma formação diferenciada capaz de alcançar eficazmente a proteção dos direitos fundamentais. Como engenheiro social que se tornou nada mais razoável do que exigir dele, a partir desta nova atribuição, conhecimentos humanísticos, filosóficos e econômicos como forma de se alcançar a querida efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>97</sup> Não se mostra adequado, pelo menos numa concepção democrática de processo, o fato de delegar ao juiz o preenchimento conceitual das chamadas “cláusulas gerais”. Na legislação pátria a assunção desta concepção se mostra evidente, ao utilizar o novo Código Civil, das chamadas “cláusulas gerais”, normas que permitiriam aos juízes preencher seus espaços com base nas suas concepções ideologias em virtude de seu alto grau de abstração. Como se o sistema jurídico se tornasse aberto ao ponto de se concretizar a partir das convicções pessoais do julgador, numa espécie de “Código do Juiz”, onde este irá buscar dentro ou fora do sistema à devida fundamentação para sua decisão. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 47. Muito menos tentar estabelecer qualquer relação harmônica entre estas com os princípios constitucionais no sentido de justificar uma atuação do magistrado baseada numa concepção ideológica no sentido de manter um sistema cada vez mais vivo e coerente com os anseios sociais imaginados por ele. Como se a própria constituição permitisse ser aplicada, nestes termos, à revelia do processo legislativo regulamentar. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 48.

<sup>98</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 39/40.

<sup>99</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 41. É como se a interpretação dependesse de fruto de uma análise literal cuja interpretação judicial ficaria a critério do juiz em escolher aquela que melhor se adequa ao caso concreto cujo limite já não é mais a norma e sim a consciência do julgador, como se ele pudesse sozinho alcançar estes objetivos.

O sistema jurídico passa, então, a depender de um “bom juiz” para o alcance da efetivação dos direitos fundamentais e isso seria mais efetivo na medida em que este fosse provido de uma sabedoria incomum. Como se a melhor escolha do magistrado repercutisse diretamente na melhoria do sistema jurídico. O processo de interpretação do direito passou a depender de uma boa escolha dos magistrados e não de uma prática voltada pela construção de uma teoria adequada que oportunizasse a efetividade dos direitos fundamentais de forma legítima e sem prejuízo de outros fundamentos normativos.

Cresce ainda mais um discurso acerca do Protagonismo Judicial como forma de se alcançar uma efetividade dos direitos fundamentais. Há uma formulação de um papel cada vez mais ativo do magistrado, detentor de um suposto privilegio cognitivo, que justificaria deixar em suas mãos as decisões das mais relevantes possíveis, sem se preocupar com a verificação de legitimidade da jurisdição. Considera-se sobrevalorizada o papel da magistratura em prejuízo a formação de vontade proveniente dos outros poderes.<sup>100</sup>

Surge daí um problema que nos parece central. Quais seriam os limites atribuídos à decisão judicial, quando utilizados estes pressupostos decisionistas que acabam por permitir uma atuação quase que “construtiva” por parte do magistrado na tarefa jurisdicional? A defesa de uma teoria baseada na vontade do interprete como meio de se alcançar uma adequada interpretação não geraria mais arbitrariedades?<sup>101</sup>

Em determinados casos, justifica-se certa posição de cautela e deferência por parte do Poder Judiciário nas situações que evidenciar efeitos sistêmicos capazes de gerar uma desastrosa interferência na seara de domínio de outros poderes.

Segundo Luis Roberto Barroso:

---

<sup>100</sup> Se assim fosse, nada mais seria do que uma autorização expressa para uma atitude ativista por parte do magistrado, cuja consequência poderia levar a um descontrolado decisionismo, numa tentativa de integrar o sistema a custo do afastamento de outros princípios tão importantes quanto.

<sup>101</sup> O terceiro capítulo tem como objetivo tratar dos limites da atividade jurisdicional numa democracia constitucional. Neste capítulo surge a necessidade de problematizar o Protagonismo Judicial numa tarefa interpretativa e suas complicações na assunção de uma postura voltada para a supervalorização do Poder Judiciário. Vamos nos ocupar de uma crítica a esta forma interpretativa ativista dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito. O Protagonismo judicial só se mantém numa concepção de direito sob o enfoque positivista. Defenderemos a assunção de uma Teoria da Moralidade Política como forma de se alcançar a querida e necessária legitimidade da prática judicial, afastada de qualquer elemento discricionário, onde se prega a limitação de atitudes ativista por parte do Poder Judiciário.

O Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.<sup>102</sup>

Pergunta-se, ainda, qual seria o fundamento de, em plena democracia e de produção democrática do direito, delegar para o juiz esse poder discricionário? Essa defesa remonta o paradigma da subjetividade ao não se preocupar com a admissão da discricionariedade para legitimar a tomada de uma ou outra posição. Onde se encontraria o aspecto democrático?<sup>103</sup>

Como se não bastasse, o aumento exponencial das demandas judiciais tem gerado uma crise sem precedentes na atividade jurisdicional. Surge, então, a preocupação com resolução das infindáveis demandas de forma que se respeite o devido processo legal e a duração razoável do processo mediante reformas pontuais no procedimento. Passaremos a discutir as posições adotadas pelo constituinte para alcance deste desiderato de forma a manter uma legitimidade do sistema processual.

## 2.2 – Por uma adequada prestação jurisdicional

Na tradição do *civil law*, como é o caso do Brasil, a jurisprudência está autolimitada à lei na medida em que prevalece o sistema do direito escrito. Apenas em alguns casos restritos é que justificaria a atuação do Poder Judiciário a se

<sup>102</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2011, pg.288.

<sup>103</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 44. Segundo Lenio Streck: “O que é importante ressaltar aqui é o que o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do interprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 19.

desvencilhar de algum modo do texto legal, como por exemplo, nos casos de declaração de inconstitucionalidade e por critérios de resolução de antinomias.<sup>104</sup>

Nestes moldes, a jurisprudência teria força normativa inferior pelo fato de não termos uma cultura ou determinação legal no sentido de respeitar os precedentes judiciais. Por conta desta especificidade, seriam fontes frágeis pela possibilidade de modificação de entendimento a qualquer momento sem grandes divagações acerca do tema.<sup>105</sup>

Não que no sistema jurídico do *common law* seria permitido irrestritamente desrespeitar os parâmetros legais. Certo de que há certa flexibilização haja vista que a lei não é a única fonte do direito. Nesta tradição jurídica a Jurisprudência figura como fonte do direito ao lado de toda a legislação.<sup>106</sup> A dimensão da eficácia do precedente tem relação com a intensidade da influência que exerce sobre a decisão de um caso futuro.<sup>107</sup> O ponto de referência normativo no âmbito da *common law* é exatamente o precedente judicial, enquanto que no *civil law* o precedente geralmente é dotado apenas de força persuasiva.

Este fenômeno de formação legislativa do Direito nasce sob a figura do Estado Moderno a partir da máxima de que norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa.

Foi onde as grandes codificações encontravam seu maior valor na formação do ordenamento jurídico, de modo que a lei é considerada como única fonte de legitimação do Direito. Isto, em grande parte, se justifica no sentido de que a lei decorre da soberania popular e que o processo de codificação do Direito poderia

---

<sup>104</sup> ABBoud, Georges. *Precedente Judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. Direito Jurisprudencial. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Ed. RT, 2012, p. 506/507. Considerações que se justificam numa concepção positivista do direito.

<sup>105</sup> Na tradição jurídica do *civil law* pouco se pensou acerca da utilização dos precedentes judiciais como fontes formais do Direito. Eram no mais das vezes utilizados como fontes subsidiárias relegadas ao segundo plano no caso de lacuna da lei. Então, de um lado encontramos o sistema anglo-saxão (*common law*), cuja maior premissa é aceitar os precedentes judiciais como fontes primárias do direito. De outro lado, o sistema romano germânico (*civil law*), que na sua origem, estabeleceu que a lei seria fonte única de formação do direito. Os precedentes judiciais figurariam aqui apenas como fontes de conhecimento, e por conta disso, fonte subsidiária. Ou seja, os precedentes figuram em qualquer sistema jurídico de especial importância. O que os diverge, proeminentemente, é o grau de eficácia que possui em cada sistema.

<sup>106</sup> ABBoud, Georges. *Precedente Judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. Direito Jurisprudencial. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Ed. RT, 2012, p. 507.

<sup>107</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. Direito Jurisprudencial. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 99.

alcançar segurança e igualdade quando da aplicação da lei ao caso concreto, haja vista que a lei possui como um de seus grandes atributos a generalidade de sua aplicação. Trata-se de uma concepção clássica do positivismo continental onde a jurisprudência relegava a um papel de mera fonte de conhecimento.

Um dos grandes desafios atuais para a ciência jurídica contemporânea, nos sistemas jurídicos de tradição continental, é estabelecer sua relação com a teoria dos precedentes judiciais e como será exercida sua influência na prática judicial.

Os sistemas jurídicos pertencentes ao chamado *civil law* estão tendo que enfrentar a necessária incorporação do precedente judicial ao catálogo das fontes do Direito para resolver problemas antigos de legitimidade e segurança. Para tanto, a mudança de paradigma se mostra indispensável. O positivismo jurídico por meio do processo de Codificação do direito já não mais consegue, por si só, alcançar a segurança dos julgados que em outros tempos prometia.

A complexidade das relações humanas e as transformações sociais não são solucionadas a contento pela simples aplicação da lei ao caso concreto. As relações intersubjetivas se tornaram muito mais complexas. O processo de interpretação do direito, baseado exclusivamente na lei, já não consegue mais resolver com segurança e legitimidade as demandas que lhes são postas. A atividade dos sujeitos envolvidos no processo judicial se torna cada vez mais importante para a efetivação dos direitos fundamentais a partir do momento que a jurisdição assume a tarefa de implementação destes direitos.

Surge no Brasil uma crescente defesa em torno da assunção de uma teoria dos precedentes judiciais, na tentativa de resolver os grandes males que assolam a jurisdição, principalmente quanto à preocupação acerca da legitimidade e respeito à duração razoável do processo. Uma solução se considerarmos que os direitos fundamentais não estariam sendo efetivados por conta de uma prestação jurisdicional lenta, ilegítima e desprovida de qualquer eficácia.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Certo de que o Brasil tem demonstrado a intenção de utilização dos institutos próprios do *common law*. Esta evidência decorre das reformas pontuais que direcionam para a busca de uma “Teoria dos Precedentes” cuja maior justificativa, pelo menos deveria ser, dar mais legitimidade e racionalidade às decisões judiciais. Segundo Dworkin precisamos construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 182.

Com um aumento exponencial da atividade jurisdicional brasileira<sup>109</sup> (litigiosidade em massa e repetitiva) exigiu-se a criação de instrumentos processuais capazes de alcançar este dimensionamento e manter o sistema judicial íntegro a estas novas mudanças. Surge, então, no horizonte a possibilidade de aplicação da jurisprudência como fonte imediata de aplicação do direito.<sup>110</sup>

O aumento da atividade jurisdicional no Brasil é um fato que não pode ser desconsiderado, especialmente aquele de índole repetitiva. A utilização de uma técnica de padronização decisória, onde o precedente judicial funciona como fonte do direito, foi pensada como forma de amenizar o problema de acúmulo de demandas repetitivas e ao mesmo tempo alcançar benefícios como a segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo.

No entanto, a utilização da teoria dos precedentes judiciais tem gerado tanto aplausos quanto críticas. Resta-nos, a princípio, estabelecer algumas premissas acerca do modo como está sendo interpretada e aplicada a teoria dos precedentes judiciais no Brasil a ponto de saber se está ou não condizente com os direitos fundamentais ao ponto de justificar sua utilização.<sup>111</sup>

Em busca de certa eficiência do sistema processual, considerando o acesso amplo dado a jurisdição propiciada pela constitucionalização abrangente, surge duas formas opostas de utilização dos precedentes judiciais, que não buscam necessariamente alcançar legitimidade e duração razoável do processo. A primeira delas é quando se prioriza o aspecto “quantitativo”, onde a rapidez e redução de

---

<sup>109</sup> As reformas processuais, preocupadas com a duração razoável do processo, devem, no entanto, alcançar meios legítimos de resolver os problemas decorrentes da ampliação da atividade jurisdicional de forma a manter a legitimidade proveniente do modelo processual constitucional tratando dos três tipos de litigiosidade que se mostram evidentes, quais sejam: a) individual, b) coletiva e c) em massa ou de alta intensidade. A litigiosidade individual envolve lesões e ameaças a direito isoladas, enquanto a litigiosidade coletiva envolve os direitos coletivos e difusos cuja legitimidade é atribuída a órgãos e entidades de caráter representativo como o Ministério Público e associações. Por fim, a litigiosidade em massa se dá quando há a propositura de ações repetitivas que possuem como base pretensões que apresentam questões jurídicas ou fáticas comuns, mesmo mantendo certa especificidade se consideradas, isoladamente, cada pretensão. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o *civil law* e o *common Law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010, p. 24.

<sup>110</sup> Há uma tendência contemporânea nos países de modelos jurídicos de *civil law* a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial. Há, inclusive, uma indicação inversa, no sentido que os países de tradição *common law* estariam em efetivo processo de codificação sem desprezar a força dos precedentes.

<sup>111</sup> No entanto, o que se tem percebido é que nos moldes em que está caminhando esta tendência, em especial no Brasil, a preocupação se limita na criação de normas que possam inviabilizar a discussão dos casos levados a juízo a fim de conseguir mais agilidade e eficiência na atividade jurisdicional ficando em segundo plano a busca por legitimidade racional das decisões.

custos é o que prevalece. A segunda vertente, tida por “qualitativa”, se baseia na proteção essencial acerca da qualidade das decisões e, conseqüentemente, de suas fundamentações de acordo com os parâmetros técnicos processuais adequados ao processo Constitucional.

No Brasil, tudo indica termos feito a escolha pela primeira opção. A partir do momento em que se prioriza a eficiência processual baseada na celeridade alcançada pela alta produtividade judicial em detrimento da qualidade destas mesmas decisões. Basta verificar as recentes modificações legislativas e as decisões provenientes do Conselho Nacional de Justiça, ao estabelecer metas a serem cumpridas pelos órgãos do Poder Judiciário.<sup>112</sup>

Tomemos por exemplo os artigos 476<sup>113</sup> a 479<sup>114</sup> do Código de Processo Civil. A finalidade destes dispositivos é a de provocar o pronunciamento do Tribunal acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica nos casos de evidente divergência interpretativa acerca de determinado tema. No caso de reconhecida divergência, a maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal declara a interpretação a ser observada, afastando aquela que derivou a divergência, constituindo a partir daí um precedente que deverá ser respeitado nas decisões futuras dos Tribunais.

Outro exemplo é o art. 557<sup>115</sup> do CPC, que determina a possibilidade de qualquer recurso ser indeferido de plano pelo relator, quando o fundamento da

---

<sup>112</sup> O sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo. RT. Vol. 189, novembro de 2010, p. 16.

<sup>113</sup> Art. 476. “Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”.

<sup>114</sup> Art. 479. “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”.

<sup>115</sup> Art. 557 do CPC: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. § 1º-A: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”. § 1º: “Da

irresignação colidir “*com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”. Trata-se da súmula impeditiva de recurso.

Como se não bastasse, o § 1º do mesmo art. 557 dispõe que, se porventura “*a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso*”. Neste caso, a decisão monocrática do relator passa a substituir o tradicional julgamento colegiado de segundo grau.

