UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DE UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: UMA CONSTANTE AMEAÇA À DEMOCRACIA E À AUTONOMIA DO DIREITO

RANNA PAULA MIRANDA TAVARES

Rio Grande

2016

RANNA PAULA MIRANDA TAVARES

O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DE UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: UMA CONSTANTE AMEAÇA À DEMOCRACIA E À AUTONOMIA DO DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira

Rio Grande

2016

RANNA PAULA MIRANDA TAVARES

O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DE UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: UMA CONSTANTE AMEAÇA À DEMOCRACIA E À AUTONOMIA DO DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira
Orientador-FURG

_____

Rômulo Gubert de Melo Brum
Membro da Banca-FURG

_____

Agnes Carolina Hüning
Membro da Banca-FURG

Aos meus pais, Rozangela e Seliomar, pelo amor incondicional que existe entre nós.

Às minhas irmãs, Renata e Geovanna por significarem união e amizade na minha vida.

Ao meu querido Leonardo, pelo amor e cumplicidade com que me apoiou nessa travessia.

A minha querida vovó Ângela por toda doçura e cuidado comigo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por ter me dado coragem e determinação para sair do meu Tocantins e desbravar as terras gaúchas. As experiências aqui vividas foram únicas e enriquecedoras. Sem dúvidas, foi Ele quem me sustentou com seu amor inexplicável e incondicional e todo o Seu cuidado durante esses seis anos longe de casa. Sem a Sua presença, nada disso teria se concretizado. A Ele toda glória!

Ademais, a realização desse trabalho não seria possível sem o apoio de diversas pessoas especiais, que, de certo modo, fizeram-se presentes na minha vida nos momentos em que mais precisei. Dessa forma, quero agradecer especialmente:

Aos meus pais, Rozangela e Seliomar, pelo amor, apoio e suporte dados para a realização de um dos maiores sonhos da minha vida. Vocês foram a minha base, o meu chão e o início de tudo.

Às minhas irmãzinhas, Renata e Geovanna, por me trazerem tantos sorrisos, sempre torcendo e acreditando em mim. Vocês são o meu tesouro e minha motivação.

Ao meu amorzinho, Léo, pela paciência, carinho e cumplicidade. Obrigado por suportar praticamente todos os momentos e fases desse trabalho ao meu lado. Você foi e é único. Te amo.

A minha melhor amiga, Andressa, por sempre me apoiar e se fazer presente, por trazer luz aos meus olhos e me dar os melhores conselhos sempre de forma tão serena e verdadeira. A nossa amizade é um presente de Deus na minha vida e vou levá-la sempre dentro de mim.

Ao Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira, pela orientação e pela confiança com que me acolheu para realizar este trabalho. Obrigada por todos os ensinamentos e inquietações provocadas nas aulas de hermenêutica. O mundo precisa de professores e pessoas comprometidas e dedicadas como você. Um exemplo de vida.

À toda a minha família, especialmente aos meus avós, Ângela, Maria e Emanuel. Vocês são os melhores. Sem dúvidas, vocês são também como pais pra mim nessa Terra.

A todos os amigos que fiz aqui em Rio Grande. Com vocês aqui, os meus dias se tornaram bem mais preenchidos e alegres: Heleninha (irmã do coração), Danilo, Adler, Andressa, Isabel, Adriana e tantos outros incontáveis amigos que passaram pela minha vida e deixaram ótimas lembranças. Obrigado pelo carinho com que me acolheram em Rio Grande.

A todos os amigos da Segunda Vara da Justiça Federal, por todos os ensinamentos durante o estágio e pelo exemplo de união, respeito e competência que há entre vocês. Amo

cada um de uma forma especial e agradeço por tornarem as minhas tardes em Rio Grande mais produtivas, cheias de amor e carinho.

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a mesma forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

(Fernando Pessoa)

RESUMO

O Constitucionalismo brasileiro é marcado pelo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça Constitucional. Nesse sentido, o foco de tensão se volta ao Judiciário. Contemporaneamente, há duas principais expressões que se relacionam diretamente com a atividade jurisdicional. Trata-se da judicialização da política e o ativismo judicial. Embora seus conceitos possuam em comum a expansão e posição privilegiada do poder judiciário, não podem ser confundidos, na medida em que existe um grande abismo entre um Governo com o Judiciário e um Governo do Judiciário. Um governo assentado na Constituição e um firmado na toga ou na vontade individual de quem a veste. Ou seja, enquanto a judicialização da política é contingencial, inexorável diante da maior presença dos direitos fundamentais, o ativismo não passa de um comportamento dos juízes que ao proferirem suas decisões acabam substituindo o Direito e a Constituição por sua subjetividade ou critérios extrajurídicos. Dessa forma, o problema do ativismo judicial é um problema hermenêutico, na medida em que está intimamente ligado a não superação das teorias positivistas que apostam na discricionariedade do intérprete. É possível perceber o quanto o ativismo vem ganhando força e espaço através de seus predadores e é em razão dessa aposta no poder dos juízes que se torna um desafio sobrepor o direito em relação as outras esferas, numa tentativa de preservação de sua autonomia. Para que o Estado Democrático de Direito se mantenha de pé e cumpra o seu papel de promoção dos direitos fundamentais e da democracia é imprescindível que a autonomia do direito seja preservada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o afastamento do ativismo, dos decisionismos da discricionariedade judicial e de todos os demais predadores do direito através de resistências democráticas passam a ser condição de possibilidade de sobrevivência do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Predadores do Direito; Autonomia do Direito. Democracia.

ABSTRACT

The Brazilian Constitutionalism is marked by the displacement of the center of the decisions of the legislature and the executive to the plan of the Constitutional Court. In this sense, the focus of tension back to the Judiciary. Contemporaneously, there are two main expressions that relate directly to the judicial activity. This is the legalization of political and judicial activism. Although their concepts have in common expansion and privileged position of the judiciary, they can not be confused, as there is a large gap between a government with the judiciary and a government of the judiciary. A sitting government in the Constitution and signed the toga or the individual wishes of the garment. In this whay, while the legalization of politics is contingent, relentless on the increased presence of fundamental rights activism is only a behavior of judges to utter their decisions are replacing the law and the Constitution by their subjectivity or no juridical elements. Thus, the problem of judicial activism is a hermeneutical problem, in that it is closely linked to not overcome the positivist theories betting on the interpreter discretion. You can see how activism is gaining strength and space through its predators and it is because of this focus on the power of the judges who becomes a challenge override the right in relation to other areas in an attempt to preserve their autonomy. For the democratic rule of law remains standing and fulfill its role of promoting fundamental rights and democracy is essential that the right of autonomy is preserved by the judiciary. In this sense, the removal of activism, of decisionismos of judicial discretion and all other predators of law through democratic resistances become the condition of possibility of survival of the democratic rule of law paradigm.