As normas supracitadas demonstram a tendência de uniformização decisória sob a premissa da teoria dos precedentes judiciais, própria dos sistemas jurídicos do *common law*. No entanto, as inovações legislativas, nos moldes verificados, utilizam a Jurisprudência dos Tribunais Superiores como meio de encerrar os debates e não como ponto inicial para início de discussão acerca dos fatos e fundamentos, de modo a estabelecer, com a devida argumentação, se o caso *sob judice* se submete às mesmas regras aplicadas no caso precedente. Trata-se de uma definição de tese jurídica sem deixar azo para qualquer discussão fática que evidencie não tratar este caso daqueles que decorreram da criação da referida jurisprudência.<sup>116</sup>

Parece-nos que a preocupação se limita a alcançar um exclusivo marco de eficiência do sistema do que legitimar a padronização decisória por meio de um procedimento que viabilize ampla discussão acerca dos fatos e fundamentos do direito, em total desrespeito ao modelo constitucional de processo.

Dos maiores problemas enfrentados pela Jurisdição no Brasil, nos parece que a simples rapidez na solução dos conflitos, por meio de critérios simplistas, sem se preocupar em manter vivo o espaço de discussão, não é aquele assumido pela Constituição da República de 1988, ao estabelecer ao processo elementos essenciais e indispensáveis para a legitimação de qualquer decisão jurídica.

Para tanto, a defesa em torno de uma rápida prestação jurisdicional aliada a uma concepção de direito positivista acabou por trazer consigo, uma margem

---

decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”.

<sup>116</sup> Cumpre salientar que o almejado processo em tempo razoável não pode se resumir na busca por uma solução rápida das controvérsias com o mínimo de atividade jurisdicional. Esta atitude leva a um desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão ao considerar o processo um entrave e não um meio de se alcançar a devida efetividade dos direitos fundamentais. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, Juruá, 2008, p. 43.



discricionária, que a princípio pode se mostrar inofensiva, ao depositar na magistratura a tarefa efetivadora dos direitos fundamentais a qualquer custo, com a falsa percepção que isto seria mais indicado do que pensar em instrumentos efetivos para alcançar a devida contribuição dos outros poderes.

Estamos construindo uma decisão judicial onde o resultado nada mais é do que uma repetição de julgados anteriores sem maiores preocupações com a devida fundamentação. Os juízes de primeiro grau são cada vez mais influenciados em decidir conforme vem decidindo os Tribunais, simplesmente repetindo os termos dos julgados sem maiores digressões acerca da fundamentação devida.

A cada caso concreto, por mais semelhantes que possam parecer, ainda mantém certo grau de especificidade que justificaria uma análise pormenorizada acerca das provas e fundamentos que se pautam a decisão. Como se passássemos a discutir teses e não mais causas. Como se a justiça se fizesse agora por atacado. Estas atitudes só fortalecem a teoria de que se deve apostar na figura do julgador para a resolução de um aumento de litigiosidade desenfreado, sem se preocupar com a manutenção de um sistema pautado pela proteção do devido processo legal.

A alta produtividade judicial baseada numa efetividade normativa com um mínimo de garantias constitucionais, permitindo, inclusive, atenuações do devido processo legal, pode gerar um afastamento de uma estrutura constitucionalmente adequada. Não nos parece que soluções práticas como estas, pela busca de produtividade a qualquer custo, se mostra racional sob o ponto de vista da adequação constitucional.<sup>117</sup>

Não que as alterações legislativas não devam buscar resultados práticos para a melhoria da aplicação da tutela jurisdicional. Mas, esta busca não se justifica quando violar qualquer direito fundamental.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Nos últimos 20 anos o sistema processual brasileiro passou por diversas reformas processuais. A mera alteração legislativa não resolve os problemas atribuídos à demora de se ter um provimento judicial. Deve se ter uma preocupação com a própria infraestrutura do Poder Judiciário que acaba por depender também da mudança de mentalidade de todos os técnicos jurídicos de forma a atacar os verdadeiros problemas causadores da demora processual. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, Juruá, 2008, p. 42/43. Isso se deu em grande parte pela falsa percepção de que somente com a atualização legislativa resolveríamos nossos maiores problemas decorrentes da atuação jurisdicional. Como se estas modificações fossem suficientes por si só para alcançar a querida celeridade e legitimidade para a resolução dos conflitos que aumentam a todo o instante. Precisamos sim de reformas processuais. No entanto, estas devem se preocupar com a legitimidade do sistema processual e que a simples modificação legislativa não é o suficiente.

<sup>118</sup> Uma destas soluções práticas tem a ver com um fortalecimento dos poderes judiciais na busca de uma efetividade dos direitos fundamentais. O problema surge quando se acredita que o magistrado

As alterações encampadas pelo Código de Processo Civil têm a finalidade clara de diminuir não só o espaço de discussão objeto do litígio. Tem a pretensão de reduzir o número de recursos e consequentemente resolver os problemas decorrentes do aumento da litigiosidade. No entanto, estas reformas podem, ao revés, acabar por gerar mais recursos e como se não bastasse ferir mortalmente a legitimidade do sistema jurídico que prega pelo respeito ao devido processo legal.

Vejamos a redação dada aos artigos 544<sup>119</sup> e 557<sup>120</sup> que acabaram por aumentar os poderes do Relator, que pode sozinho, auferir a admissibilidade dos recursos que lhe são endereçados ao Tribunal como, também, possibilidade de proferir julgamento de mérito. Além de criar mais um recurso - Agravo contra o juízo negativo do relator –, consequentemente tornou o procedimento menos célere.<sup>121</sup>

O que percebemos é uma tentativa de centralizar e acelerar a todo o custo a jurisdição em total desrespeito às garantias processuais dos cidadãos em litígio,

---

pudesse sozinho, alcançar esta querida efetivação e sem maiores problemas tanto de racionalidade e legitimação. Surge, então, uma: "(...) credulidade na ideia salvacionista do órgão julgador, pois esse, atuando e obtendo um respaldo institucional de "protagonismo", poderá construir provimentos solitariamente, sem o respaldo da contribuição dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem o respaldo técnico do processo, uma vez que a busca de rapidez procedimental conduz à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e cancelam o solipsismo judicial". NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, Juruá, 2008, p. 48.

<sup>119</sup> Art. 544. "Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010) § 1º O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido. § 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental. § 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei no 11.672, de 8 de maio de 2008. § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal".

<sup>120</sup> Segundo o art. 557 caput e § 1º - A do CPC compete ao relator fazer o juízo de admissibilidade, mas também reconhecer procedência ou improcedência do pedido recursal quando, respectivamente, a decisão recorrida ou o recurso, estiverem em confronto com Súmula ou jurisprudência dominante. Da decisão do relator em não conhecer ou julgar improcedente o recurso caberá Agravo para a Turma (§ 1º). O art. 544 do mesmo *Codex* dispõe sobre o cabimento de Agravo contra a não admissibilidade dos Recursos Extraordinários pelo juízo de origem; no § 3º está previsto que a apreciação deste Agravo, no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, será feita pelo Relator; se a decisão recorrida estiver em confronto com Súmula ou jurisprudência dominante ele poderá não apenas determinar o conhecimento do Recurso, mas já lhe dar provimento. Desta decisão caberá Agravo Interno para a Turma competente para o julgamento do Recurso.

<sup>121</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 309.

decorrentes do Estado Democrático de Direito. Como se a crise do Judiciário estivesse na limitação do acesso aos tribunais superiores, já que estes não deveriam se ocupar de “questões menores”, mas somente daquelas que tivessem “grandes repercussões”.<sup>122</sup> Pela mesma razão têm sido criadas diversas medidas para criar *standards* de decisões, de forma que o julgamento de um caso possa predeterminar o julgamento de todos os outros idênticos, atuais e futuros.

Trata-se de uma tentativa de aproximação de uma teoria dos precedentes judiciais própria do sistema jurídico do *common law* às avessas, pois que acaba por desconsiderar toda uma técnica de julgamento onde o precedente figura como início de discussão e não como fechamento desta. Não podemos simplesmente desconsiderar os diversos institutos provenientes de uma teoria dos precedentes, como o *distinguish*, *overruling*, dentre outros,<sup>123</sup> como forma de afastar argumentativamente o precedente judicial cujo intuito primeiro é lhe garantir a devida legitimidade.<sup>124</sup>

Cumprе observar e problematizar as recentes reformas processuais sob o ponto de vista da legitimidade do sistema processual. Ainda mais se considerarmos que se encontra em processo avançado o Projeto acerca do Novo Código de Processo Civil que tem como atribuição tratar de todos estes problemas decorrentes da litigiosidade no Brasil. O debate não pode perder o foco de que cabe ao Poder Judiciário, se pretende estabelecer no Brasil uma teoria dos precedentes judiciais, a tarefa de julgar causas e não teses.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 322/323.

<sup>123</sup> Para que o direito não se torne algo estático, já que sua releitura se mostre indispensável haja vista encontrar-se atrelado a uma questão social, a Teoria dos Precedentes desenvolveu técnicas de superação dos precedentes cuja maior importância se mostra no estabelecimento de abertura do diálogo evitando a colocação dos precedentes em molduras imutáveis. Podemos citar a figura do *overruling* que possibilita que os demandantes postulem junto à Corte que emitiu o precedente a releitura ou até mesmo a sua abolição demonstrando modificações fáticas e jurídicas que lhes deram origem. Outra figura é o *distinguishing*, que permite ao demandante demonstrar argumentativamente que o caso em análise possui particularidades que o diferencia dos casos precedentes de modo que por conta destas novas questões trazidas, que não foram pensadas e discutidas anteriormente, já seria mais que suficiente para alcançar certa autonomia de julgamento em face daquele.

<sup>124</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 323.

<sup>125</sup> As referidas reformas processuais têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo a partir do estabelecimento de modelos interpretativos decorrentes de alguns casos abstraindo suas especificidades e tomando como parâmetro de julgamento dos casos semelhantes, apenas o tema, a tese subjacente, que servirá de base para o julgamento neste modelo pré-estabelecido. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro

A busca irrestrita pela igualdade decorrente da uniformização decisória não pode gerar uma aplicação apenas de um viés do referido princípio. Este trabalha com outra perspectiva, não somente com aquela de conteúdo negativo (isonomia), mas de uma tão importante quanto, de natureza positiva (direito à diferença).

Se considerarmos que as discussões se exaurem na perspectiva de definir a tese que deve prosperar, sem mais digressões acerca do tema e sem levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, o princípio da igualdade, na sua concepção positiva, direito à diferença, estará sendo violado sob a justificativa simplista de alcançar uma eficiência quantitativa de julgados em prejuízo de um ideal de justiça qualitativa.<sup>126</sup>

O fomento desta atividade que é implementada por diversas modificações legislativas no sentido de propiciar uma padronização decisória deve passar pelo necessário debate acerca de suas consequências tanto no mundo jurídico quando social. Na doutrina há um direcionamento no sentido de reforçar a importância dos julgamentos realizados, em especial daqueles provenientes dos Tribunais Superiores, para fundamentação das decisões futuras.

Ocorre que no Brasil a referência aos julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Como se a decisão judicial não tivesse qualquer relação de dependência aos fatos delas decorrentes, muito diferente daquilo que ocorre nos países que adotam a jurisprudência como fonte primária do direito.<sup>127</sup>

A utilização da teoria dos precedentes judiciais, nos moldes em que foi pensada nos países de sistema jurídico do *common law*, ao contrário do modo como está sendo aplicada no Brasil, considera a figura do precedente como um *principium*,

---

– Análises da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória.. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010, p. 24.

<sup>126</sup> Contamos com um Projeto de lei para criação do Novo Código de Processo Civil (PL. 8.046/2010) que não pode deixar de lado a discussão sobre os problemas decorrentes da litigiosidade no Brasil, principalmente sobre sua legitimidade, aumento exponencial, tipos e complexidade. Deve, portanto, fixar suas bases no modelo processual delineado pela Constituição da República de 1988 de forma a viabilizar a necessária abertura do acesso à justiça com a manutenção e aprimoramento das garantias do devido processo legal. Como já prelecionado, nossos problemas de litigiosidade não se resolvem apenas com modificações legislativas. Estas devem, sobretudo, pretender uma modificação nas suas estruturas, desde que preocupadas com a manutenção ou busca pela legitimidade, que só será alcançada nos padrões do devido processo legal, estampado no paradigma do Estado Democrático de Direito, quando o processo possibilitar uma dialeticidade que oportunize uma discussão comprometida com a descoberta da melhor decisão a ser tomada no caso concreto.

<sup>127</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análises da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189 novembro 2010, p. 41.

ou seja, um ponto de partida que contribuirá para o desenvolvimento e conclusão da decisão. Trata-se de uma espécie de argumento, dentre vários outros que tem a função de auxiliar o aplicador do direito na difícil, mas necessária, descoberta da melhor decisão a ser aplicada no caso concreto.

A tentativa de estabelecer uma convergência de sistemas no Brasil em nada se assemelha aquela técnica de julgamento proveniente do sistema do *common law*. Conseguiram desenvolver um sistema jurídico baseado nas decisões dos tribunais de forma a respeitar a separação de poderes aliado a diversos institutos que viabilizam uma discussão, tanto dos fatos quanto das teses de direitos. Trata-se de um início de discussão e não fim desta como vem sendo proposta no Brasil, que a todo custo querem alcançar a celeridade a partir de dados numéricos sem se preocupar com os fundamentos decisórios.

Não se mostra racional utilizar a figura do precedente judicial como fonte imediata de aplicação do direito e ao mesmo tempo lhe retirar um de seus maiores atributos, a dialeticidade. Veja que, o sistema pautado no *stare decisis* não está atrelado a leituras exegéticas dos precedentes.

Trata-se de uma construção do direito onde os precedentes são utilizados como marco inicial de discussão e não simplesmente repetidos como se fossem a decisão mais correta, invariavelmente. Muito pelo contrário, se o precedente servir de base para determinado julgamento, nada mais racional que estabelecer as premissas necessárias para que se estabeleçam as razões de fato e de direito que merecem novamente serem seguidas ou não.<sup>128</sup>

Não se mostra incompatível a utilização do *stare decisis* em sistemas de *civil law*. No entanto, para que isto ocorra de forma adequada e proveitosa para a necessária legitimação das decisões judiciais suas premissas metodológicas devem manter as mesmas. Aplicar a teoria dos precedentes com o intuito de aprimorar a atividade jurisdicional somente sob o ponto de vista da eficiência não nos parece a melhor escolha.

---

<sup>128</sup> A *ratio decidendi* possui papel importante na tarefa de colocar-se como fundamento jurídico, além de evitar arbitrariedades na tarefa de julgar. Já o *obiter dictum*, por sua vez, corresponde ao enunciado, caracterizado por uma regra de conduta, uma interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda. ABBoud, Georges. *Precedentes Judiciais versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. Direito Jurisprudencial. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012, p. 515.

É notável o aperfeiçoamento técnico de interpretação do precedente judicial nas tradições do *common law*. Será que o jurista continental está preparado para lidar com a jurisprudência como fonte primária do Direito? Certo de que qualquer alusão à aplicação de qualquer teoria que perpassa pela assunção de valor as decisões judiciais deve passar pela técnica construída pelos países de tradições do *common law* a título de estabelecer algumas premissas básicas para a manutenção de um processo de respeito a jurisprudência.

Para aplicação de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil o primeiro passo é abandonar a concepção de Direito pautada no Positivismo Jurídico e assumir uma concepção Pós-Positivista, levando-se em conta o fato de que no Positivismo Jurídico clássico prepondera o valor *Segurança* em detrimento aquele da *Correção*.

O Positivismo atribui uma visão eminentemente legalista do Direito ao determinar ao juiz uma tarefa essencialmente técnica no cumprimento de sua tarefa jurisdicional. Cabe ao magistrado, segundo esta concepção, verificar qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, a partir das normas válidas colocadas à sua disposição, sem qualquer elucidação acerca do debate político que decorreu para a formação da lei e da aplicação de princípios.<sup>129</sup>

Esta concepção tradicional não se coaduna com a teoria normativa dos precedentes judiciais. Para que esta teoria alcance seus frutos na forma com que foi proposta, tornando relevante a prática jurídica, devemos superar as deficiências do Positivismo. Mostra-se indispensável à fixação de critérios para entender qual tipo de argumentos e razões devem contar na justificação de uma decisão jurídica.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Nesta concepção a norma jurídica se restringia a norma-regra. Os princípios não eram considerados normas e figuram como a jurisprudência como meras fontes subsidiárias na formação do Direito de modo que eram utilizadas apenas para ocupar os casos de lacuna. Por isso a crítica se desenvolve na indicação de excessiva legalidade e criação da expressão de que os juízes deveriam ser "*bouche de la loi*" ('boca da lei') no sentido de que deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo. Pretendia-se evitar qualquer revisionismo político em sede judicial. Para tanto, deveriam mecanizar ao máximo a aplicação do direito e eliminando o quanto mais a possibilidade de interpretação.

<sup>130</sup> Segundo Bustamante, para uma aplicação adequada da teoria dos precedentes judiciais mostra-se indispensável à utilização de instrumentos processuais capazes de determinar as normas adscritas, ou seja, aquelas extraídas dos precedentes judiciais que servirão como discurso de aplicação na solução dos casos futuros. Normas adscritas, então, seriam normas criadas no processo de concretização do direito seja pelos tribunais ou pelo legislador que especifique um determinado direito fundamental. De uma mesma decisão judicial pode ser retirada mais de uma *ratio decidendi*. In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012, p. 287.

Para tanto, deve ser afastada a afirmativa de que uma decisão se justifica pelo simples fato de se fundamentar em normas formalmente válidas.<sup>131</sup>

Devemos, então, abandonar a perspectiva de mero observador e aceitar que os participantes do discurso jurídico possam discutir racionalmente acerca do conteúdo de suas normas. Nas palavras de Bustamante “o conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação”.<sup>132</sup> Para uma aplicação do Direito nos moldes do processo constitucional se faz necessário estabelecer certos pressupostos de julgamento que correspondam a uma decisão correta a ponto de realmente alcançar a racionalidade que merece esta tarefa de julgar.

Então, como construir uma teoria adequada das fontes do direito, respeitando a força dos precedentes, num sistema normativo cuja tradição jurídica é *civil law*? Bustamante<sup>133</sup> defende a necessidade de se adotar uma teoria pós-positivista, o que permitiria à assunção de uma perspectiva de participante deste processo de aplicação do direito e, conseqüentemente, o abandono da figura de mero observador, própria do Positivismo Jurídico. A teoria passa a considerar as decisões jurídicas como normas e os precedentes como uma espécie de fonte destas normas, atribuindo, inclusive, certo grau de vinculação destas decisões judiciais.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012, p. 288/289.

<sup>132</sup> É dizer que o Direito decorre de uma prática comunicativa cujo resultado de qualquer discurso jurídico baseado na norma pode ser revisitado e até mesmo revisto em uma futura situação argumentativa. Trata-se de tornar o direito um produto de sua própria vivificação. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012, p. 251. Para Dworkin, trata-se de uma descoberta acerca da decisão correta. Segundo ele não se refere à criação e sim descoberta da decisão mais correta segundo os padrões de moralidade comunitária.

<sup>133</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012, p. 251.

<sup>134</sup> Para Bustamante nenhuma teoria positivista pode ser adequada para entender a natureza do Direito a partir do momento em que abandonamos a perspectiva do observador. Além do mais estaria absolutamente separado da Moral e esta seria indispensável para legitimar as decisões jurídicas como forma de alcançar o aspecto ideal que o Direito se propõe alcançar nos tempos atuais. Aqui é um ponto que discordamos de Bustamante no sentido de que a Moral só poderia ingressar como discurso de justificação – na formação da norma, ao lado de outros elementos. A contrário *sensu*, a moral não deve adentrar nos discursos de aplicação do direito porque poderia levar a interpretações das mais variadas possíveis segundo um critério essencialmente pessoal e não normativo. Para tanto, utiliza-se de diversas ferramentas metodológicas desenvolvidas no sistema do *common law* para interpretar e aplicar os precedentes nos sistemas de tradição continental, ou simplesmente, *civil law*. Chega, então, a distinguir entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum* de modo que aquela pudesse servir de parâmetro para aplicação nos casos futuros e semelhantes. Nesse diapasão, *ratio decidendi*

A fundamentação exige uma preocupação maior do julgador para que este consiga demonstrar de forma racional e exaustiva os motivos que decorreram tanto para a manutenção quanto afastamento do teor de fundamentação do precedente.<sup>135</sup> Maior responsabilidade, ainda, no caso de afastamento de aplicação do teor do precedente. Talvez porque aquele fato demonstre especificidade que justifique a tomada de decisão diversa daquela ou mesmo porque a situação fática tenha mudado a ponto de exigir uma nova decisão, mais adequada ao caso.<sup>136</sup>

O papel do Poder Judiciário não pode se resumir na tentativa de resolver uma necessidade de mercado ao propiciar julgamentos cada vez mais rápidos e sem se preocupar com a proteção de outros direitos fundamentais. Para alcance da querida legitimidade, devemos afastar qualquer concepção positivista de aplicação do Direito que pressupõe a tomada de decisões pela interpretação quase que

---

seria a parte vinculante da decisão e o *obiter dictum* seriam os discursos não autorizativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais. Ou seja, nem tudo que o magistrado diz é vinculante, apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexos estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi* de modo que qualquer outra observação que não tenha relação de causalidade é *obiter dictum*. Bustamante cita também a figura do *overruling*, instituto utilizado quando uma regra jurisprudencial não pode mais se justificar. Deste modo, deverá haver uma correção substancial daquilo que se tornou um precedente. Trata-se de um instrumento para manter o Direito vivo a ponto de promover as devidas modificações nos moldes de julgamento. Para tanto, exige-se algumas considerações acerca desta possibilidade de afastamento do precedente. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012, p. 253 e seguintes.

<sup>135</sup> Nas palavras de Bustamante, devemos deixar a posição de mero observador (ponto de vista externo – próprio do positivismo) e assumir a posição de participantes (ponto de vista interno) para extrair das decisões as normas capazes de gerar precedentes judiciais. Surge então, o problema decorrente da determinação do peso das normas jurisprudenciais dentro da argumentação jurídica. Ou seja, devemos decidir a força argumentativa que deve ser atribuída à *ratio decidendi* (elemento de justificação). Propõe Bustamante as seguintes fontes jurídicas jurisprudenciais: a) Fontes obrigatórias em sentido forte (must-sources); b) Fontes obrigatórias em sentido frágil (should-sources); c) Fontes permitidas (may-sources). Para o autor, os textos legais e os costumes estariam na primeira classificação. Na terceira, figuraria a dogmática jurídica, o direito estrangeiro, etc. As decisões judiciais poderiam figurar em qualquer destas classificações a depender da autoridade que provém à respectiva decisão, respeitando a sobreposição decisória dos Tribunais Superiores. Trata-se de uma análise reconstrutiva das decisões judiciais. BUSTAMANTE, Thomas da BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012, p. 230/260.

<sup>136</sup> Segundo Bustamante: “No próprio direito inglês, por exemplo, hoje se tem como certo que a *House of Lords* pode e deve revogar - *overrule* – os precedentes que não sejam mais racionalmente justificáveis. De fato, apesar de a *House* ter por um longo tempo declarado que ela estava vinculada às suas próprias decisões, a versão forte do *stare decisis* nunca foi uma regra absoluta, pois a Corte podia sempre distinguir casos e, quando alguma razão importante não tivesse sido considerada no caso anterior, declarar que a regra judicial antiga fora estabelecida *per incuriam* e, por isso, não tinha caráter vinculante”. (...) “Portanto, é possível que uma razão não considerada pelo tribunal no precedente citado venha, no julgamento posterior, a ser suficiente para pronunciar a inconstitucionalidade ou invalidade de uma lei já previamente analisada: o efeito vinculante das decisões, quando aplicável, refere-se não apenas à parte dispositiva da decisão, mas aos seus fundamentos determinantes”. BUSTAMANTE, Thomas da BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012, p. 255.



exclusiva aos textos legais e repensar uma nova forma de resolver os conflitos que se tornam cada vez mais complexos.

Para tanto, algumas premissas devem ser repensadas, em especial a função do órgão julgador como protagonista respondendo a seguinte pergunta: o ativismo judicial promove a democracia por meio da proteção dos direitos fundamentais, ou favorece o surgimento de uma juristocracia violadora dos próprios direitos fundamentais?

### **III – O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NUMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas constitucionais assumem papel de extrema importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, irradiando seus preceitos para todo o sistema jurídico. No entanto, o modo como se interpretam as leis, principalmente se considerarmos o papel que desempenha os tribunais atualmente, surge à preocupação quanto a sua compreensão, de modo a operar uma adequada justiça constitucional no Estado Democrático de Direito.

O paradigma estatal trazido pela Constituição da República, que ora se evidencia, deve encontrar verdadeiras bases na relação harmônica entre Constituição e democracia, como pressuposto da sua própria existência. Nestes termos, a justiça constitucional deve se atentar para as mudanças sociais além de estar preparada para responder, de forma legítima, as novas questões jurídicas que são enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Em decorrência desta tarefa interpretativa, teorias se multiplicam a fim de trazer consigo uma resposta jurídica adequada. A simples modificação legislativa já não é mais tida como satisfatória porque não consegue, a contento, responder de forma legítima e segura as complicações decorrentes das transformações sociais. Mostra-se necessário, então, romper com uma hermenêutica jurídica comandada por cânones rígidos e por interpretes dotados de especial autoridade e ao mesmo tempo propiciar uma mobilidade maior acerca da compreensão do direito e da própria dogmática jurídica.

Para tanto, a interpretação deve, o quanto antes, se afastar dos métodos e concepções de conteúdo que leva a objetivações do sistema jurídico, por defender o aprisionamento da dogmática no limite da positividade. Mudanças na concepção do direito são mais do que necessárias e, sobretudo, no âmbito da interpretação, ainda mais quando se percebe um impasse entre o funcionamento do direito na realidade, nas suas formulações e nas suas respectivas interpretações, inclusive, com a manifestação de ações ativistas justificadas.

O que se percebe é uma insistência pela busca desenfreada, para não dizer inútil, de uma teoria baseada na objetivação dos fundamentos e utilização de métodos de interpretação jurídica que não resolvem os problemas da discricionariedade. É preciso utilizar uma racionalidade diferente que possa libertar a dogmática jurídica herdada da tradição metafísica pautada no subjetivismo.

É preciso, então, desmistificar a hermenêutica jurídica de cunho normativo que ainda predomina na dogmática jurídica. Somente assim é possível perceber que o direito deve estar preocupado com os movimentos e as vicissitudes do Estado e da sociedade com um direito vivo. Isso só será possível, a partir da transformação da hermenêutica jurídica ao ponto de aceitar que o direito não é apenas um texto que reproduz simplesmente a realidade objetiva, mas que se permite uma série de transformações.

### **3.1 – Constitucionalismo e democracia: uma tensão necessária**

O constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que são escolhidos pela sociedade no momento constituinte que, dentre outras funções, assumem limites materiais aos atos do governo. Este controle deverá ser feito precipuamente pelo Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo desde que incompatíveis com as normas constitucionais.<sup>137</sup>

A polêmica desta atividade típica do Poder Judiciário tem motivado argumentos de suposta atitude antidemocrática na medida em que permite que magistrados não eleitos pelo povo possam substituir decisões sufragadas por uma representação política substancial, gerando uma tensão entre jurisdição constitucional e democracia.<sup>138</sup>

Quando se fala em democracia logo nos vem à mente a ideia de governo da maioria. Não obstante, apesar de o voto majoritário ser considerado pedra fundamental no sistema da democracia representativa, o mesmo não é suficiente

---

<sup>137</sup> Podemos pensar que a vontade da maioria é a melhor maneira de tomar decisões políticas. No entanto, sabemos que às vezes, a maioria poderá tomar decisões injustas violando, inclusive, direitos individuais. Haveria, então, algum limite ao poder democrático para impedir que a esta mesma maioria restrinja liberdades individuais?

<sup>138</sup> KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista Sequência*, nº 56, jun. 2008. Pg. 157.

para garantir decisões corretas ou mesmo resultados legítimos e racionais. Isso porque, o princípio majoritário não assegura a igualdade política.

O ideário majoritário pode corresponder à vontade da maioria e não necessariamente será a vontade que busque o interesse de todos. A democracia pode, em determinados casos, não assegurar um resultado justo e correto para todos, quando de suas deliberações.<sup>139</sup> Seria legítimo estabelecermos uma limitação à própria soberania popular, partindo do pressuposto da não existência de um poder absoluto? Não deveríamos ter instrumentos jurídicos capazes de proteger uma minoria dentro de um sistema democrático?

A princípio pode parecer uma relação de oposição entre a proteção da soberania popular e a proteção dos direitos fundamentais. No sentido de que, quanto mais democrático for um regime tanto mais se impera a vontade popular, menores seriam os limites constitucionais, ou seja, os direitos fundamentais que restringissem o poder de decisão popular. De outro lado, quando mais limites constitucionais houvesse, menos seria o espaço deixado à vontade popular para as devidas deliberações.

No meio acadêmico, frequentemente se menciona o direito e a política como objetos pertencentes a disciplinas diversas. Como se a jurisprudência tratasse do direito e a ciência política da democracia. Isso porque, mesmo sabendo que todo domínio político é regulamentado pelo direito, existe um poder político ainda não domesticado sob a forma do Estado de direito. E da mesma forma há Estados de direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado.<sup>140</sup> Embora possa parecer existir uma divisão, pelas funções desempenhadas, fato é que não se mostra coerente à defesa de um Estado de direito que não seja democrático.

Habermas aborda a relação existente entre Estado de direito e democracia. Para isso, o autor se presta a estabelecer um novo conceito de direito que comporte esta relação, que está longe de serem contraditórias, senão, complementares. O direito não estaria atrelado à positividade somente. Deve, antes de tudo, assegurar a liberdade dos cidadãos a ponto de impedir que ações estatais violem os direitos

---

<sup>139</sup> KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista Sequência*, nº 56, jun. 2008, p. 151.

<sup>140</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 293/294.

fundamentais.<sup>141</sup> A legitimidade democrática e jurídica se alcança apenas quando pensadas de forma recíproca. Como se dependessem uma da outra para se manterem legítimas. Desse modo, se mostra necessário garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição das normas jurídicas e a instituição legítima do direito.

Em busca de legitimação da decisão jurídica, as teorias do direito mais adequadas pregam o respeito ao princípio da soberania popular (autonomia pública dos cidadãos do Estado) sem desprezar a autonomia privada dos membros da sociedade civil, cuja base figura os direitos fundamentais. Segundo Habermas, o direito funciona como meio para assegurar um equilíbrio entre a autonomia pública e privada.<sup>142</sup>

Neste passo, soberania popular e direitos humanos se interpretam mutuamente, de modo que o procedimento democrático, sob as condições do pluralismo político social e de visões de mundo, contribua para a efetivação do processo de criação do direito de forma que possa contar com a concordância de todos os envolvidos como participantes em discursos racionais, ou seja, *“tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do direito”*.

Segundo Habermas:

A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição.<sup>143</sup>

Precisamos interpretar esta coesão entre autonomia pública e privada de modo que uma não prejudique a outra. Esta forma de interpretação pressupõe *que “as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido,*

<sup>141</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 294.

<sup>142</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 299. Segundo MEYER, “através da autonomia privada, os indivíduos decidem como usufruir dos direitos subjetivos de que dispõem; através da autonomia pública eles definem como o igual será tratado como igual e o desigual como desigual, por intermédio de suas liberdades comunicativas. No entanto, tal diferenciação não compromete a coesão interna entre autonomia pública e privada”. MEYER, Emílio Peluso Neder. *Constituição e Democracia. Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1011, 8 de abr. 2006. Disponível em: [HTTP://jus.com.br/artigos/8202](http://jus.com.br/artigos/8202). Acesso em: 15 janeiro de 2014.