Keywords: Judicial Activism; Right predators; Autonomy Law; Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O JUDICIÁRIO E O DIREITO: A INAUGURAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA – EIS O ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO **14**

1.1 O DIREITO NA CONSTITUIÇÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA DEMOCRACIA 16

1.2 A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO NO CENÁRIO POLÍTICO 17

1.3 A JUDICIALIZAÇÃO COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 19

1.3.1 O ATIVISMO JUDICIAL: O LOBO SOB O MANTO DE CORDEIRO 21

2. DIFICULDADES ENFRENTADAS AO SE OLHAR O NOVO COM OS OLHOS DO VELHO **25**

2.1 RESISTÊNCIAS NÃO DEMOCRÁTICAS QUE AMEAÇAM CONSTANTEMENTE A AUTONOMIA DO DIREITO E A DEMOCRACIA 26

2.2 OS PREDADORES ENDÓGENOS DO DIREITO 29

2.3 OS PREDADORES EXÓGENOS DO DIREITO 31

2.3.1 DIREITO E ECONOMIA 32

2.3.2 DIREITO E MORAL 32

2.3.3 DIREITO E MÍDIA 33

3. AUTONOMIA DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO **35**

3.1 UM PODER JUDICIÁRIO COM POSTURAS ESTAMENTAIS: UM VERDADEIRO RETROCESSO AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO 37

3.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SUA COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS: UMA RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA CONTRA O ATIVISMO JUDICIAL 39

3.3 A IMPORTÂNCIA DOS CONSTRANGIMENTOS EPISTEMOLÓGICOS NA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO 43

CONSIDERAÇÕES FINAIS **45**

REFERÊNCIAS **49**

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Constitucionalismo Brasileiro tem sido marcado por uma acentuada expansão da atuação do poder judiciário, na medida em que houve o aumento do pólo de tensão entre os poderes do Estado. A partir de diversas perspectivas, o exercício da jurisdição assumiu gradativamente o centro do debate jurídico e, em se tratando de Brasil, a atuação dos juízes e tribunais passa a ser compreendida em duas vias: pela via da judicialização da política e/ou ativismo judicial.

Porém, o que se observa é que comumente, ambos os fenômenos são tratados como se fossem a mesma coisa, sem que haja por parte da comunidade jurídica um compromisso teórico de diferenciação.

Contudo, no contexto histórico do surgimento da Constituição de 1988, é indispensável que se tenha clareza sobre o que é realmente um resultado de um movimento de judicialização da política ou das relações sociais e o que representa uma postura ativista por parte do poder judiciário, na medida em que as posturas ativistas representam um risco à democracia e à autonomia do direito.

Nesse sentido, o presente trabalho se preocupará, num primeiro momento, em delinear o novo paradigma enunciado pelo Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil e os papéis assumidos pelo Direito e o poder Judiciário nesse novo cenário. Feito este pano de fundo, buscar-se-á a partir da diferenciação dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, descortinar este último fenômeno demonstrando que o seu problema recai sobre um problema de interpretação do direito, ou seja, em um problema hermenêutico que persiste povoar o imaginário de muitos juízes que aplicam o direito com “velhas” formas de interpretação e que ao decidirem, acabam por substituir os argumentos jurídicos e o direito por seus critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais, extrapolando os limites de suas funções.

Dessa forma, será demonstrado que o problema do ativismo judicial, está intimamente ligado à não superação das teorias positivistas que apostam na discricionariedade do intérprete. Ou seja, a superação do positivismo, implica no enfrentamento do problema da discricionariedade judicial tão presente ainda nos dias atuais através do fenômeno do ativismo judicial.

Além disso, buscar-se-á demonstrar que a recepção de um ativismo à brasileira resultou numa série de problemas ao Estado Democrático de Direito, na medida em que não respeitou as peculiaridades do contexto brasileiro o que acabou gerando uma perda da autonomia do direito em face dos predadores do direito que consistem em decisões judiciais fundamentadas por critérios outros e não jurídicos.

Num segundo momento, o trabalho inclinará o seu estudo no sentido de destacar a não superação de paradigmas e o enfrentamento de recepções teóricas equivocadas, ou seja, mesmo diante da inauguração de um novo paradigma jurídico, o direito ainda é olhado com os olhos do velho paradigma liberal-individualista. Desse modo, mesmo o Direito tendo resgatado a sua especificidade e o seu DNA, assumindo um caráter transformador e emancipador na atual conjuntura, não houve ainda no Brasil uma devida filtragem aos olhos da hermenêutica do direito e continuamos a reproduzir um modelo de direito instituído para resolver disputas interindividuais, não dando conta das realidades e problemas de uma sociedade complexa como a nossa, repleta de demandas de cunho transindividual.

Enfim, trabalha-se ainda com uma concepção de direito meramente ordenador e regulador, o que vai na contramão de um direito promovedor-transformador do Estado Social e Democrático de Direito. Será analisado o quanto o direito brasileiro se tornou um terreno fértil para a proliferação de posicionamentos de outras culturas jurídicas, além das recepções e mixagens teóricas descontextualizadas, como o ativismo norte americano, a jurisprudência dos valores e a ponderação alexyana. Nesse contexto, tratar-se-á criticamente das teorias intituladas de pós positivistas que buscam superar o positivismo normativista, mas acabam recaindo no mesmo abismo e perigo da discricionariedade judicial.

Diante desse cenário marcado por problemas relacionados à recepções de teorias originárias de outras tradições jurídicas e pela aposta em uma postura discricionária do Judiciária na interpretação e aplicação do direito, o presente trabalho se debruçará em um grande desafio surgido a partir do problema do ativismo judicial: a preservação da autonomia do direito.

Destarte, será exposto o quanto o ativismo judicial se manifesta pela existência de "predadores" do direito, classificados em endógenos e exógenos. Ou seja, a partir do momento em que a fundamentação das decisões exprimirem critérios não jurídicos, como por exemplo a moral, economia, política, estar-se-á diante de um ativismo judicial. E em razão dessa aposta no poder dos juízes, torna-se um desafio sobrepor o direito em relação às outras esferas, na tentativa de preservação de sua autonomia.

Por fim, o último capítulo do trabalho se preocupará em demonstrar o quanto a autonomia do direito é indispensável, bem como, se trata de condição de possibilidade para a promoção do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, será abordada a forma como o direito foi utilizado nos períodos de exceção apenas como um mero instrumento do poder político e que sob esta condição não tinha chance alguma de impedir a realização de qualquer ato arbitrário e o quanto foi importante a realocação do sentido do direito como limitador do poder político. Diante dos diversos fracassos alcançados pelo constitucionalismo nos regimes autoritários, é de suma importância que o direito seja (re) pensado num movimento de crescente autonomização e seja ao mesmo tempo respeitado e protegido pelo Poder Judiciário.