<sup>143</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 300.

*no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles*".<sup>144</sup>

Ao manter os direitos políticos do cidadão, isto é, os direitos de comunicação e participação que assegurem o exercício da autonomia política, aliado, a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a todos às chances de alcançarem seus objetivos, em igualdade de condições, é que possibilitará a legitimação querida pelo sistema jurídico.<sup>145</sup>

A ideia de soberania jurídica dos cidadãos exige que seus destinatários possam se identificar como os verdadeiros autores da norma. Sem os direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria condições sob as quais se poderia fazer uso da autonomia pública. Desta maneira, estas autonomias, públicas e privadas se pressupõem mutuamente, de modo que, sem os direitos fundamentais não se pode falar em soberania popular, nem essa sem aquele.<sup>146</sup>

Mais do que isso, só se pode falar no uso adequado da autonomia pública<sup>147</sup> quando estejam suficientemente independentes ao ponto de poder assegurar à proteção equânime de uma autonomia privada, sob pena de se perder de vista a coesão interna entre democracia e constitucionalismo, em total prejuízo na busca pela legitimação do sistema jurídico.<sup>148</sup>

Dworkin, diferentemente, mas no mesmo caminho, entende por constitucionalismo um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais<sup>149</sup> que o legislador não tem o poder de anular ou comprometer, ou seja, no sistema jurídico

<sup>144</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 298.

<sup>145</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 300.

<sup>146</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 301.

<sup>147</sup> Segundo Habermas, (...) "os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a aspectos relevantes sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual". HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 303.

<sup>148</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 302/303.

<sup>149</sup> Segundo Dworkin: "os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que enquanto indivíduos desejam ter ou fazer ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano". DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. XV.

pressupõe direitos individuais capaz de proteger a minoria contra o poder da maioria.<sup>150</sup>

A defesa de um constitucionalismo nestes moldes tem gerado objeções quanto à possibilidade de limitação da soberania popular e até que ponto não estaria afetando toda uma teoria baseada na separação de poderes. Para Dworkin se existe uma contrariedade, ela é apenas aparente, ilusória porque parte de um pressuposto equivocado do que seja democracia. Para ser mais compreensivo resta necessário estabelecermos uma distinção entre democracia e regras da maioria.

Segundo Dworkin:

Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto.

Podemos dizer que algumas normas limitadoras, ao contrário do que possam parecer, são plenamente essenciais à democracia, ainda mais se estiverem comprometidas com a garantia da liberdade de uma minoria,<sup>151</sup> que não consegue, evidentemente, aprovar seus interesses na forma devida por falta de espaço político. Tudo isso em prol de uma integração social que defende uma busca do bem comum capaz de garantir aos indivíduos condições suficientes para alcançar seus objetivos individuais e sociais.

Mas como justificar o fato de se proteger legalmente um indivíduo contra uma decisão da maioria dos cidadãos?<sup>152</sup> Essa resposta depende da natureza jurídica dada aos direitos fundamentais. Não podem estar vinculados à concretização de vantagens para a comunidade, sob pena de se defender a aplicação das normas apenas em proteção de uma maioria e não para o povo considerado na sua integralidade. Somente assim se pode falar num processo

<sup>150</sup> DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Trad. Emilio Peluso Neder Meyer (manuscrito) do original publicado na *European Journal of Philosophy*, n.3:1, pg. 1/2. O Constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.1.

<sup>151</sup> DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Trad. Emilio Peluso Neder Meyer (manuscrito) do original publicado na *European Journal of Philosophy*, n.3:1, 1995, pg. 3/4.

<sup>152</sup> DWORKIN, Ronald. *Controvérsia Constitucional*. p. 27.

democrático, onde as normas alcançam proteção a todos os cidadãos de forma igualitária.<sup>153</sup>

A democracia para Dworkin deve ter uma concepção comunitária e não simplesmente estatística como pretendem tratá-la a teoria clássica. A democracia deve ser pensada como condição de manutenção de toda uma sociedade e não apenas parte dela.

Menelick, no mesmo sentido, defende que *“ainda que contrários (soberania popular e direitos fundamentais), não se contradizem, mas ao invés, supõem-se mutuamente”*.<sup>154</sup> Igualmente, Maurizio Fioravanti, ao discutir sobre o constitucionalismo moderno, diz haver, no lugar de uma contradição, uma tensão necessária, permanente e inafastável entre democracia (soberania popular) e o próprio constitucionalismo (direitos fundamentais). Relação esta, que em momentos anteriores era tida como antagônica, ou seja, em posição antitética.<sup>155</sup>

Em busca de um equilíbrio entre democracia e constitucionalismo, a liberdade decisória baseada na soberania popular é limitada pelos direitos fundamentais em salvaguarda, principalmente, aos interesses da minoria, que em alguns casos não consegue sequer espaço político para fazer *jus* a formação e definição de seus interesses no jogo político. Surge, então, a jurisdição constitucional como garantidora dos princípios democráticos.<sup>156</sup>

Segundo Menelick:

Ao contrário da abordagem tradicional, podemos ver agora que esses princípios são simultânea e reciprocamente constitutivos um do outro,

<sup>153</sup> DWORKIN, Ronald. Controvérsia Constitucional. Pg. 29.

<sup>154</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia. O autor chega a dizer que este era o maior problema do constitucionalismo anterior, ao tratar esta tensão constitutiva do próprio constitucionalismo como uma oposição antitética.

<sup>155</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 142-164.

<sup>156</sup> Segundo Cattoni, para uma teoria procedimentalista, os valores de uma sociedade devem ser alcançados pelos poderes representativos do povo, quais sejam: Poderes Executivo e Legislativo. Caberia, então, ao Poder Judiciário a tarefa de garantir o exercício da democracia haja vista que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por magistrados não eleitos atentaria contra o princípio democrático. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.) *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 71-81. Numa concepção procedimental de democracia os valores da sociedade só podem ser definidos num debate democrático realizado pela própria sociedade e não pelo Poder Judiciário, que não teria a legitimidade por não ter sido eleito. Defendem que, mesmo restringindo o princípio democrático, continuam sendo defensores da soberania popular enquanto garantidores dos direitos fundamentais de participação política e de acesso ao discurso político. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 323.



pois instauram uma tensão rica, complexa e produtiva, sem a qual não pode haver nem democracia, nem constitucionalismo.<sup>157</sup>

Continua o autor:

(...) sempre que se buscou na história constitucional instaurar um deles em detrimento do outro, resultaram apenas simulacros, ou uma ditadura travestida de democracia ou um arremedo de Constituição que, em vez de garantir a formação e a manifestação institucional da opinião e vontade públicas, as viola e a elas se opõe, transformando o texto constitucional em mera letra morta e dando azo a graves processos de anomia.<sup>158</sup>

(...) a democracia só é democracia se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. A elaboração ou a apropriação técnico-burocrática do texto constitucional para moldar passivamente o povo como seu objeto, como objeto do Estado, como massa, é autoritarismo e, assim, a negação do próprio constitucionalismo.<sup>159</sup>

Nesse sentido já sinalizava Bobbio:

Parece, à primeira vista, não ser possível identificar o Constitucionalismo com a democracia, se bem que, depois, seja difícil imaginar em concreto uma democracia não constitucional. Na realidade, o pensamento democrático teve um só problema essencial: o de mostrar como a soberania é um direito inalienável e imprescindível do povo. Como consequência, buscou ou fomentou formas de convivência onde se conferisse ao povo não só a mera titularidade, como também o concreto exercício do poder soberano. (...) Por conseguinte, hoje o Constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo.<sup>160</sup>

Para José Luis Quadros Magalhães:

O 'casamento' entre constituição e democracia significa, na prática, que existem limites expressos ou não às mudanças democráticas. Em outras palavras, existem assuntos, princípios, temas que não poderão ser deliberados. Há um limite à vontade da maioria. Existe um núcleo duro, permanente, intocável por qualquer maioria. A lógica que sustenta esses mecanismos se sustenta na necessidade de proteger a maioria, e cada um, contra maiorias que podem se tornar

<sup>157</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003, p. 94/95.

<sup>158</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003, p. 94/95.

<sup>159</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003, p. 94/95.

<sup>160</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco; Dicionário de Política. Trad. Carmen C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed. 1998.

autoritárias, ou que podem desconsiderar direitos de minorias (que poderão se transformar em majorias). Assim, o constitucionalismo significa mudança com limites, transformação com segurança. Esses limites se tornaram os direitos fundamentais. O núcleo duro de qualquer constituição democrática (...) são os direitos fundamentais.<sup>161</sup>

No mesmo sentido afirma Streck que:

A democracia constitucional é o sistema político talhado no tempo social que o vem tornando a cada dia mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros, como acentua Holmes. A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade.<sup>162</sup>

Dentre as diversas e possíveis posições sobre a definição de democracia, a Constituição da República de 1988 assumiu uma concepção, segundo o paradigma de Estado Democrático de Direito, que permite a convivência harmônica entre a soberania popular e a proteção dos direitos fundamentais de modo que só é possível pensar em democracia como um dos princípios basilares da República.

Qualquer sentido que se queira dar a democracia é indispensável partir do pressuposto que haja entre democracia e constitucionalismo uma relação de harmonia e indispensabilidade. Nesse sentido, o processo democrático de criação de normas não se torna um óbice à atuação do Poder Judiciário no cumprimento e efetivação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, é mais uma afirmação no sentido de garantir a sua própria defesa, principalmente se pensarmos na proteção das minorias que não consegue a abertura necessária dentro do processo democrático.

A partir da verificação de que entre a democracia e proteção de direitos fundamentais não há conflituosidade e, sim, uma tensão necessária, é indispensável

<sup>161</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana*. In *Constitucionalismo e Democracia* / Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia ... [et. al.]; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo ... [et. AL.]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

<sup>162</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 21.

para a formação de um Estado Democrático de Direito, a definição do papel que o Poder Judiciário<sup>163</sup> assumiu nesta nova ordem constitucional.<sup>164</sup>

Surge, então, a questão de sabermos até que ponto o Poder Judiciário poderia, legitimamente, decidir sobre as grandes questões nacionais ao ponto de substituir aquilo que foi discutido e decidido nas esferas próprias, como no Parlamento. Ou até mesmo nos casos de inércia dos outros poderes. Haveria um limite de atuação do Poder Judiciário na tarefa de revisar as decisões provenientes dos outros poderes? Até que ponto?

Por outro viés, seria justificável não haver limite da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na tarefa de definir os anseios sociais? A quem caberia à proteção dos direitos da minoria num processo democrático de estabelecimento de valores morais, éticos daquilo que se ordenou intitular de bem comum? Não seria atribuição perfeita para o Poder Judiciário? Sob qual limite?

As normas geram proteção de todos os indivíduos em face das ações arbitrárias do próprio Estado. No entanto, o constituinte foi além, ao incluir no texto da Constituição ações positivas diretamente veiculadas com a necessária implementação de políticas públicas. Ou seja, os direitos fundamentais assumiram não somente uma concepção negativa, mas também uma positiva, a partir da qual

---

<sup>163</sup> Partimos do pressuposto que a interpretação das normas constitucionais não é tarefa exclusiva do Poder Judiciário. Cabe a todos os cidadãos, indistintamente, a possibilidade de interpretar as normas constitucionais. Até mesmo porque a Constituição da República de 1988 diz que cabe ao Poder Judiciário, precipuamente, e não exclusivamente, a tarefa de guardá-la. Trata-se da denominada “sociedade aberto dos Intérpretes da Constituição” defendida por Peter Häberle. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Peter Häberle e a Lei 9.868/99. Abertura ou Fechamento? Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Controle Concentrado de Constitucionalidade. São Paulo: LEX, 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/33119743/PETER-HABERLE-E-A-LEI-9-868-99-ABERTURA-OU-FECHAMENTO-POR-UMA-COMPREENSAO-CONSTITUCIONALMENTE-ADEQUADA-DO-CONTROLE-CONCENTRADO-DE-CONSTITUCIONALIDA>>. Acesso em: 30/04/2013.

<sup>164</sup> Segundo Ingeborg Maus, fazendo referencia a lei Fundamental de Bonn, diz que os direitos fundamentais foram empregados como arma contra o princípio da soberania popular. Pela primeira vez na história constitucional alemã, os direitos fundamentais da Constituição não mais foram endereçados “somente aos aparelhos estatais providos de poder e aplicadores do Direito, mas também colocados em posição superior ao legislador, este, mesmo assim, bem destacado da base democrática. A função de defesa e concretização dos direitos fundamentais com respeito a novos problemas sociais que surgem a cada vez, transferir-se do poder legislativo eleito democraticamente para o poder judiciário. a solução da Lei Fundamental é a seguinte: proteção dos direitos fundamentais do povo contra o povo pelo Tribunal”. Continua a dizer que: “a soberania popular não se encontra em uma relação de tensão com os direitos humanos, mas é compreendida como *conditio sine qua non* de sua garantia” (...) “os direitos humanos e a soberania popular se encontram juntos nas partes dos direitos fundamentais, e a soberania popular é expressamente designada de garantia dos direitos humanos”. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. Novos estudos CEBRAP, São Paulo, nº58, nov. de 2000, p. 176/177.

os poderes estatais devem respeitar as normas e, além disso, propiciar a implementação deste projeto constitucional de forma ativa.

Trata-se de um fenômeno iniciado pelo desgaste dos Poderes Executivo e Legislativo aliado à tentativa de normatizar de forma ampla os direitos e garantias fundamentais. Esta atitude acabou por ampliar as esferas de atuação do Poder Judiciário haja vista que a partir da inclusão destas matérias anteriormente tratadas como sendo próprias da Política, agora, enquadradas como normas jurídicas, não há alternativas senão propiciar ao Poder Judiciário a tarefa de interpretá-las à luz do sistema normativo. Retirar esta tarefa do Poder Judiciário seria tolher-lhe parte de uma função típica.

Por outro viés a assunção de tarefas de modo a propiciar a sobrevalorização do Poder Judiciário em face dos outros poderes, estaríamos colocando em xeque não só os princípios democráticos, mas, estaríamos colocando o próprio princípio da separação de poderes em risco.

Devemos, portanto, pensar numa democracia que se relacione com a jurisdição constitucional de modo que esta seja garantidora dos direitos fundamentais sem se esquivar da proteção de uma de suas vertentes, que é o próprio princípio democrático. Para tanto, o Poder Judiciário assume o dever de garantir o exercício da democracia sem deixar de proteger, também, os diversos direitos fundamentais que nos foram tão caros.<sup>165</sup>

Nestes moldes, podemos definir como papel da jurisdição constitucional tanto a garantia de um processo democrático quanto à proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, precisamos utilizar uma concepção de direito que possa propiciar uma análise co-originária entre Democracia e Constituição. Somente nestes moldes se mostra possível alcançar efetivamente uma legitimação da função dos poderes estatais nos moldes do Estado Democrático de Direito.

Lenio Streck ressalta que:

Desde logo, considero[a] necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewestein). Na verdade, a afirmação da existência de uma

<sup>165</sup> Segundo Santos, a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia. SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 10.

“tensão” irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se exigir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e a democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais.<sup>166</sup>

Nesta perspectiva é possível garantir a proteção dos direitos fundamentais mesmo que isso importe limitação dos Poderes do Executivo e do Legislativo. Nesse sentido, a soberania popular não assumiria a característica de direito absoluto. Surgem, necessariamente, limites materiais aos atos de governos cuja proteção do povo não se limita apenas às maiorias.<sup>167</sup> É como se o Poder Judiciário estivesse legitimado a atuar na proteção destas minorias, principalmente, no caso delas não conseguirem proteção nas esferas próprias, gerando indiscutível e desnecessária discriminação de sua dignidade.<sup>168</sup>

Mas a legitimidade não se procura apenas quando da aplicação das normas. Somente um ordenamento jurídico principiológico, constituído por normas que passam pelo crivo de um processo legislativo democrático seria capaz de gerar legitimidade ao todo sistema normativo.<sup>169</sup> Ou seja, as técnicas de racionalização do sistema devem, também, passar pelo processo elaboração das leis.

Surgem, então, várias concepções teóricas preocupadas com a formação de uma teoria da decisão judicial que se mostre livre da discricionariedade e/ou estruturas ou sistemas metodológicos como meio de interpretação. Para tanto,

<sup>166</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 18.

<sup>167</sup> Segundo Menelick, a democracia não pode ser tida propriamente como a vontade do povo. A democracia, para ser democrática, deve ser entendida como o respeito ao direito das minorias. Haveria, inclusive, uma garantia direcionada as instituições políticas no sentido de possibilitarem que esta mesma minoria se torne a maioria de amanhã. Para tanto, não pode ser simplesmente isolada e desconsiderada por completo. CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003, p. 97.

<sup>168</sup> O termo “democracia” tem experimentado historicamente uma variedade de significações a depender do contexto e pressupostos que estão por trás dela. Estaria, então, sujeita as mais diversas manipulações. Atualmente, numa concepção moderna que respeita o grau de desenvolvimento deste instituto, não se pode deixar de incorporar no seu âmbito semântico-conceitual mínimo o constitucionalismo. CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003, p. 97.

<sup>169</sup> Para maiores informações. CATONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade de. *O devido processo legislativo e estado democrático de direito*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.2, p. 167-190, 1999.

utiliza-se da figura dos princípios como normas que não podem de modo algum servir de álibi para qualquer atuação discricionária sob pena de cairmos no mesmo problema das teorias positivistas.<sup>170</sup>

No entanto, antes de adentrarmos nesta concepção de Direito proposta por Ronald Dworkin, devemos estabelecer alguns pressupostos que o mesmo utilizou para concluir acerca da incapacidade do Positivismo em se alcançar a adequada prestação jurisdicional.<sup>171</sup>

### **3.2- A armadilha semântica do Positivismo Jurídico**

Com a formação dos Estados Modernos o magistrado torna-se órgão do Estado, titular de poder jurisdicional, com a responsabilidade de resolver as demandas judiciais à luz do que diz as leis previamente reconhecidas pelo próprio Estado.

Trata-se de um projeto cuja premissa se estabelece na necessidade de monopolizar a produção jurídica mantendo certa racionalidade e estabilidade na sua tarefa interpretativa. Aqui surge o Positivismo Jurídico onde o homem moderno passa a construir um mundo previsível, ao afastar, ou pelos menos tentar, juízos de valores, de justiça, equidade e moralidade quando da tarefa interpretativa, já que trazem consigo incertezas e, conseqüentemente, insegurança jurídica. Nestes moldes, os ideais de segurança só seriam alcançados por meio de uma racionalidade que garantisse uma igualdade nas relações do mundo social. Essa isonomia seria alcançada com a criação de normas que fossem cumpridas de maneira acrítica e uniforme por todos.<sup>172</sup>

Justifica esta pretensão no sentido de não acreditar na existência de uma moral absoluta que possa servir como parâmetro seguro para a aplicação do direito.

---

<sup>170</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, pg.106.

<sup>171</sup> Esta tão desejada adequada prestação jurisdicional se mostra possível com a assunção de uma concepção de democracia constitucional, onde há entre soberania e direitos fundamentais uma tensão necessária para a formação de um sistema constitucional legítimo. Compatibilizar os princípios democráticos com a jurisdição constitucional tem sido nosso maior obstáculo.

<sup>172</sup> O Positivismo despreza o senso de justiça e qualquer forma plural e espontânea de manifestação do direito. O direito não pode se esgotar numa função de manter segurança. Isso seria insuficiente. É necessário, antes de tudo, um sistema que contemple sua própria legitimidade.

Não havendo uma única moral que pudesse comportar o devido grau de cientificidade, o positivismo constrói uma teoria baseada numa neutralidade axiológica,<sup>173</sup> decorrente de uma autonomia do direito ao defender a busca de validade das decisões na lei e não mais numa valorização subjetiva própria do julgador.<sup>174</sup> Como se fosse possível descobrir e determinar as leis que deveriam reger a sociedade nos mesmos moldes que foram possíveis descobrir as leis da natureza. Percebe-se uma influência das ciências físico-matemático para a criação de uma ciência natural e social, bastando usar critérios racionais de produção do direito.<sup>175</sup>

O direito assume uma função ordenadora intermediada pelo Poder Legislativo cuja tarefa de criar o direito passa pela previsão de leis que possam resolver todos os casos possíveis e previsíveis. Nesse contexto, impõe ao

---

<sup>173</sup> No entanto, ao afastar a moral do direito não conseguiu resolver os problemas da discricionariedade como almejava. Pelo contrário, passou a ser parte aceitável dentro de seus pressupostos sem nenhuma garantia e controle. Diz Streck que: (...) “o positivismo aposta na discricionariedade porque o paradigma filosófico sob o qual está assentado não consegue apresentar uma solução satisfatória para a aporia decorrentes da dicotomia ‘razão teórica- razão prática’. ‘Eis aí o ponto de estofo’. Sendo mais explícito: na medida em que esta questão carece de solução, os positivistas preferiram – a ainda preferem – apostar na razão teórica, deixando as questões relativas à razão prática fora de seu campo de preocupações. E, ao contrário do que pensa parcela considerável de juristas, a interpretação acaba, exatamente por isso, relegada a um plano secundário (o exemplo maior é o de Kelsen). É por isso que ocorre a aposta do positivismo na discricionariedade. Também por essa razão é que posturas positivistas admitem múltiplas respostas no direito”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 67/68.

<sup>174</sup> No Positivismo o direito é concebido como um grande esqueleto de normas capazes de resolver qualquer situação, mesmo nos casos de lacuna, ante a completude do ordenamento jurídico, que teria a sua disposição institutos jurídicos para preencher qualquer uma das eventuais lacunas que pudessem aparecer.

<sup>175</sup> O objetivo iluminista de buscar o saber absoluto já não mais se sustenta. Segundo Menelick: “É preciso realizar o iluminismo do Iluminismo, para usar os termos de Niklas Luhmann (*Der Aufklärung der Aufklärung*) Saber que a nossa racionalidade é humana, sabê-la histórica, limitada, datada, ela própria uma construção social vinculada a determinadas tradições, práticas, vivências, interesses e necessidades, no mais das vezes naturalizados e apenas pressupostos. O positivismo no afã de eliminar os mitos, dando curso ao projeto iluminista de iluminar as trevas, pretendendo que tudo fossem luzes, criou o maior dos mitos, o mito da ciência, do saber absoluto, como se fôssemos capazes de produzir algo eterno, imutável, perfeito, enfim, divino”. Continua o autor: “Somos homens, datados, com o olhar datado, marcados por aquilo que vivemos. Só podemos ver o que a nossa sociedade permite que vejamos, o que a nossa vida concreta permite que vejamos. Só podemos ver muito bem alguns aspectos é porque outros restam ofuscados pelo brilho daqueles que enfocamos em destaque. Toda produção de conhecimento requer redução de complexidade e, nessa medida, produz igualmente desconhecimento”. CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003. Pg. 104. Menelick chega, inclusive, a afirmar que: “Nunca iremos esgotar a complexidade da vida mediante a elaboração de leis detalhadas e que busquem nos libertar da árdua tarefa de aplicá-las. Tornar um sistema jurídico de forma racional pressupõe levar em conta o caráter limitado da racionalidade humana. As leis não são capazes de simplificar as complexas relações cotidianas como queria o Positivismo”. CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003. Pg. 108.

magistrado certa submissão à lei. No caso de lacuna, ou seja, na falta de previsão de uma lei, o magistrado, se utiliza de alguns institutos jurídicos, previstos na legislação, para resolver a lide.<sup>176</sup> Por meio destes institutos há o preenchimento de qualquer vazio deixado, eventualmente, pelo legislador impedindo a criação do direito pelo Poder Judiciário.<sup>177</sup> Seria uma forma de compatibilizar a exigência decisória por parte do Poder Judiciário com a função eminentemente mecânica de aplicação da lei.<sup>178</sup>

A desconfiança acerca do poder decisório do magistrado se mostra na limitação dos fundamentos de sua decisão, baseados na estrita legalidade. Poderia decidir apenas nos limites da lei, sem qualquer consideração acerca de seus valores pessoais enquanto cidadão. Consequentemente, o Poder Judiciário assumiu cada vez mais uma posição passiva em relação aos problemas políticos ou governamentais. A tarefa do Judiciário se resumiria basicamente na declaração de direitos sem qualquer preocupação acerca dos problemas sociais, cuja atribuição estava, agora, direcionada aos órgãos políticos.<sup>179</sup>

No positivismo de Kelsen chegou-se a reivindicar a possibilidade de os juízes proferirem julgamentos ideológicos em combate àquela interpretação exegética baseada na interpretação literal do texto normativo sem maiores digressões sobre o seu significado. Tratava-se de uma crítica à neutralidade desempenhada pelo exegetismo, que acabou por desaguar na assunção de uma

---

<sup>176</sup> Encontram-se, inclusive, resquícios de aplicação destes instrumentos na legislação brasileira, com previsão no art. 4º da Lei de Introdução às normas do ordenamento brasileiro. “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” - DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

<sup>177</sup> O positivismo trata as regras como quase alto suficientes ao ponto de permitir a utilização dos princípios apenas naqueles casos cuja regra não respondesse de forma subsuntiva-dedutiva. Assim, na insuficiência teórica das regras para a resolução do caso concreto, se aplicaria, de forma subsidiária, depois da analogia, os princípios gerais do direito de forma a manter a integridade do sistema jurídico.

<sup>178</sup> A decisão judicial, nestes moldes, não passa de um modelo de subsunção, ou seja, a atividade judicial era posta como uma simples aplicação mecanicista do fato à norma previamente posta pela autoridade competente. A experiência nos mostrou que não mais podemos acreditar na aplicação silogística da lei. Como se a norma geral fosse à premissa maior e o fato a premissa menor cujo resultado do trabalho do aplicador fosse uma simples tarefa mecânica.

<sup>179</sup> No Estado Social a técnica de Interpretação teve que se desenvolver haja vista a necessidade do magistrado, na tarefa de concretização do direito, ter que implementar políticas públicas, exigindo dele uma análise sistêmica, teológica e histórica de inserção da norma nos respectivos contextos. CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento Jurídico e Democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003, p. 94/95.



espécie de ativismo onde o juiz não é mais tido como “escravo da lei” e, sim, como verdadeiro detentor de seus sentidos.<sup>180</sup>

Kelsen aceita o fato de que a interpretação do direito é eivada de subjetivismo provenientes de uma razão prática solipsista. Sabendo disso, escolheu tratar apenas das proposições jurídicas como ciência deixando de lado a realização concreta da direito. Privilegiou a interpretação dos enunciados jurídicos relegando ao segundo plano a questão da aplicabilidade destas normas. Conseguiu com isso ultrapassar o positivismo exegético onde o juiz era tido como “boca da lei”, mas, equivocou-se ao abandonar a interpretação concreta no nível da “aplicação”.<sup>181</sup>

Apostar na razão teórica, desconsiderando a razão prática, fez com que o Positivismo Jurídico aceitasse a possibilidade de existir respostas antes mesmo da existência das perguntas. Como se ordenamento jurídico pudesse de alguma forma trazer consigo respostas das mais variadas possíveis cuja análise se desenvolveria sem qualquer digressão a qualquer outro significado senão o proveniente do texto legal.<sup>182</sup>

Quando a razão teórica não consegue responder todas as perguntas, o positivismo jurídico delega o poder de integralizar o sistema àquilo que ele próprio desprezou - a razão prática; como se não bastasse, eivada de subjetividade. É por

---

<sup>180</sup> Volta-se mais uma vez na discricionariedade na aplicação do direito, própria e inafastável do positivismo, seja exegético ou normativista. Streck chega a dizer que: (...) “uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo!”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 89.

<sup>181</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 89. Continua o autor a dizer que: “No fundo operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas por intermédio de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas da legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presentes num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico (essa problemática se agravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil)”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 65.

<sup>182</sup> STRECK chama isso de “grau zero de significado”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 69. Em busca de certa segurança jurídica acabou por aceitar a discricionariedade, que ao final acaba por gerar ainda mais insegurança, pois dependeria de um ato de vontade do julgador que pressuporia um ser iluminado como condição para a satisfação do que se almeja dar mais legitimidade ao sistema jurídico.

meio desta subjetividade que se alcança o exato sentido da norma<sup>183</sup>, mesmo dentre várias outras possíveis interpretações cuja indicação seja aquela que esteja dentro da moldura.<sup>184</sup>

O Positivismo não conseguiu resolver o problema da discricionariedade, ao legitimar o juiz na prerrogativa de escolher dar sentido à lei àquele que melhor lhe aprouvesse, ou seja, deve(ria) decidir levando em consideração sua vontade e consciência. É preciso afastar a discricionariedade<sup>185</sup> para possibilitar a construção de uma teoria jurídica amparada na filosofia cuja preocupação maior seria dar legitimidade ao sistema decisório. E isso só se mostra possível havendo respeito ao princípio democrático passando pela possibilidade de controle das decisões judiciais.

---

<sup>183</sup> Segundo Streck: (...) “aquilo era o “exato sentido” somente o era *in abstracto*...; diante dos “casos”, as respostas passam a ser múltiplas. Ora, o que parcela considerável dos juristas não entende é que é na “abstratidade” que os sentidos podem ser múltiplos, em face da porosidade das regras. E o equívoco está nisso: os sentidos não podem ser atribuídos em abstrato, pela simples razão de que não se pode cindir fato e direito, interpretação e aplicação. Eis o papel da diferença ontológica, que propicia o ingresso do mundo prático no direito”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 72. Conclui o mesmo autor: “Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 77. Segundo Gadamer, em contraposição ao que era defendido por Kelsen, defendia que não se interpreta por etapas. A compreensão e aplicação são incindíveis, ou seja, os sentidos jurídicos se dão somente quando da aplicação da norma. A impossibilidade decorrente desta cisão não se faz coerente com a defesa de possibilitar retirar do texto um sentido existente em si mesmo. Isso porque não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar. A interpretação, então, nestes moldes é colocada como explicitação do compreendido, o que nos faz crer em abandonar qualquer espécie de método para se alcançar uma legítima interpretação judicial. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, g. 93. (...) “Definitivamente, a razão teórica não tem “vida autônoma”, separada/cindida do modo como lidamos com o mundo, nossas escolhas, etc. (razão prática)” (...). STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

<sup>184</sup> O positivismo surge para resolver o problema da segurança jurídica a partir da codificação do direito. Ocorre que, neste modelo mostra-se implícito a possibilidade de atuação discricionária por parte do julgador, quando da tarefa interpretativa, pois caberia a ele escolher, dentro deste quadro de possíveis interpretações, a melhor delas.

<sup>185</sup> Segundo Dworkin, “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 127.

Então, o principal inimigo do direito democrático é o positivismo Jurídico ao considerar o ato de interpretar como ato de vontade,<sup>186</sup> ao considerar que a discricionariedade faz parte de sua própria essência. O equívoco cometido por todo o positivismo foi apostar na discricionariedade, que pode levar, invariavelmente, a atitudes extremamente arbitrárias.

Porque, mesmo depois de uma intensa luta pela democracia e respeito aos direitos fundamentais, deveríamos continuar a delegar ao magistrado a prerrogativa de decidir os casos sob a esfera do Poder Judiciário de forma discricionária? Mostra-se, então, necessário, o quanto antes, romper com a discricionariedade na interpretação do direito para alcançarmos a devida e necessária legitimidade que tanto queremos.

Para Dworkin o Positivismo Jurídico se utiliza dos textos legais como fonte primária e única do Direito de modo que sua interpretação se estabelecerá numa análise eminentemente linguística, que ao final das contas não lhe garantiria nenhuma base segura de julgamento, pois que dentro das diversas formas interpretativas possíveis ficaria a cargo do magistrado, escolher a que ele achasse a melhor dentre elas.