Deste modo, analisando as dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo brasileiro no sentindo de tentar limitar a atuação desenfreada do poder político, não seria conivente que o Judiciário, poder designado para a proteção do Direito/Constituição se utilizasse da discricionariedade para proferir as suas decisões, submetendo o direito a vontade de seus magistrados. Isso significaria um retrocesso para o constitucionalismo, que desde seu início busca enfrentar a questão da arbitrariedade do poder. Contudo, a autonomia do direito enfrenta grandes dificuldades de ser resguardada num cenário em que as relações estamentais ainda encontram-se tão fortes dentro do poder judiciário.

Nesse sentido, será destacado papel fundamental que o direito possui na construção da democracia necessitando, portanto, de autonomia para que tenha condições de limitar qualquer tipo de arbitrariedade manifestada pelos três poderes.

Dentro dessa perspectiva, será elucidada a existência de um direito fundamental à uma resposta adequada a Constituição, que deve ser elevada em relação a quaisquer posicionamentos político - ideológicos do juiz, tornando decisão coerente e harmônica com o sentido do direito compartilhado pela comunidade política. No que tange as decisões judiciais, há a necessidade de que estas sejam constituídas por argumentos de integridade e coerência emanadas da própria comunidade política, subordinando-se sempre à supremacia da Constituição e nesse contexto os princípios cumprem um papel imprescindível de resistência democrática contra os ativismos, na medida em que atuam como uma espécie de blindagem contra as arbitrariedades, além de indicarem a direção na qual intérprete deve seguir, buscando a coerência e a integridade do direito.

Diante disso, com base na Crítica Hermenêutica do Direito, o presente trabalho buscará demonstrar que a partir de uma revisão crítica da função dos princípios, é possível o enfrentamento democrático em face do ativismo judicial. Para tanto, não será esquecido a

imprescindibilidade da comunidade jurídica nesse processo e do seu comprometimento com o Direito. Dessa forma, é necessário que se leve o direito a sério, considerando não mais o juiz como protagonista, mas sim a Constituição e isso só é possível a partir do momento em que o problema do ativismo judicial ou da discricionariedade for levado a sério, com a profundidade e compromisso teóricos devidos através de uma comunidade de juristas emancipada. É esta a proposta do Constitucionalismo Contemporâneo. É essa a resistência democrática capaz de preservar a autonomia de direito e consequentemente proteger a identidade do Estado Democrático de Direitos dos predadores que insistem em assombrá-lo.

Deste modo, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck apresenta-se como fundamento teórico destas reflexões, que, por sua vez, está sustentado no método hermenêutico-fenomenológico, através do qual torna-se possível fazer uma reconstrução histórico-institucional do papel da jurisdição constitucional no Brasil, a partir de uma postura voltada ao questionamento.

Por tudo o que foi supra mencionado, tematizar a atuação do Poder Judiciário significa um imperioso desafio no contexto atual em que vivemos. Entretanto, é na tentativa de lançar luzes sobre os pontos até então obscurecidos que o presente estudo se dedica.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O JUDICIÁRIO E O DIREITO: A INAUGURAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA- EIS O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O período posterior à segunda Guerra Mundial pode ser considerado um divisor de águas para o Direito no âmbito mundial, tendo em vista que a superação das atrocidades cometidas durante o governo dos regimes totalitários dependia de um rompimento com toda a estrutura legislativa responsável pela legitimação desse tipo de governo.

Desta forma, o fim da guerra contribuiu para que houvesse um rearranjo institucional a fim de tornar concretizáveis os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Nesse contexto, há a transição de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito.

É importante ressaltar que, embora o movimento de constitucionalização produzido na Europa no período pós-guerra tenha sido absorvido e aderido por diversos países do mundo, no que tange aos países da América Latina, existiram diversos obstáculos a tudo isso; Ou seja, diversos países da América Latina como Argentina, Chile, Uruguai, Colômbia e Brasil, sequencialmente ao fim da guerra, acabaram por sofrer golpes ditatoriais o que tornou tardia a recepção das novas mudanças e avanços realizados no âmbito do direito constitucional. [1]

A promulgação da Constituição brasileira se deu no período denominado "Redemocratização." Antes de sua promulgação, o Brasil passara por uma experiência ditatorial por mais de vinte anos, responsável por desencadear um intenso clamor social visando uma reconstrução dos ideais democráticos bem como assegurar os direitos fundamentais violados durante todos os anos de governo ditatorial.

Diante disso, a ideia de Constituição dirigente no Brasil surge como uma forma de minimizar as consequências geradas a partir do regime ditatorial, atuando como garantidora do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Rafael Tomaz de Oliveira aponta que:

> O Estado democrático de Direito não só é o lócus privilegiado para o "acontecimento" da Constituição dirigente, como é seu correlato necessário. A Constituição dirigente é o fundamento de legitimação política do Estado democrático de Direito, garantindo força normativa a seus elementos e princípios - além dos direitos fundamentais individuais e sociais – conferindo-lhes caráter vinculante (político e juridicamente) e estabelecendo mecanismos de reivindicação

[1] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30.

> pela efetivação desses elementos normativos via poder judiciário, através de um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade." [2]

Lenio Streck sustenta que "O modelo de Estado Democrático de Direito está assentado nos dispositivos que estabelecem os mecanismos de realização da democracia -nas suas diversas formas- e os direitos fundamentais." [3] Para o autor, a democracia e os direitos fundamentais são os pilares do Estado Democrático de Direito. Logo, não há democracia sem respeito e realização dos direitos fundamentais e não existem direitos fundamentais sem democracia; ou seja, há uma "copertença" entre ambos.

Tradicionalmente as Constituições possuíam um caráter procedimental, ou seja, exerciam apenas a função de realizar a conformação política do Estado, a partir do estabelecimento de procedimentos para a produção legislativa e dos demais atos do Poder Público.

A partir da segunda metade do século XX, passaram a prever

> [...] um rol de direitos fundamentais que determinavam os conteúdos desta mesma produção normativa. Vale dizer – na formula consagrada por Konrad Hesse –, as Constituições do Segundo Pós-Guerra, mais do que simples "folhas de papel", como queria Ferdinand Lassalle, possuem *Força Normativa*, vinculando diretamente as relações entre sociedade e Estado.[4]

Dessa forma, a Constituição do Brasil possui um caráter dirigente, uma vez que a sua finalidade vai além das questões meramente organizacionais do Estado. Mais do que isso, visa estimular a transformação social a partir do momento em que estabelece diretrizes, objetivos e fins a serem concretizados pelo Estado e pela sociedade. Além disso, estabelece ao poder legislador ordinário que promova políticas públicas no sentido de minimizar as disparidades e mazelas sociais que persistem em fazer parte do Brasil contemporâneo.

---

[2] TOMAZ DE OLIVEIRA e outros, Rafael. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: Percurso para uma necessária diferenciação. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada pela grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011, p.276.

[3] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p.101.