Isto porque, o Positivismo Jurídico está preso a uma armadilha semântica, pois a análise se baseava única e exclusivamente na linguagem. É como se reduzisse o direito à lei. A interpretação deste direito se ajustava perfeitamente a uma análise meramente de subsunção da lei ao caso concreto sem permitir questionar qualquer influência de convicções morais.<sup>187</sup>

O Positivismo Jurídico aceita o fato de não existir uma única resposta correta para o caso concreto. Ou seja, nos casos difíceis<sup>188</sup> caberia à autoridade judiciária escolher dentre as várias soluções jurídicas possíveis àquela que achasse a melhor

---

<sup>186</sup> Segundo Dworkin, “a teoria do direito clássica pressupõe que os juízes decidam os casos em duas etapas: encontrem o limite daquilo que o direito explícito exige e, em seguida, exerça um poder discricionário independente para legislar sobre problemas que o direito não alcance. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 195. Continua o autor a afirmar que cabe ao juiz o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos de forma retroativa. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 127.

<sup>187</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 326.

<sup>188</sup> Segundo Simioni: “casos difíceis são aqueles casos que, do ponto de vista das teorias do positivismo jurídico, não podem ser submetidos a uma regra clara de direito. São aqueles casos que, do ponto de vista do positivismo jurídico, admitem duas ou mais respostas igualmente justificáveis nos textos legais”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 340/341.

num ato evidentemente discricionário. A tão sonhada segurança jurídica, buscada a todo custo pelo Positivismo, já se mostrava longe daquela que era pregada nos seus primórdios gloriosos.

O Positivismo Jurídico leva ao final, ainda mais insegurança, tanto para os magistrados quanto para os jurisdicionados, na medida em que, ao definir aquela que seria a melhor interpretação, ninguém teria como prever com segurança qual seria a decisão correta. Como se existisse diversas respostas igualmente corretas e caberia ao magistrado a escolha daquela que ele considerasse como sendo a melhor segundo as circunstâncias do caso concreto.

No âmbito do Positivismo Jurídico, então, não seria possível defender a existência de respostas corretas para os casos concretos e sim evidenciar um processo de escolha dentre aquelas possibilidades interpretativas cuja definição caberá ao magistrado de acordo com suas preferências pessoais haja vista existir no ordenamento regramento específico que afastasse dúvida quanto a sua aplicação. Por isso que neste caso trata-se de uma criação do direito e não uma descoberta do mesmo.

Problematizando esta situação, por se tratar de um ato de escolha, o magistrado acaba, por meio deste processo discricionário, criando o direito e, como se não bastasse, o aplicando de forma retroativa. A busca da segurança jurídica proposta pelos métodos interpretativos próprios do Positivismo não foi suficiente para resolver os casos difíceis.

Percebe-se que o direito continua, num paradigma positivista, refém do solipsismo próprio da filosofia da consciência, isolado das transformações ocorridas na filosofia da linguagem. Como se fosse realmente possível construir enunciados legais que pudessem prever e tratar de todas as possíveis hipóteses de aplicação. Como se as respostas viessem prontas antes mesmo das perguntas. “Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses”.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 74/75. Corrobora esse pensamento o fato de a ex-Ministra do STF, Elen Gracie, no decorrer do julgamento que decorreu na aprovação da súmula vinculante de nº 14 ter afirmado que “a Súmula é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”, disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf)> Acessado em 12 de dezembro de 2013.

Para uma interpretação baseada numa concepção constitucional democrática a discricionariedade não se sustenta de forma legítima. Aqueles que ainda defendem uma espécie discricionariedade por parte do julgador não conseguiram ultrapassar as bases positivistas.

Devemos nos preocupar com os limites da decisão judicial. Isso só se mostra possível com a assunção de uma teoria que resolva, principalmente, os problemas decorrentes da defesa de certa discricionariedade na aplicação do direito como meio de se legitimar esta tarefa. Isso só se mostra possível afastando a vontade do intérprete como definidor da atividade interpretativa, própria da concepção positivista do direito.

A preocupação com os limites da decisão judicial se mostra ainda mais necessária quando se pretende alcançar um Estado Democrático de Direito. Numa democracia não se pode permitir que a tarefa jurisdicional encontre-se ilimitada. Muito pelo contrário, numa democracia constitucional a decisão jurídica se mantém limitada as normas constitucionais. Admitir uma interpretação pautada na livre convicção do magistrado, que possuiria uma formação humanista e diferenciada das outras pessoas e do próprio sistema normativo não nos parece nem um pouco razoável, ainda mais no grau de complexidade que nos encontramos.

Continuar apostando no positivismo ao ponto de aceitar a discricionariedade do órgão julgador acaba por gerar um déficit democrático já não mais justificado em tempos atuais. A utilização de uma teoria hermenêutica que afaste esta discricionariedade se mostra indispensável para a formação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Como se os limites da decisão jurídica fosse uma questão de democracia.<sup>190</sup>

Para tanto, precisa-se de uma teoria que não esteja pautada no esquema sujeito-objeto, cujo método de interpretação faça parte de seus pressupostos. Que a velha discricionariedade seja afastada de uma vez por todas, trazendo consigo uma formação de direito mais democrática ao ponto de legitimar a formação de prática jurídica cada vez mais destoadada do subjetivismo do julgador.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 95.

<sup>191</sup> O ato de compreender e o de interpretar (explicar o que se compreendeu) não podem depender de um método para acesso ao conhecimento, muito embora tenha prevalecido na mente da maior parte dos juristas, ao buscar uma teoria que propicie a busca de um conhecimento por meio da escolha do melhor método. É um equívoco pensar que o método traz consigo uma garantia de correção dos processos interpretativos ao objetivar a aplicação do direito. Isto porque este método traz, sempre

Cumprido ressaltar, no presente momento, que a inviabilidade de se continuar a permitir a discricionariedade não pode soar como uma proibição de se interpretar. Muito pelo contrário. A interpretação se mostra necessária até porque sem ela não é possível dar sentido a normas, sejam elas regras ou princípios cuja base de ordenação é a Constituição da República. O que se quer combater são aquelas interpretações ocorridas nos moldes do positivismo jurídico e algumas concepções mais avançadas,<sup>192</sup> mais que ainda se prendem nos seus antigos pressupostos, onde os sentidos da lei fossem atribuídos ao fruto da vontade do interprete, como um ato de vontade.<sup>193</sup>

Permitir que a discricionariedade se mantenha é permitir uma atuação destoada das próprias normas constitucionais mais básicas, como a separação de poderes. Isto porque o drama da discricionariedade acaba por transformar os magistrados em verdadeiros legisladores, ao propiciar a eles um poder discricionário cuja consequência pode chegar à própria criação do direito, como se fossem legisladores segundos, cuja consequência maior é a perda da legitimidade democrática.

Fica bem claro que a aposta na discricionariedade, própria do positivismo jurídico, como já vem sendo defendida há muito tempo, acaba por trazer consigo uma cultura que dificulta o seu afastamento mesmo se mostrando a cada dia mais insuficiente para resolver os casos mais emblemáticos. Continuar apostando na

---

contigo, certo grau de subjetividade ao interprete na escolha dos critérios objetivos para alcançar a necessária interpretação. A troca de uma metodologia por outra não vai resolver nossos problemas, a não ser com a eliminação do método como meio de se alcançar a interpretação. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 79.

<sup>192</sup> Segundo Streck: “Na verdade, a questão que está em jogo ultrapassa de longe essa antiga contraposição de posturas, mormente porque, no entremeio destas, surgiram várias teses, as quais, sob pretexto da superação de um positivismo fundado no sistema de regras, construíram um modelo interpretativo calcado em fórmulas e/ou procedimentos, cuja função é(ra) descobrir os valores presentes (implícita ou explicitamente) no novo direito, agora “eivado de princípios e com textura aberta”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, pg. 98.

<sup>193</sup> Segundo Streck: (...) “Na verdade, o problema, em qualquer das teses que procuram resolver a questão de “como se interpreta” e “como se aplica”, localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito “da subjetividade assujeitadora”, objeto da ruptura ocorrida no campo da filosofia pelo giro ontológico-linguístico e que não foi recepcionado pelo direito. Esse é o nó górdio da questão”. Conclui o mesmo autor dizendo: “Isso significa poder afirmar que qualquer fórmula hermenêutica-interpretativa que continue a apostar no solipsismo estará fadada a depender de um sujeito individual(ista), como que a repristinar o nascedouro do positivismo através do nominalismo”<sup>193</sup>. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 99.

discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão não nos parece o melhor caminho a ser seguido.

Enquanto a discricionariedade fizer parte da razão prática do direito alcançando status de forma legítima de interpretação, o velho dilema de impossibilidade de limitação da atuação da jurisdição se manterá íntegro.<sup>194</sup>

A hermenêutica contemporânea procura superar o problema da discricionariedade. Faz isso ao superar o esquema sujeito-objeto e qualquer possibilidade de subsunção. Aquela diferenciação entre razão teórica e razão prática desaparece fazendo surgir teorias pós-positivistas cuja maior pretensão é superar os problemas não resolvidos pelo positivismo, principalmente, quanto à busca de legitimidade de um sistema decisório, preocupado prioritariamente com a legitimidade da jurisdição no cumprimento de suas tarefas. Para tanto, a discricionariedade judicial teria que deixar espaço para uma nova forma de concretização do direito.

Segundo Streck:

(...) para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertivos, o “mito do dado”). Não há como escapar disso. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas.<sup>195</sup>

Para termos uma efetiva teoria pós-positivista, a principal característica do positivismo jurídico deve ser afastada.<sup>196</sup> Refiro-me a discricionariedade como elemento próprio e inafastável da tarefa interpretativa na concepção positivista, que acaba por gerar ainda mais insegurança na concretização do direito.

<sup>194</sup> O Positivismo Jurídico tem como pressuposto a formação humanista do magistrado para a tomada da melhor decisão dentro da moldura e não se volta para a proteção da norma jurídica, provocando um déficit democrático, porque surge como elemento importante para a integralização do direito. Numa concepção democrática de direito, a legalidade só se sustenta sob o manto da constitucionalidade de seus preceitos, que ao final são evidenciados por meios das normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios.

<sup>195</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p.105.

<sup>196</sup> Lenio Streck chega a dizer que uma teoria pós-positivista não deve, pelo menos fazer uso de mixagens teóricas, além de, tentar resolver os problemas enfrentados pelo positivismo, principalmente, no afastamento de qualquer concepção de direito baseada na figura solipsista do julgador. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 105.

A concepção de Estado Democrático de Direito assumida pela Constituição da República de 1988 tem relação direta com a compreensão o direito, principalmente, com a necessária legitimidade da decisão jurídica. A busca por uma resposta adequada à Constituição se mostra como mais um direito fundamental na perspectiva interpretativa onde se permite o melhor sentido possível para o direito dentro de uma comunidade política.

Surge, então, uma tese no sentido de que haveria um direito fundamental a uma resposta correta, ou seja, aquela que estaria de acordo com as normas constitucionais. O fato de existir dois posicionamentos diferentes emanados por dois juízes sobre o mesmo fato não contraria a tese da existência de uma única resposta adequada para cada caso concreto.<sup>197</sup>

### 3.3 - Em busca de uma legitimação da decisão jurídica: uma questão de Integridade

Para que uma teoria seja considerada pós-positivista, surge como pressuposto a superação efetiva do positivismo jurídico<sup>198</sup>. Não basta surgir como uma nova teoria. O caráter normativo dos princípios tem encontrado nestas novas teorias uma forma de resolver o problema da sistematização de todo ordenamento jurídico. A superação do positivismo pressupõe, então, o enfrentamento de seus

---

<sup>197</sup> Dworkin ao assumir o direito como integridade, no qual não só os textos jurídicos, mas também os princípios e convicções de moralidade política passam a ser importantes para a solução adequada dos casos práticos, é possível sim encontrar a resposta correta do direito. Esta resposta correta, ou adequada, não se mostra pronta e acabada, senão estaríamos utilizando de bases positivistas que acredita estabelecer respostas antes mesmo das perguntas. Não é isso que defende essa teoria. Também não garante a aplicação correta no caso concreto, haja vista que os dois juízes podem estar equivocados sobre a resposta correta. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 330/332.

<sup>198</sup> O jurista convencionalista busca estabelecer com o passado: ele assume uma estratégia de coerência – que, aqui, significa repetição da decisão institucional do passado – sem se preocupar com as condições e a fundamentação dessa decisão; a decisão por si só é legitimada, dando autorização para sua aplicação presente. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça] p.169. É, por isso, que a pretensão dos convencionalistas acaba por fracassar: a discricionariedade judicial que eles mesmos endossam, significa o marco destrutivo de toda a segurança jurídica – previsibilidade – que tais autores tanto valorizavam. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud Pedron. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 175.



obstáculos, cuja maior preocupação se mantém na manutenção de um método que não conseguiu resolver o problema da discricionariedade.

Uma teoria que se mostra adequada deve resolver os problemas que assolam o positivismo jurídico, sem, sobretudo, se descuidar da manutenção da legitimidade de todo o sistema jurídico, que só será possível, a princípio, com a compatibilização entre o princípio democrático e a concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, mostra-se necessário manter a autonomia do direito e um efetivo controle da atividade jurisdicional para afastar qualquer tipo de discricionariedade, de modo a manter uma integridade e coerência do direito, cuja base de todas as decisões é a Constituição.<sup>199</sup>

Segundo Ronald Dworkin,<sup>200</sup> as premissas metodológicas do Positivismo Jurídico não seriam suficientes para justificar as práticas decisórias, principalmente naqueles casos tidos como difíceis, ou seja, naqueles cuja previsão legal não seria suficientes para definir a resposta correta para o caso *sub judice* haja vista que admitem duas ou mais respostas igualmente justificáveis nos textos legais.<sup>201</sup> Exigiria do magistrado, por conta desta peculiaridade, uma tarefa interpretativa que justifica uma posição baseada não na normatividade e, sim, em critérios discricionários. Desenvolveu, então, uma teoria<sup>202</sup> com o objetivo de alcançar a necessária legitimidade que faltava para a prática decisória.<sup>203</sup>

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 106/107.

<sup>200</sup> Ronald Dworkin foi sucessor da cátedra de Hart na Oxford University, na Inglaterra, onde se aposentou. Ex-professor da *New York University* e da *University College London*. Faleceu em 14 de fevereiro de 2013. Seus trabalhos mais recentes tratam de temas ligados à democracia, à política e à justiça.

<sup>201</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 326/327.

<sup>202</sup> Trata-se da Teoria da Moralidade Política, cuja premissa básica é uma visão do direito como integridade. Por meio dos princípios da moralidade política (equidade, da justiça, do devido processo legal e o próprio processo democrático em geral) é possível alcançar as condições essenciais para se chegar a uma legitimidade da decisão jurídica. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 324.

<sup>203</sup> Seu traço fundamental é a defesa da integridade como ideal para nortear as práticas jurídico-políticas de uma sociedade, preocupada com o compromisso em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário a melhor orientação e leitura possíveis. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p.166.

Numa concepção de direito como integridade<sup>204</sup>, Ronald Dworkin postula uma proteção à previsibilidade sem perder a devida e necessária flexibilidade na aplicação das decisões judiciais por meio de uma Teoria da Moralidade Política.<sup>205</sup>

Segundo Simioni:

Ao contrário da linha procedimentalista de Alexy e Habermas, Dworkin assume uma perspectiva jurídica hermenêutica substantiva, que procura entender o direito como uma prática interpretativa, como uma atitude interpretativa, comprometida com os princípios e convicções morais da comunidade, que transcendem os textos legais e jurisprudenciais, e que por isso devem ser tratados como uma espécie de integridade (*integrity*) e coerência (*consistency*).<sup>206</sup>

Pela virtude da coerência<sup>207</sup> demonstra a necessidade de tratar os casos semelhantes de forma isonômica, ou seja, que as decisões sejam coerentes no sentido de manterem os mesmos padrões fundamentais de justiça e equidade na tarefa jurisdicional, principalmente naqueles casos tidos por semelhantes. Este ideal de coerência é chamado por Dworkin de moralidade política.<sup>208</sup>

<sup>204</sup> A “integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e [equanimidade] corretos.” DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça] p.202. Continua o autor a dizer que: “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.” DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça] p. 213.