[4] TOMAZ DE OLIVEIRA e outros, Rafael. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: Percurso para uma necessária diferenciação. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada pela grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011, p.274 e HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

1.1 O DIREITO NA CONSTITUIÇÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA DEMOCARIA

Segundo Streck, o século XX possibilitou um grande avanço para o Direito, na medida em que proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão).

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito adquire um "plus normativo" e o Direito, nesse cenário, passa a ter um caráter transformador. A Constituição, mais do que um texto, significa "um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social." [5]

Ela é a condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, Ou seja, a Constituição é a condição de possibilidade de todo o sistema jurídico, possuindo força normativa para subordinar as outras normas, resultando em seu caráter rígido no que se refere as possibilidades de sua própria modificação.

É importante que se deixe claro que o teor democrático na Constituição aparece a partir do momento em que os direitos fundamentais e as limitações ao exercício de poder, possuem previsão expressa.

As Constituições democráticas representam um compromisso político em relação ao futuro.

> Elas internalizam os princípios éticos-políticos externos ao direito vigente, ou seja, transformam-lhes em principia iuris et in Iuri, capazes de vincular a coerência e a compatibilidade na produção, interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional.[6]

Muito embora se perceba claramente que o núcleo político de nossa Constituição determinou a criação de um Estado Social no Brasil, ou seja, um Estado atuante e comprometido com a promoção dos direitos fundamentais, a onda neoliberal que inunda o mundo, se aproxima cada vez mais da nossa realidade e as conseqüências de uma minimização do Estado em países que sequer passaram pela etapa do Estado Providência, como o caso brasileiro, possui conseqüências catastróficas.

---

[5] STRECK, Lenio Luiz: Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro a junho de 2009, p. 72.

[6] TASSINARI. Clarissa e outro: Constitucionalismo Democrático, Ativismo Judicial e crise do Estado: Os Limites de Ação para condição para a legitimação do poder Judiciário na Construção da Democracia, p. 3

Salienta-se que no Brasil, o Estado interventor-desenvolvimentista-promovedor só existiu para as elites, as quais se apropriaram e aproveitaram tudo o que este Estado poderia oferecer, privatizando-o, dividindo/loteando conforme seus próprios interesses.

Destarte, a modernidade no Brasil é tardia. Como muito bem pontua Eric Hobsbawan, a realidade no Brasil representa "um monumento à negligência social" ficando atrás de vários países com péssimos indicadores sociais, como mortalidade infantil, alfabetização, desemprego e etc. [7]

Sendo assim, tendo em vista que as promessas da modernidade não se realizaram para aqueles que de fato necessitam, o Brasil, um país em que o estado social nunca existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. Em contrapartida, o que se observa é um cenário caótico e paradoxal, na medida em que, quanto mais necessitamos das ações e políticas públicas, mais o Estado se enxuga e se encolhe.

1.2 A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO NO CENÁRIO POLÍTICO

Em virtude desses acontecimentos, diversas temáticas sociais que eram antes discutidas somente em um plano político, ganharam espaço de interferência judicial. Nesse contexto, é indubitável o quanto a esfera de atuação do poder judiciário aumentou significativamente. Conforme as lições de Streck:

> [...] no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro da decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na Economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o judiciário. [8]

Logo, o atual contexto demonstra certa dependência que temos do judiciário para o cumprimento da Constituição. Nesse sentido, uma das características mais marcantes no processo de democratização do Brasil é um "plus", que nada mais é do que a promessa de inclusão e transformação social através de objetivos bem delineados de redução das desigualdades de rendas e oportunidades.

---

[7] Consultar Hobsbawn, Eric. *A era dos extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

[8] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise –** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, P. 63.

Como aponta Tassinari, em se tratando de Brasil (país que se insere junto com os demais países da América Latina em um contexto de ruptura com os regimes ditatoriais), observa-se que os motivos que levaram a ascensão do Judiciário estão fundados em dois pilares principais:

> Na configuração de um ambiente de tensão com os demais Poderes do Estado, e por consequência, em uma crise da democracia. O primeiro ponto diz respeito ao descompasso pelo qual passa a esfera estatal, que, como afirma Bolzan de Morais, tenta conjugar uma política de inclusão (democracia social) e uma economia de exclusão (capitalismo). O resultado disso é a existência de uma sensação de desconforto, que, elevada à condição de insatisfação popular, causada pela ausência do cumprimento (especialmente pelo Executivo) das promessas insculpidas no texto constitucional, produz um apelo à jurisdição, que acaba por assumir ares de sacralização.[9]

Segundo Tassinari, os textos constitucionais contemporâneos, em virtude desse deslocamento de tensão em direção ao poder Judiciário, provocaram mudanças profundas no direito e na concepção de Estado.

Um dos grandes motivos que contribuíram significativamente para o aumento da interferência do judiciário foi a legitimidade trazida pela própria Constituição aos tribunais na concretização de direitos fundamentais, especialmente, os das minorais. Ocorre que essa maior participação do judiciário restou confundida com uma atividade ilimitada. Eis o problema: definir quais são os limites dessa intervenção.

Contemporaneamente, existem duas principais expressões que se relacionam diretamente com a atividade jurisdicional. Trata-se da judicialização política e o ativismo judicial.

Embora os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial possuam em comum a expansão e posição privilegiada do poder judiciário, não podem ser confundidos. Existe um grande abismo entre um Governo com o Judiciário e um Governo do Judiciário. Um governo assentado na Constituição e um firmado na toga ou na vontade individual de quem a veste. [10]

É notório que, por muito tempo, essa diferenciação não recebeu o tratamento crítico devido no cenário jurídico. Dessa forma, é importante que se compreenda as diferenças entre

---

[9] TASSINARI, Clarissa. Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e Norte Americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p. 40

[10]DOS SANTOS JUNIOR. Rosivaldo Toscano: O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: Uma resposta hermenêutica, 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2013, p. 63.

esses dois fenômenos evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afeta as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.

O fato é que, na medida em que a interferência judicial aumenta, deve-se aumentar o grau de responsabilidade e comprometimento por parte dos juízes e tribunais em respeito à tradição jurídica marcada por conquistas importantes.

A análise acerca da legitimidade política do poder judiciário, não pode dispensar o tema das crises estatais. Dessa forma, quando se fala sobre os fenômenos da judicialização e do ativismo judiciais, é fundamental que entendamos que boa parte da explicação destes fenômenos relaciona-se aos problemas enfrentados por um Estado que, segundo Bolzan de Morais, "se apresenta como de bem estar, mas que se executa como de mal estar." [11]

A partir do momento em que o poder judiciário, parte do Estado Democrático de Direito, atua sem respeitar os limites impostos, ele mesmo contribui para a desestruturação dos sistemas de limites e garantias em que todos os poderes estatais se sustentam.

1.3 A JUDICIALIZAÇÃO COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Clarissa Tassinari, a judicialização da política nada mais é do que um efeito lógico da maior presença dos direitos fundamentais nos textos constitucionais do segundo pós-guerra, situação esta que, inevitavelmente, acabou gerando um aumento no número de demandas ao poder judiciário na busca pela concretização e proteção desses direitos. Além disso, destaca-se a incapacidade e o descaso dos demais poderes na concretização das promessas constitucionais, o que consequentemente contribui por catalisar essa litigiosidade exagerada. Conclui que antes de ser qualificado como algo positivo ou negativo, esse fenômeno é uma característica inerente às sociedades que estabelecem direitos fundamentais.

Em outras palavras: a judicialização é um fenômeno contingencial, diretamente relacionado ao contexto sociopolítico do Brasil. Ou seja, na medida em que a Constituição encontra-se permeada por um catálogo imenso de direitos sociais que adquiriram o status de fundamentais, é inevitável que ocorra uma judicialização nesse campo da aplicação do direito, na medida em que "mais direitos geram mais demandas, e em razão da sua não

[11] BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.60.

implementação por parte do Estado [...], dá-se o aumento da litigiosidade, transferindo a resolução desses conflitos ao palco judicial.”. [12]

Por outro lado, é inegável que a partir do deslocamento de tensão dos poderes em direção ao judiciário, observa-se uma espécie de distanciamento da sociedade em relação aos demais poderes, em razão disso, é gerado um afastamento entre a sociedade e a democracia (entendida aqui também como a participação política dos cidadãos na tomada de decisões).

Nesse sentido Tassinari demonstra que a contemporaneidade trouxe duas conseqüências graves para essa relação existente entre Direito e Política. A primeira trata-se do sentimento de acomodação e apatia política dos cidadãos e a segunda é a invocação permanente à jurisdição[13]. O problema é que, a partir do momento em que a sociedade se torna menos ativa e participativa, ocorre a inviabilização da promessa democrática.

Conforme Garapon, o deslocamento de centralidade no poder jurisdicional é responsável por provocar “fissuras no pacto democrático.”[14]

Por outro lado, embora o papel ativo do cidadão seja extremamente essencial na construção de uma sociedade mais democrática, é preciso ter em mente que em países como o Brasil, em que o Estado Social nunca existiu, ou seja, onde as promessas da modernidade instituídas no texto constitucional de 88 ainda encontram dificuldades de se tornarem efetivas, o agente principal de toda a política social ainda deve ser o Estado, tendo em vista que o núcleo político essencial de nossa Constituição determinou a criação de um Estado Social no Brasil. [15].

Logo, não se trata de qualificar a judicialização como sendo algo positivo ou negativo para a sociedade, como já referido anteriormente, mas sim, demonstrar que esse fenômeno é inexorável, e sobretudo, característico do Estado Democrático de Direito brasileiro.

---

[12] DOS SANTOS JUNIOR. Rosivaldo Toscano: O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: Uma resposta hermenêutica, 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2013, p. 64.

[13] TASSINARI, Clarissa. Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e Norte Americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p. 41

[14] GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. p. 96.

[15] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p.96-97.

1.3.1 O ATIVISMO JUDICIAL: O LOBO SOB O MANTO DE CORDEIRO

O constitucionalismo norte americano é a experiência que mais trouxe reflexos acerca da questão da legitimidade do Poder Judiciário. Contudo, é importante que se destaque as peculiaridades que conformam o sistema jurídico estadunidense. Inicialmente, ressalta-se uma tradição baseada na construção do Direito jurisprudencialmente, além da existência de um controle de constitucionalidade que não foi previsto textualmente pela Constituição, razão pela qual surgiram diversas discussões acerca da legitimidade do Poder Judiciário no que tange o controle de constitucionalidade. Ademais, destaca-se também na experiência norte-americana a existência de um sistema de vinculação das decisões (teoria dos precedentes) extremamente comprometido com a análise do caso, com a sua fundamentação e com a possibilidade de ser utilizado como fundamento para a decisão de outro caso.

Diante dessas diferenças que separam a tradição americana da brasileira, o ativismo também é experimentado de modo distinto nos dois países. Segundo Tassinari:

> a primeira forma de ativismo foi para criar o controle de constitucionalidade (*judicial review*); *f.2)* o ativismo judicial não está vinculado como maior intervenção da Suprema Corte em questões políticas, no sentido de que mesmo posturas de não intervenção da Corte (como no caso Lochner) também podem ser consideradas substancialmente ativistas, porque movidas por interesses econômicos; e, por fim, *f.3)* é possível perceber que o ativismo judicial norte-americano pouco esteve vinculado à uma proposta de defesa da Constituição, na medida em que a Suprema Corte preponderantemente assumiu um compromisso político-partidário, que na maioria das vezes era colocado acima dos fundamentos jurídicos para a decisão;[16]

A Constituição Brasileira se difere da norte americana por possuir um vasto conteúdo normativo, ao contrário da americana que possui um texto constitucional sintético. Dessa forma, pode-se afirmar que no que tange as discussões acerca da legitimidade da atuação do Judiciário poderiam ser amenizadas porque o próprio texto constitucional brasileiro prevê os limites formais e matérias de atuação judicial evitando que sejam necessárias "estratégias teóricas, tais como a leitura moral da Constituição [...] que em síntese visam demonstrar que, mesmo a atuação da Suprema Corte em casos não previstos textualmente pela Constituição, é considerada legítima em face da constatação de que a Constituição não se encerra em seu texto (em sua literalidade)."[17]

---

[16] TASSINARI, Clarissa. Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e Norte Americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p.130.

[17] Ibidem, p. 131.

Contudo, a recepção de um ativismo à brasileira resultou numa série de problemas ao Estado Democrático de Direito, na medida em que não respeitou as peculiaridades do contexto brasileiro o que acabou gerando uma perda da autonomia do direito em face dos predadores do direito que consistem em decisões judiciais fundamentadas por critérios outros e não jurídicos.

Nesse sentido, o ativismo judicial na atual conjuntura, configura-se no comportamento dos magistrados que ao decidirem, acabam por substituir os argumentos jurídicos por seus critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais, e acabam extrapolando os limites de suas funções.

Como afirma Streck: "um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)."[18]

É importante destacar que o ativismo deve ser compreendido dentro do cenário histórico do Brasil, pois a tradição autoritária de nosso país encontrou um álibi no ativismo judicial, na medida em que os magistrados decidem com base em seus critérios morais, mas que justificam suas decisões através de uma "aparente" obediência ao direito. Ou seja, temos uma tomada de decisão, que por forma, é investida de juridicidade, o que na verdade apenas serve para a legitimar qualquer tipo de decisão.