<sup>205</sup> Não se trata de convicções morais subjetivas senão estaria o autor cometendo o mesmo equívoco das teorias positivistas que deságuam na discricionariedade como atributo das decisões judiciais. O autor se refere a uma moralidade objetiva, ou seja, comunitária. A referida moral não é apenas um sentimento de justiça ou uma emoção humana. Tomemos o exemplo da escravidão. Ela se mostra injusta por questões de princípio, porque não há quem defenda de forma sensata a sua manutenção no estágio de amadurecimento normativo que nos encontramos. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 339.

<sup>206</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 324. Até mesmo porque “a vida humana, em qualquer forma, tem um valor sagrado, inerente, e quaisquer de nossas escolhas sobre o nascimento ou a morte devem ser feitas, na medida do possível, de modo que seja respeitado, e não degradado, esse profundo valor”. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. VII.

<sup>207</sup> “Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável” DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça]. p. 200).

<sup>208</sup> Segundo Simioni, “se no positivismo não é possível uma única decisão correta, na teoria de Dworkin a decisão jurídica correta não é somente possível, mas também exigida por uma questão de coerência e integridade. Do mesmo modo que no neopositivismo de Kelsen, para Dworkin, a escolha da interpretação adequada é uma escolha política. Mas essa escolha não é política no sentido das

Somente alcançará a querida e necessária legitimidade das decisões judiciais seguindo os pressupostos de justiça, equidade, devido processo legal e coerência. Equidade para uma estrutura política imparcial, justiça na distribuição de recursos e oportunidades e devido processo legal na criação e aplicação do direito. A coerência exige que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, baseados em padrões fundamentais de justiça e equidade.<sup>209</sup> Por meio do cumprimento destas virtudes é possível alcançar o ideal de coerência que Dworkin chama de moralidade política, a virtude da integridade política.

A Teoria da Moralidade Política proposta por Dworkin se distancia dos pressupostos próprios do Positivismo Jurídico ao abandonar aquela visão equivocada de que o direito não passava de uma interpretação semântica de textos jurídicos onde em determinados casos a discricionariedade<sup>210</sup> do julgador é que imperava.

É com a teoria da moralidade política que começa a ser sustentada a existência de um direito a decisões jurídicas corretas para os casos concretos afastando por completo aquela indesejável discricionariedade que acompanha o positivismo jurídico e que ao final prejudicava o alcance da legitimidade desta importante tarefa estatal.<sup>211</sup>

Por meio de uma perspectiva do direito como integridade,<sup>212</sup> Dworkin propõe que ao lado dos textos jurídicos e dos princípios, assumam as convicções de

análises semânticas do direito e sim política no sentido da coerência e integridade com o projeto político de uma comunidade baseada em princípios, baseada em convicções de moralidade política comuns". SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 330.

<sup>209</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 370.

<sup>210</sup> "Dworkin fala em três sentidos para o termo discricionariedade: um sentido fraco, um sentido forte e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir de escolha 'entre' duas ou mais alternativas. [...] A esse sentido, Dworkin acrescenta a distinção entre discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade implica a incontornabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido." STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.42.

<sup>211</sup> Para Dworkin, existe sempre uma resposta correta para cada situação. Por mais impopular que isso possa parecer, a concepção de direito como integridade, embora aceite a possibilidade de duas ou mais possibilidades interpretativas de um mesmo caso, haverá, sempre aquela que apresenta a melhor decisão do ponto de vista da moral política. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 329.

<sup>212</sup> O direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão

moralidade política um importante papel para a elucidação do papel interpretativo indispensável para a prática jurídica. Nestes moldes, sim, é possível pensar em encontrar a resposta correta do direito.

A resposta pautada na decisão judicial não pode depender, pelo menos numa concepção pós-positivista, da consciência do julgador cuja subjetividade é que vai definir a forma como o direito resolve determinada situação. É como se o julgador tivesse o poder de decidir sobre os parâmetros que ele mesmo criou qual seria a melhor decisão. Como se as partes tivessem cada uma delas uma chance de cinquenta por cento de conseguir o provimento de seu pedido. Nestes moldes, caberia o juiz decidir pelo provimento ou não segundo seu livre convencimento.

Existe, ou pelo menos deveria existir uma diferença entre decisão e escolha. Escolha pressupõe discricionariedade enquanto decisão pressupõe a sua falta.<sup>213</sup> No positivismo, havendo mais de uma possibilidade deveria o juiz escolher dentre uma ou outra. Trata-se de uma escolha que será feita segundo critérios pessoais do julgador, bastando que fundamente sua escolha. Aqui, percebe-se claramente não existir um limite de atuação por parte do julgador, quanto mais na substância de sua motivação, que poderá estar totalmente destoa do ordenamento até porque a lei não se mostra tão certa quanto a sua interpretação e os princípios surgem, no positivismo como meios integrativos. Como se o parâmetro mudasse nos tidos casos difíceis. Na falta de norma específica sobre o assunto caberia ao juiz à tarefa de concretizar segundo seu senso de justiça – discricionariedade.

Sob uma perspectiva da teoria da moralidade política de Ronaldo Dworkin, a decisão deve ser pautada não por meio de escolhas possíveis dentro do quadro de possibilidades, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou

---

explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como [integridade] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça] p.164.

<sup>213</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 107.

seja, a partir de uma compreensão daquilo que a comunidade política<sup>214</sup> considera como a melhor e mais adequada interpretação do direito na sua concretização.<sup>215</sup>

Isso só se mostra possível a partir de uma reconstrução da história institucional do direito, onde a tarefa do julgador não seria mais a de escolher a melhor interpretação dentro várias possíveis, mas, sim, descobrir aquela que é a correta, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto. Essa descoberta vai de encontro à existência de certo “grau zero de sentido”.<sup>216</sup>

O direito é muito mais que apenas questão de lógica de análise semântica, é muito mais que apenas uma questão empírica de ver se a descrição dos fatos se subsume na descrição dos textos jurídicos. Para Dworkin “*o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, segundo a qual nosso direito consiste na melhor justificativa do conjunto de nossas práticas, e que ele consiste em uma história narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis*”<sup>217</sup>

É natural que uma interpretação de uma lei possa ser desconectada com outra decisão proferida em contextos históricos diferentes. A coerência como atributo da moralidade política leva em consideração os motivos históricos do passado no sentido de encontrar a melhor justificação dessa prática e, não como

<sup>214</sup> Uma espécie de Comunidade virtuosa de princípios. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 108.

<sup>215</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 108.

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 108. Independentemente da multiplicidade de interpretações possíveis, sempre haverá uma mais adequada. Impossível eliminar a variedade de possíveis interpretações. Diferentemente do positivismo que aceita a possibilidade de escolhas ao magistrado naquele que melhor lhe aprouver como sendo a melhor, na concepção de direito segunda a Teoria da Moralidade Política, caberá ao magistrado deverá descobrir aquela que melhor revela a virtude do direito, sem estar preso ao texto legal. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p.350/351.

<sup>217</sup> Dworkin apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p.351. Segundo Dworkin “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça] p. 274.

justificativa para sua repetição, sem digressão sobre se ainda mantém os seus fundamentos. Essa coerência histórica Dworkin intitula como “romance em cadeia”.

Para Dworkin, o magistrado é como *“um romancista na corrente. Ele ou ela devem ler tudo que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que esses juízes disseram, ou seus estados de espírito ao dizerem aquilo, mas para chegar à opinião sobre o que esses juízes coletivamente deixaram”* sobre o instituto jurídico em discussão. Em cada julgamento, o magistrado deve comportar-se:

como um parceiro em um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz hoje. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque ele tem uma responsabilidade de fazer avançar o empreendimento que tem em mãos e não partir para alguma nova direção.<sup>218</sup>

O dever de um juiz é *“interpretar a história do direito que encontra, não inventar uma história melhor”*.<sup>219</sup> A decisão jurídica deve acompanhar o projeto pelo qual faz parte e não desprezar todo o contexto em que se mostra inserida. Deve prevalecer a interpretação que esteja em consonância com uma justificação política e moral dentro deste projeto que faz parte. Esta será, então, a decisão correta. A decisão jurídica é sempre uma nova decisão. Só que agora livre de uma coerção semântica dos textos legais e comprometida com a produção histórica de cada instituto jurídico e que ao mesmo tempo se fundamenta na atualidade como a melhor decisão.

Essa coerência se refere aos princípios de moralidade política e não aos objetivos políticos. Segundo Streck:

Na especificidade, Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se assim se quiser, pode-se chamar isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade.<sup>220</sup>

<sup>218</sup> Dworkin, *apud* SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 384/385.

<sup>219</sup> Dworkin *apud* SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p.385.

<sup>220</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 110.

Uma teoria baseada numa resposta correta não se mostra nem um pouco popular por contrariar um senso quase comum de que direito não é uma ciência exata como a matemática. Existe um dogma de difícil superação no sentido de estar certa a possibilidade de existência de respostas diferentes para casos iguais.<sup>221</sup>

Dworkin defende, então, a existência de uma resposta correta no direito sem, no entanto, fazer uso de uma metodologia capaz de alcançar este objetivo tão desejado. Utiliza de uma hermenêutica política baseada em sólidos e convincentes princípios de moralidade política da comunidade para construir sua teoria, que se mostra além de uma análise linguística.<sup>222</sup>

Em busca desta resposta correta, Dworkin cria a metáfora de um juiz, nomeado por ele de Hércules, uma espécie de juiz ideal<sup>223</sup>, capaz de chegar a descobrir a resposta correta.<sup>224</sup> Um modelo de juiz que permite abstrair os problemas de tempo, de infraestrutura, de formação, de excesso de trabalho, enfim, dos problemas cotidianos que afligem os magistrados atualmente, em especial a exigência de produção por meio de resoluções emanadas pelo Conselho Nacional

---

<sup>221</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 330.

<sup>222</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 330. A dificuldade de se encontrar a resposta correta do direito decorre de problemas de divergência a respeito dos métodos de interpretação e da própria concepção de direito em sua realização prática. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 335/339.

<sup>223</sup> “Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que Dworkin não transforma o seu ‘juiz Hércules’ em um juiz solipsista e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 168.

<sup>224</sup> Já que existe uma única resposta correta, é possível a existência de uma resposta que contrarie até mesmo os objetivos políticos de um governo democrático. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 330. Não uma descoberta no sentido metafísico, no sentido de que já estaria pronta e acabada devendo simplesmente ser encontrada. Independentemente da multiplicidade de interpretações possíveis, sempre haverá uma mais adequada. Impossível eliminar a variedade de possíveis interpretações. Diferentemente do positivismo que aceita a possibilidade de escolhas ao magistrado naquele que melhor lhe aprouver como sendo a melhor, na concepção de direito segunda a Teoria da Moralidade Política, caberá ao magistrado deverá descobrir aquela que melhor revela a virtude do direito, sem estar preso ao texto legal. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 361.

de Justiça, que muito tem interferido na qualidade dos fundamentos decisórios e da própria legitimidade desta tarefa.

Segundo Dworkin o magistrado deve primeiro, selecionar as possíveis soluções jurídicas para o caso levando em consideração os precedentes judiciais, de modo a estabelecer uma coerência entre os seus fundamentos. Não se trata de uma análise de quantidade e, sim, no peso das fundamentações, ou seja, na coerência. Em seguida, deve descartar as hipóteses incompatíveis, pois se mostram incoerentes no contexto verificado. Por fim, deve verificar uma coerência tanto interna quanto global encontrando uma justificação adequada, ou seja, a resposta correta.<sup>225</sup>

Para a concretização desta busca pela resposta correta em busca de legitimidade, resolvendo problemas antigos como ativismo e autorrestrição judicial Dworkin cria importantes distinções para alcance deste desiderato. Distingue regras, princípios e políticas públicas para alcance desta tarefa interpretativa em busca daquela que seja a mais correta, pelo menos no momento histórico considerado.

As regras são as normas jurídicas próprias do direito positivo<sup>226</sup>; os princípios são todos os demais padrões normativos que não são regras, que estão para além do direito positivo, baseado em questões de moralidade objetiva<sup>227</sup> enquanto as políticas públicas possibilitam a utilização de argumentos baseados nos objetivos políticos do governo.<sup>228</sup>

<sup>225</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 286/289.

<sup>226</sup> Na sua aplicação, caso haja incompatibilidade entre umas e outras, se resolve pelo critério de tudo ou nada. Ou seja, não aceita medidas ou graus de cumprimento. Ao contrário dos princípios, o seu cumprimento não é uma questão de correção, mas de adequação, de coerência. Ou seja, prevalecem ou não prevalecem. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 341/345.

<sup>227</sup> Trata-se de objetivos políticos da comunidade e não por convicções pessoais de um julgador solipsista enclausurado na tarefa interpretativa própria do Positivismo. Segundo Simioni, a identificação dos princípios segundo Dworkin é uma questão de argumentação que foge de uma análise de relatório ou de textos legais, tampouco utiliza um método para a sua descoberta dentro do sistema legal. A análise deve seguir a capacidade em propiciar uma justificação mais adequada e melhor justificada da interpretação do direito. Assim, se constrói uma interpretação jurídica sob a melhor luz, capaz de revelar, do melhor modo possível, a virtude do direito. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p.338/339.

<sup>228</sup> Segundo Dworkin, entre princípios morais e políticas públicas há uma grande diferença. Aqueles são utilizados para a busca de uma justiça e equidade que está além do texto legal. Trata-se de convicções morais importantes que respeita a história jurídica do passado e o próprio projeto político do futuro desta mesma comunidade. Trata-se de uma leitura moral do direito. Moral esta que muito se afasta daquela que se aflora por convicções pessoais do julgador. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 341/345.



A partir desta diferenciação a teoria da moralidade política recomenda ao magistrado a utilização de argumentos de princípio e não de políticas públicas, mantendo com isso a legitimidade do sistema judicial sob o aspecto da democracia. Isso porque, os princípios informam direitos enquanto as políticas públicas informam objetivos. No entanto, numa decisão jurídica deve prevalecer os argumentos de princípio, mesmo que contrárias à opinião da maioria.<sup>229</sup>

A jurisdição constitucional constitui na garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988, o que Lenio Streck chama de “sentimento constitucional”. Como se a integridade e coerência do direito, baseado nas tradições de seus institutos, garantissem decisões adequadas mesmo nos casos de reformas realizadas pelo Parlamento no sentido de destoar este sentido. Não se admite mais uma interpretação do direito baseado e dependente da visão solipsista de juízes e Tribunais<sup>230</sup>.

A partir destas verificações percebe-se o grau de autonomia assumido pelo direito nesta nova concepção. Justifica-se em prol da manutenção do desenvolvimento da sociedade e para a manutenção do próprio princípio democrático.

Quando se critica o protagonismo judicial é porque acreditamos que as decisões judiciais não podem ser tomadas a partir de critérios pessoais do magistrado levando em consideração suas convicções pessoais como se a adequação da decisão dependesse desses critérios subjetivos que acabariam interferindo sobremaneira no sentido dado as normas. O direito não pode ser relegado àquilo que o judiciário diz ser ele, muito menos pautado numa percepção subjetivista por parte de seus membros.