Nesse sentido, imperioso destacar crítica de Alexandre Morais da Rosa ao ativismo, na apresentação feita à obra de Tassinari: "O ativismo tupiniquim é uma farsa onde se escondem os decisionistas de sempre. [...] empulhadores teóricos que se vendem na embalagem de presente 'ativismo', mas que guardam práticas totalitárias" [19]

Para Rafael Tomaz, o ativismo é um problema interpretativo, logo: "É inútil procurar respostas ao problema do ativismo judicial em especulações sociológicas e/ou políticas porque seu ponto nevrálgico está situado dentro do próprio "sistema jurídico" e seu fio condutor é a questão da interpretação da Constituição."[20]

---

[18] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise –** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 621.

[19] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Apresentação. In: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 422.

[20] TOMAZ DE OLIVEIRA e outros, Rafael. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: Percurso para uma necessária diferenciação. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada pelo grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011, p.271. Destaca-se que o autor ao longo de sua obra demonstra que a judicialização representa um fator de legitimação do poder judiciário diante da sociedade, diverso do ativismo judicial que promove a deslegitimação da atuação do judiciário, além de representar em risco a sobrevivência democrática.

É fato que a constituição do Brasil contém um rol de direitos fundamentais-sociais que inexistem em outros países e consequência disso, o fenômeno da judicialização se tornou algo inevitável. Contudo, é imprescindível salientar que o ativismo é uma forma antidemocrática de substituição dos juízos morais, políticos e econômicos – que devem ser feitos pelo Poderes Executivo e Legislativo-pelos do Judiciário.

A partir do momento que em não há um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a judicialização acaba sendo transformada na "vulgata do ativismo".

Os diversos golpes de Estado e regimes de exceção pelos quais o Brasil passou ao longo da história, demonstram o quanto o discurso autoritário sempre encontra espaço e quase nunca resistência.

> Com esse histórico às costas e os demais poderes fragilizados pela corrupção endêmica das dinastias políticas que desde sempre se alternaram, da judicialização da política para o ativismo é apenas um pequeno passo para o juiz, mas um grande abismo para a democracia.[21]

Em contrapartida, Streck traz que o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade por parte do poder legislativo, ou seja, não pode simplesmente fazer o que quiser, pelo fato de estar vinculado à Constituição. Ou seja, existe uma legitimidade política que lhe dá a permissão de fazer opções no espaço estrutural-constitucional.

Contudo, diferentemente do legislador, o juiz está vinculado ao DNA do direito, ou seja, à identidade construída acerca do direito através da doutrina e da jurisprudência. Dessa forma, o juiz está vinculado a respeitar a coerência e a integridade do direito.[22]

É importante frisar que a democracia corre perigo se a aplicação do direito pelos tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial. O afastamento do ativismo é condição de possibilidade de sobrevivência do paradigma do Estado Constitucional e Democrático.

Em arremate, frisa-se que as decisões não podem ser frutos do solipsismo (apreciação individual-subjetivista) do julgador. Ele não pode substituir aquilo que chamamos de produção democrática do direito.

A decisão não é um ato que deve decorrer da vontade pessoal do juiz, na medida em que o julgador não é uma ilha em si mesmo. Ou seja, não fica a seu critério dizer o que bem quiser acerca do direito, e sim fazê-lo nos limites da atribuição de poder que lhe foi conferido.

---

[21] DOS SANTOS JUNIOR. Rosivaldo Toscano: O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: Uma resposta hermenêutica, p. 21.

[22] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p.117.

Em outras palavras, o campo de atuação do julgador deve ser sempre o campo normativo e é dentro desse campo que a interpretação/aplicação necessita ser autêntica, isto é, deve sempre ser pautada na Constituição.

A partir do momento em que o poder judiciário, parte do Estado Democrático de Direito, atua sem respeitar os limites impostos, ele mesmo contribui para a desestruturação dos sistemas de limites e garantias em que todos os poderes estatais se sustentam. Nesse contexto, um dos grandes desafios surgidos para o Estado Democrático de Direito é o controle do exercício do poder, o qual acaba se tornando mais problemático e sério, na medida em que o próprio poder incumbido de realizar a hermenêutica constitucional e reafirmar os limites delineados por ela, ainda se demonstra “aprendiz” dessas questões.

2. DIFICULDADES ENFRENTADAS AO SE OLHAR O NOVO COM OS OLHOS DO VELHO

Conforme destacado no capítulo anterior, o ordenamento constitucional brasileiro aponta para a figura de um Estado forte, presente, intervencionista e promovedor. Eis o Estado Democrático de Direito.

O Direito nesse cenário, resgata a sua especificidade, devendo ser visto hoje como um campo necessário e indispensável de luta para a implantação das promessas modernas. Trata-se de uma proposta de emancipação[23]

Embora o Direito deva ser visto como um instrumento de transformação social, o que se tem observado é a sua desfuncionalidade, bem como das instituições encarregadas de aplicar a lei. Ou seja, no plano das práticas do direito (plano hermenêutico) continuamos a olhar o novo (Estado Democrático de Direito, Constituição Dirigente, direitos sociais, etc.) com os olhos do velho (paradigma liberal- individualista-normativista).

Não houve ainda no Brasil uma devida filtragem sob a ótica hermenêutica do direito, e continuamos a reproduzir um modelo de direito instituído para resolver disputas interindividuais, não dando conta das realidades e problemas de uma sociedade complexa como a nossa, repleta de demandas de cunho transindividual.

Enfim, trabalha-se ainda com uma concepção de direito meramente ordenador e regulador, o que vai na contramão de um direito promovedor-transformador do Estado Social e Democrático de Direito.

Vivemos em um país em que, infelizmente, há posturas incentivadoras do ativismo judicial como necessárias para a concretização de direitos. Streck em defesa da Constituição e do direito produzido de modo democrático, apresenta uma postura crítica, na medida em que busca demonstrar a necessidade de limites para a atuação jurisdicional. O autor, através de seus pressupostos teóricos, compreende o ativismo judicial como um problema.

O ano de 1988 representou a inauguração de um novo paradigma jurídica, na medida em que o Brasil recepcionou uma nova Constituição, repleta de direitos fundamentais e sociais. Contudo, uma grande questão levantada foi acerca da maneira em que se deveria olhar o novo com os olhos do novo, na medida em que nesse período não havia ainda uma teoria constitucional adequada às demandas desse novo paradigma.

---

[23] STRECK, Lenio Luiz. Constituição ou Barbárie? – a Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito, p. 5.

Segundo Streck, foram essas carências que contribuíram para que os juristas brasileiros abraçassem e importassem as "teorias alienígenas".[24]

Nesse contexto, Tassinari destaca que

> O Brasil, pelos rumos políticos de sua trajetória, não havia vivenciado as transformações de cunho social tal como ocorreu na Europa pós-segunda guerra. Então, neste sentido, imperava a necessidade de fundamentar teoricamente o caráter da supremacia (material) assumido pela Constituição, já que a proposta positivista, própria do modelo liberal-individualista, não oferecia condições para tanto[25].