Até que ponto poderia, então, o Poder Judiciário decidir sem desrespeitar as funções típicas dos outros poderes? Até porque, não se justifica violar princípios constitucionais sob a alegação de proteção de outros. Em cada caso concreto teremos um princípio adequado para tratar daquela situação. Não há como justificar

---

<sup>229</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 344. A relação entre princípios e políticas públicas pode ser entendida como a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, na qual o constitucionalismo serve como limite a busca desenfreada pelos objetivos políticos da comunidade.

<sup>230</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 114.

a simples sobreposição de um princípio sobre outro de forma que o magistrado caberia à escolha de forma discricionária daquele que melhor adeque a situação.

Para legitimar a atuação do Poder Judiciário Dworkin defende que:

O tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem – estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.<sup>231</sup>

É como se as decisões de princípio e não de política legitimassem as decisões judiciais enquanto exigência de justiça e de equidade que, para tanto, só é possível com a assunção de uma concepção de democracia que coadune com a proteção dos direitos fundamentais.

Assim, não é considerada legítima qualquer decisão judicial baseada em argumentos de política (*policy*). Segundo Dworkin, decisões políticas são aquelas que estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade<sup>232</sup>. Estas atribuições seriam exclusivas dos Poderes Legislativo e Executivo, cujas decisões se remetem à forma como tais questões ingressam no poder, de forma democrática, e consequentemente, não podem ser objeto de controle ou aplicação pelos tribunais. Desse modo, Dworkin consegue balancear o princípio democrático com o princípio constitucional;

Cláudio Pereira de Souza Neto resume bem a posição de Dworkin sobre a legitimação constitucional:

No tocante à jurisdição constitucional, Dworkin irá legitimá-la da seguinte maneira. Se, em um caso difícil, o magistrado, não podendo aplicar uma regra, aplica um princípio, não está criando direito novo, mas aplicando o direito preexistente. Por conta disso, a inclusão dos princípios no sistema jurídico resolve os problemas de legitimação dos tribunais constitucionais criados pela concepção volitiva da jurisdição presente no modelo normativista. É essencial destacar, no entanto, que somente os argumentos de princípio podem justificar a

<sup>231</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo. Martins Fontes, 2000, p. 101. Segundo o mesmo autor é equivocada a ideia de que deixar o tribunal decidir sobre uma questão polêmica é antidemocrático. Ele exemplifica que o aborto deve ser decidido pelo poder jurisdicional uma vez que, caso fosse submetido à maioria, justificar-se-á referida lei com base em opiniões morais ofender a igualdade de representação. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo. Martins Fontes, 2000, p. 100.

<sup>232</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36

jurisdição constitucional. O autor não concebe a possibilidade de que um argumento político, utilizado pelo poder judiciário, possa anular normas cuja produção no âmbito do legislativo também se funda em argumentos políticos.<sup>233</sup>

A relação entre princípios e políticas públicas na concepção da teoria da moralidade política pode ser relacionada com a democracia e o próprio direito constitucional na qual este expressa os princípios e aquela os objetivos políticos da comunidade. Como se os princípios, então, figurassem como promessas das maiorias as minorias no sentido de que seus direitos merecem proteção independentemente dos objetivos traçados democraticamente pelas maiorias.

Dworkin por meio da Teoria da Moralidade Política defende a busca pela melhor interpretação. Aceita a existência de divergência decisória e ao mesmo tempo acredita na existência de uma resposta correta, a depender do momento histórico considerado.

Rafael Simioni sintetiza bem a teoria da moralidade política, dizendo que:

“Levar a sério os direitos pressupõe pensá-los como uma questão de princípio (e não como uma questão de objetivos das políticas públicas do governo), que por sua vez pressupõe que o império do direito seja definido por uma atitude interpretativa (e não por uma subsunção semântica positivista) coerente com os princípios de moralidade política da comunidade (e não apenas com as convicções políticas do passado ou só com as exigências pragmáticas da eficiência econômica). Isso é integridade”.<sup>234</sup>

No Brasil, segundo Streck, a resposta correta é aquela adequada à constituição da República e não à consciência do interprete. Afastar qualquer tipo de subjetivismo é o mesmo que sobrelevar a constituição ao patamar de centro do ordenamento jurídico. Mais do que isso, é considerá-la como tal, principalmente, na concretização do direito.

A constituição assume o papel de maior importância dentro do ordenamento e por conta disso todos os poderes devem atuar em conformidades as suas disposições. Num Estado Democrático de Direito nenhum poder está autorizado a desrespeitar a constituição. Para isso existem institutos jurídicos que controlam

<sup>233</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

<sup>234</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, pag. 401.

qualquer violação para a manutenção da integridade de todo um sistema pautado em regras e princípios.

Segundo MEYER:

Quando juízes decidem de acordo com a integridade do direito, eles agem como membros de uma comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade que se vincula por argumentos de princípio. Eles devem ver o direito em sua melhor luz, o que inclui um tratamento deontológico (normativo) dos princípios e o respeito aos direitos, tidos como “trunfos” ante argumentos de política. O que Dworkin chama de moralidade política - ao contrário da moralidade encarnada pelos juízes alemães e criticada por Maus - é um todo coerente de virtudes normativas, como justiça e integridade. A decisão judicial deverá, pois, refletir o que é justo ou correto ante normas, não o que o juiz pensa que é “bom pra mim” ou “bom pra nós”.<sup>235</sup>

A busca pela legitimidade pressupõe, então, a adoção de uma teoria que não se mostre complacente com a prática discricionária por parte do julgador. Mais do isso, deve compatibilizar a existência de um regime democrático sem prejuízo da proteção dos direitos fundamentais. A teoria da Moralidade Política, proposta por Dworkin consegue resolver estes maiores obstáculos não solucionados pelas concepções jurídicas positivistas.

---

<sup>235</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. *O papel que deve ser assumido pelo Judiciário*. Conjur. <[HTTP://www.conjur.com.br/2013-jan-21/emilio-peluso-juiz-nao-decidir-acordo-pensa-bom?imprimir=1](http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/emilio-peluso-juiz-nao-decidir-acordo-pensa-bom?imprimir=1)>. Acessado em 12 de fevereiro de 2014.

## CONCLUSÃO

O papel que o Poder Judiciário tem assumido, hodiernamente, tem gerado discussões das mais variadas possíveis. É inegável que tem assumido papel importante na efetivação dos direitos fundamentais ainda mais se consideramos o fenômeno da judicialização da política que propiciou uma intensa e jamais vista previsão acerca destes direitos.

A proteção dos direitos fundamentais é tão importante quanto à proteção do regime democrático e separação dos poderes. Não se mostra justificável, pelo menos nos moldes constitucionais, a defesa de sobreposição de um princípio sobre o outro. Pelo contrário, devem ser pensados em conjunto. Ou seja, a democracia só se legitimará com a devida proteção dos direitos fundamentais e vice e versa. Trata-se de uma relação de tensão necessária entre – Constitucionalismo e Democracia. A busca pela legitimidade da decisão jurídica depende disso.

Contrariando toda esta perspectiva de tensão necessária entre Constitucionalismo e Democracia, o próprio legislador infraconstitucional e parte da doutrina e jurisprudência têm vislumbrado no Poder Judiciário, a possibilidade de fazer valer as determinações constitucionais sem a contribuição dos outros poderes, Legislativo e Executivo. Enxergam no magistrado um ser sensível a todas as aspirações sociais. Mais do que isso, suficientemente capacitados para promover as necessárias e queridas transformações sociais por meio dos instrumentos processuais, mesmo não encontrando respaldo normativo.

Este pensamento falacioso tem gerado uma crise institucional do Poder Judiciário sem precedentes. Com estas falsas premissas o Legislador tem feito intervenções pontuais no sentido de alterar os procedimentos legais tornando-os cada vez mais céleres, o que decorre de uma opção eminentemente quantitativa e não qualitativa de resolução das demandas.

Como se o Poder Judiciário detivesse as ferramentais ideais para decidir sobre todos os problemas que nos assolam. Principalmente acerca da análise dos efeitos colaterais de suas decisões no âmbito social. Como se pudesse, legitimamente, substituir os outros poderes nas suas atribuições, para decidir todos os pontos fraturantes da sociedade, cada vez mais complexa e diversificada, simplesmente por considerá-lo em melhores condições.

A princípio, a atuação desordenada do Poder Judiciário pode nos parecer inofensiva. Como se não bastasse a crise institucional é ampla e alcança todos os poderes. Devemos nos perguntar até que ponto caberia incentivar a atitude assumida pelo Poder Judiciário como instância compensatória das deficiências dos outros poderes de forma ilimitada.

O ativismo judicial até o presente momento tem sido visto por alguns como parte da solução e não como problema.<sup>236</sup> Essa assunção de tarefas tem tudo para contribuir para a efetivação de uma crise sem precedentes do Poder Judiciário. Segundo Luis Roberto Barroso, precisamos de uma reforma política e esta não poderá ser feita por juízes.<sup>237</sup>

A problematização decorrente deste fenômeno não passa apenas pelas reformas legislativas. Estas, enquanto necessárias, merecerem estabelecer certos pressupostos capazes de manter certa racionalidade ao sistema normativo. Mais do que isso, devem se compatibilizar com as normas constitucionais sem desprezar os interesses individuais na produção e participação dos provimentos judiciais sob pena de mascarar toda uma criação e desenvolvimento dos direitos fundamentais, que nos foram tão caros. Para tanto, cumpre salientar que esta convergência de sistemas não pode ser efetuada de forma mecânica e destoadada de legitimidade.

Diversas modificações legislativas têm sido postas em ação cujo intuito maior é propiciar celeridade nas demandas judiciais, desprezando muitas das vezes o próprio fundamento inicial de acesso à justiça.

Como se não bastasse, o Positivismo Jurídico não consegue resolver o problema da limitação da atuação do Poder Judiciário de modo a manter uma legitimidade da decisão jurídica, principalmente, porque não conseguiu afastar de seus fundamentos a ideia de discricionariedade quando da tarefa interpretativa do direito.

No entanto, resta-nos analisar, com a responsabilidade que merece, até que ponto esta atividade não ingressaria naquilo que se nomeou de “ativismo judicial”.

---

<sup>236</sup> Segundo STRECK, o Poder Judiciário não pode e muito menos deve ser tratado como “a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*. Igualmente não se pode apostar em uma ‘república de juízes’”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.

<sup>237</sup> BARROSO. Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Coutinho, Jacinto Miranda; Fragale, Roberto; Lobão, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2011, p. 290.

Ou seja, até que ponto caberia ao Poder Judiciário interferir na tomada de decisões de grande relevo nacional desrespeitando as atribuições dos outros poderes legitimamente constituídos? Qual seria o limite de atuação deste poder em face do modelo constitucional vigente que preordenou que o local para estas discussões seria o Congresso Nacional, que detém democraticamente a representação popular?

Pela Teoria da Moralidade Política, Dworkin propõe uma nova concepção de direito. Defende a existência de uma soberania constitucional onde haveria entre a vontade popular e os direitos fundamentais uma dependência necessária para legitimar as decisões judiciais. Nestes moldes, o limite de atuação do Poder Judiciário se restringiria a proteção dos direitos fundamentais com base nos argumentos de princípio, cabendo ao Parlamento a tarefa de definir a vontade popular, cuja verificação não se resume na definição de uma maioria, e sim, na proteção social que respeita uma vontade comunitária, baseada numa integridade social de todos.

No entanto, se o Poder Judiciário for chamando a efetivar um direito fundamental de uma minoria em face de um desprezo pelo Parlamento, mesmo que isso significasse uma ação ativista por parte do Poder Judiciário, este estaria legitimado a assim agir, em proteção a um direito fundamental, que serve como parâmetro de garantia de todos contra todos, incluindo o próprio Estado. Não existe poder ilimitado.

Neste caso o Poder Judiciário estaria atuando em salvaguarda de parte da população sem representatividade no Poder Legislativo, merecendo proteção em seus direitos constitucionalmente garantidos. Afinal, a Constituição da República é à base do sistema jurídico, onde todos os poderes devem respeito. Por se tratar de direitos fundamentais, caberia, sim, ao Poder Judiciário a sua garantia, nos próprios termos da Constituição.

Esta forma de atuação ativista por parte do Poder Judiciário deve ser exercida apenas em casos específicos e necessários, sob pena de violação de toda uma harmonia entre o sistema de separação de poderes, e não como temos presenciado, sem a preocupação com a legitimação de todo um sistema normativo, baseado simplesmente na alegação de proteção dos mais variados direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Precedentes Judiciais versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In: Direito Jurisprudencial. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

AMARAL Júnior, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. (Coord.) Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2010.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: *Constitucionalismo e Democracia / Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia ...* [et. aL.]; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo ... [et. AL.]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. NUNES, Dierle José Coelho. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 100, p.63, jan./jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Recursos extraordinários no STF e o STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. *A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. NUNES, Dierle José Coelho. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume IV, Ano III. Rio de Janeiro, 2009.

\_\_\_\_\_. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann*. Revista Sequência, nº 59, p. 61-88, dez. 2009.

\_\_\_\_\_. NUNES, Dierle José Coelho. *Ativismo e Protagonismo Judicial em xeque. Argumentos pragmáticos*. Jus Navigandi. Teresina, ano 14, nº 2106, 7/04/2009 – [HTTP://jus.com.br/revista/texto/12587](http://jus.com.br/revista/texto/12587) - acesso em: 09/10/2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.



*Direitos Sociais em debate*. Organização: Cláudia Toledo. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco; Dicionário de Política. Trad. Carmen C, Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONDIOVANNI, Giorgio. *Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920*. In Costa, Pietro; Zolo, Danilo (org.). *Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Ed. Noeses, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81/108, dez. 2003.

\_\_\_\_\_; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O devido processo legislativo e estado democrático de direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.2, p. 167-190, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.) *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Trad. Emilio Peluso Neder Meyer (manuscrito) do original publicado na *European Journal of Philosophy*, n.3:1, 1995.

\_\_\_\_\_. *Discriminação positiva*. São Paulo: Subjudice, vol. 12, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; JUBILUT, Liliana. *Horizontes para a epistemologia dos direitos sociais. Direitos Sociais em debate*. Organização: Cláudia Toledo. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coord. Amaral Júnior, José Levi Mello do. *Quartier latin*, São Paulo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bieno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo, 1997, Vol.II.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002,

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Bieno Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista Sequência*, nº 56, jun. 2008.

LEAL, Rogério Gesta Leal; LEAL, Mônica Clarissa Hennig.(Coord.). *Ativismo Judicial e Déficits democráticos: Algumas experiências Latino-Americanas e Européias*. Rio de Janeiro. Editora *Lúmen Júris*, 2011.

MAGALHÃES. José Luiz Quadros. *Curso de Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo. Método, 1997.

\_\_\_\_\_. *Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana*. In *Constitucionalismo e Democracia*. FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes [et. al.]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, nº58, nov. de 2000.

\_\_\_\_\_. *O Judiciário como superego da sociedade*. Coleção Conexões Jurídicas. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2010.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Constituição e Democracia. Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1011, 8 de abr. 2006. Disponível em: [HTTP://jus.com.br/artigos/8202](http://jus.com.br/artigos/8202). Acesso em: 15 de janeiro de 2014.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. Ano: 36, vol. 199, setembro de 2011. Ed RT.

\_\_\_\_\_. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba. Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. Ano: 36, vol. 199, setembro de 2011. Ed RT.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud Pedron. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 175.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf). Acessado em 15 de junho de 2013.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Sousa; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba. Juruá, 2012.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte, Arraes, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto *Direito e racionalidade comunicativa. A teoria discursiva do direito no pensamento de Junger Habermas*. Curitiba. Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. *Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e Democracia*. In: *Constitucionalismo e Democracia*. Org. Eduardo H. L. Figueiredo. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico*. Curitiba. Juruá, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Rafael Tomáz; BARRETTO, Vicente de Paula. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RE-CHTD) 1(2):75-83. Jul./dez.2009.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2009.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011,

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ªed. São Paulo. RT, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. Direito Jurisprudencial. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Ed. RT, 2012.