Desse modo, em se tratando de ativismo judicial, é importante se destacar que para a concretização de um Estado Democrático de Direito, é imprescindível a superação de paradigmas e o enfrentamento das recepções teóricas equivocadas.

2.1 RESISTÊNCIAS NÃO DEMOCRÁTICAS QUE AMEAÇAM CONSTANTEMENTE A AUTONOMIA DO DIREITO E A DEMOCRACIA

Streck em sua obra Verdade e Consenso demonstra o quanto o direito brasileiro se tornou um terreno fértil para a proliferação de posicionamentos de outras culturas jurídicas. Ademais, as recepções que foram feitas se deram de forma completamente acrítica e equivocada, provocando em muitos casos mixagens teóricas, como por exemplo do ativismo norte americano, com as jurisprudência dos valores e a ponderação alexyana.

No que consiste a jurisprudência dos valores, com raízes no constitucionalismo alemão, os juristas brasileiros recepcionaram a ideia de uma "Constituição concebida como ordem de valores, bem como de uma atuação jurisdicional fundamentada em critérios que estão além dos parâmetros legais."[26] Ou seja, nas situações em que o juiz não consegue a resolução de um caso com parâmetros meramente legais, terá que preencher o caso concreto através de "valores adicionais".[27]

---

[24] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise –** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, P. 63.

[25] TASSINARI, Clarissa. Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e Norte Americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p. 97.

[26] Ibidem, p.98.

[27] A autora Ingerbog Maus, em um de seus mais importantes artigos, delineia sua crítica- sob um viés psicanalítico- em direção à jurisprudência dos valores, na medida em que a sociedade contemporânea assume uma postura de órfã, projetando no judiciário uma imagem semelhante a de um pai. Há uma espécie de veneração religiosa deste poder. A autora considera isso um risco para a democracia, pois a partir do momento

Seguindo essa lógica, o judiciário assume os ares de um “tutor da política”, como se fosse um super poder responsável por cuidar da moral e dos bons costumes, uma espécies de sucessor do Poder Moderador.

No Brasil, sob a influência da teoria da argumentação alexyana, a ponderação ganha grande espaço e torna-se um dos método interpretativos mais utilizados, assumindo a feição de sopesamento entre dois ou mais princípios.

Porém, conforme explica Streck, a ponderação no Brasil é recepcionada como um princípio, quando na verdade, à luz da teoria alexyana, é apresentada como regra, constituindo de um modo um embate direto entre os princípios, o que na concepção do autor é extremamente equivocada.

No que tange a experiência norte americana, o Brasil importa a noção de “governo dos juízes” e principalmente a ideia de que o ativismo é algo bom e necessário para a concretização dos direitos. Dessa forma, o ativismo é visto como um “aumento da interferência do Judiciário", confundindo-se como já apresentado no capítulo anterior, com o fenômeno da judicialização da política.

O que há em comum em todas essas e em outras tantas importações que o Brasil fez é o protagonismo judicial. Explico melhor, através dos valores (jurisprudência do valores), os juízes acabam se distanciando e desvinculando da legalidade. Através da “ponderação”, há uma abertura para que o interprete, a partir de sua vontade, faça a escolha dos princípios que estão em colisão. E por último, a partir do ativismo norte-americano, o judiciário acaba interferindo exacerbadamente no cenário político.

Em todos essas situações apontadas, tudo caminha em direção a um denominador comum: o ativismo judicial e o enfraquecimento da democracia. E é neste sentido que afirmamos a necessidade de se analisar de forma crítica (em tempos de defesa dos ativismos) as recepções e influências teóricas no âmbito da jurisdição. Trata-se de um grande desafio, que somente se tornará possível a partir do fortalecimento das bases do Estado Democrático de Direito.

Para Streck, o combate à discricionariedade, ao ativismo e ao positivismo fático significa o compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída,

---

em que o poder judiciário tem as suas funções alargadas significa um contraposto ao processo democrático de formação de vontade como dimensão institucionalizada de liberdade fundamental.

“no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.” [28]

Num primeiro momento, destaca-se o positivismo legalista ou também denominado de exegético, o qual não fazia a distinção entre lei e Direito.

Kelsen, ao criar a sua metateoria, buscava fazer a distinção entre esses dois elementos. Para tanto, propõe a diferença entre a ciência do direito e o direito propriamente dito[29]. É mister destacar que as teorias positivistas recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações). Para essa vertente, pouco importava colocar em discussão questão relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis de poder estatal.

Em suma, as teorias positivistas tinham como pretensão trazer à comunidade jurídica um objeto e um método que fosse seguro para a produção do conhecimento científico do direito.

Para STRECK, o ponto que marca evidentemente o equívoco cometido pelo positivismo é que ao apostar no arbrítrio do julgador, no momento em que este determina suas decisões e sendo o ato jurisdicional um ato de vontade, ele respresenta, pois uma manifestação da razão prática e deixa de fora as possibilidades de conhecimento teórico. [30]

Explicando melhor: no momento em que esta questão necessita de uma solução, os positivistas apostam na razão teórica e deixam de lado as questões relativas à razão prática. É por esse motivo que a interpretação acaba sendo deixada num plano secundário e as posturas positivistas aceitam diversas respostas no direito. “Apostar na razão teórica é acreditar na possibilidade de respostas antes das perguntas.” [31]

Nota-se que Kelsen, ao abordar a questão da interpretação do direito não se preocupa com a sua aplicação, de modo que, a decisão para ele é um ato de vontade no qual o juiz possui discricionariedade.

Streck destaca que muitas teorias que se intitulam como pós-positivista ou neoconstitucionalistas não compreenderam de modo adequado o positivismo kelseniano, na medida em que não compreenderam essa dupla faceta de sua proposta: o da ciência e o da

---

[28] STRECK. Lenio Luiz: **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 3° ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2013ª, p. 100.

[29] Como bem pontua Severo Rocha, [...] “na teoria pura uma coisa é o direito, outra distinta é a ciência do direito. O direito é a linguagem objeto, e a ciência do direito, a metalinguagem: dois planos linguísticos diferentes”. Ver em ROCHA. Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2005, pp. 16-17.

[30] STRECK. Lenio Luis: **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 3° ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2013ª, p. 67.

[31] Ibidem, p. 68.

aplicação do direito. Como resultado dessa não compreensão, reproduz-se o mais do mesmo sob a "roupagem de novo."

Ou seja, essas teorias pós positivistas buscam superar o positivismo normativista, mas acabam na verdade ultrapassando apenas os limites do exegetismo, na medida em que continuam defendendo a discricionariedade judicial, a qual já estava presente em Kelsen.[32]

Nesse sentido, para que o judiciário se configure como não ativista, é necessário superar esse imaginário de que os juízes possuem super poderes discricionários ou liberdades para interpretarem o direito como quiserem.

Neste cenário marcado por problemas relacionados à recepções de teorias originárias de outras tradições jurídicas e pela aposta em uma postura discricionária do Judiciária na interpretação e aplicação do direito, característica do positivismo normativista, surge um grande desafio: a preservação da autonomia do direito.

2.2 OS PREDADORES ENDÓGENOS DO DIREITO

Os predadores endógenos do direito são aqueles que estão presentes no âmbito interno do direito e são praticados pelos agentes responsáveis de resguardar a autonomia assumida pelo direito nesse novo paradigma. A título de exemplo de predadores endógenos temos o pan-principiologismo, ensino jurídico, relativização da coisa julgada, embargos declaratórios e discricionariedades. Todos esses predadores representam uma afronta ao Estado Democrático de Direito, na medida em que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas e não fruto da criatividade ou subjetividade assujeitadora do intérprete.

No que tange ao ensino jurídico, o que se tem observado é a sua submersão em uma crise. Na verdade, a aplicação do direito está em crise. Não conseguimos fazer cumprir minimamente as leis e os Códigos, quem dirá a Constituição. O que vem valendo é a opinião pessoal do judiciário sobre as leis; o direito e o ensino jurídico atualmente vem sendo banalizado e tratado de forma simplificada por setores da dogmática jurídica. Parcela considerável dos livros de direito apenas reproduz o que o judiciário disse sobre a lei; o ensino jurídico ainda se encontra dominado e fundamentalmente tomado por uma cultura

[32] Rosivaldo Toscano dos Santos Junior traz que as "ditas teorias argumentativo-procedurais, a pretexto da realização dos direitos fundamentais e com a ideia de que os princípios abrem a interpretação, que são libertatórios, terminam pro converter o direito de emancipador em razão instrumental para o exercício da vontade de poder das cúpulas do judiciário [...] assim, o pós-positivismo, antes de libertar, não passa de um "mais do mesmo." DOS SANTOS JUNIOR. Rosivaldo Toscano: O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: Uma resposta hermenêutica, 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2013, p. 23.

estandardizada. O que vemos são leituras superficiais, livros que buscam simplificar questões extremamente complexas e infelizmente, isso é resultado de uma soma de pessoas que vem contribuindo para esse cenário de crise do Direito, incluindo professores mal preparados e o-modo-cursinho-de-ensinar que pregam que quanto maior a capacidade de decorar e repetir o óbvio ou desviar de mazelas dos elaboradores de prova, "mais apto" você é.

As faculdades treinam os alunos para os quiz shows que vêm pela frente. Aliás, é assim que selecionamos os agentes públicos de carreira jurídica no Brasil. Os concursos Públicos se tornaram verdadeiros quiz shows. E assim mais uma vez o direito é vítima de instrumentalismo.

É importante que reflitamos e critiquemos esse modelo de ensino, caso contrário, essa crise ainda poderá matar o direito. Tudo isso é autofágico. Canibalismo epistêmico. As consequências disso tudo temos visto diariamente nos foros, nas decisões judiciais, na atuação das defensorias e Ministério Público. O fato é que todos nós somos de alguma maneira responsáveis por esse caos, seja por contribuir, seja por nos silenciar. Não há inocentes.

A mesma crítica deve ser feita em relação ao pan-principiologismo consistente na utilização exacerbada e sem controle dos princípios constitucionais, ou seja, uma espécie de fábrica de principios. É notório que grande parte das sentenças e acordões acaba utilizando este artifício como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismo.

Nesse sentido, devemos repudiar a utilização descriteriosa dos princípios que são muitas vezes transformados em "álibis persuasivos", fortalecendo cada vez mais o protagonismo judicial. A mera evocação de alguns principios, como o da ponderação, já é um em si mesmo. Ou seja, alguns principios com a mera evocação, já faz emergir a sua significação e que portanto não podem ser contestados; como se fossem algo dado desde sempre.

Diante disso, os princípios não podem ser aquilo que os juízes dizem, caso contrário, o Direito também passará a ser o que eles dizem por meio desses princípios. E dessa forma, passarão a dizer também o que é democracia. Por isso a importância de se saber o que é um princípio e o que não é, a fim de que se evite a banalização e se tenha armas para combater a discricionariedade. Trata-se de uma necessidade e não de um ideal. Decisões pautadas em pseudoprincipios com ares de discricionariedade violam direitos fundamentais, enfraquecem a autonomia do direito e colocam a democracia em risco.

2.3 OS PREDADORES EXÓGENOS DO DIREITO

Antes de adentrarmos na questão da autonomia do direito propriamente dita- que será melhor tratada no capítulo seguinte- é importante que se esclareça que quando se trata da defesa da autonomia do direito, refere-se a forma como o direito vem sendo relacionado com outros campos, como a moral, economia, política ou também denominados de predadores exógenos do direito, na medida em que se encontram em esferas externas ao campo jurídico.

Como já referido anteriormente, o positivismo jurídico ao tentar elaborar a sua ciência do direito retirou estes elementos (moral, economia, política) do conteúdo jurídico. Em contrapartida, as propostas que surgem na tentativa de enfrentar e "superar" o positivismo, buscam promover a reconciliação entre essas esferas.

Como conseqüência dessa tentativa de reconciliação entre o direito e os demais ramos, surge o que Streck denomina de predadores externos do direito. Ou seja, são "modos de inter-relacionar o âmbito jurídico com conteúdos morais, econômicos e/ou políticos que, por incidência de seus próprios critérios para a tomada de decisão, resultam no enfraquecimento do campo jurídico." [33]

O fato é que, na medida em que esses outros campos influenciam o direito a ponto de substituir a sua própria estrutura, como resultado disso, temos a perda da identidade do direito como esfera jurídica, ou seja, ocorre a perda do DNA do Direito.[34]

Ressalta-se que o argumento jurídico reflete respeito à normatividade. Trata-se, na verdade, da garantia que temos como cidadãos, de que nos julgamentos realizados pelo Judiciário, será utilizada uma regra geral, ou seja, um texto normativo válido para todos os que se encontrem no seu feixe de incidência, o que configura o princípio da isonomia.

Já um argumento de política ou de moral, é proveniente de uma escolha pessoal/ideológica do juiz, os quais não estão de forma prévia definidos como uma regra geral

---

[33] TASSINARI, Clarissa. Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e Norte Americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p. 103.

[34] Interessante destacar a abordagem que Antônio Castanheira Neves faz acerca dessa problemática de influências pelas quais o Direito vem passando. Na visão do autor, essa problemática ocorre num sentido funcional: "Já funcionalmente, por fim, quando no horizonte se anunciam, ou se forjam já, outros reguladores sociais mais eficazes e mais dos nossos dias do que seria direito: seja a política com o seu poder, seja a ciência-técnica ("a tecnologia social") com sua otimização estratégica, seja a economia (com a libertação do mercado) e a sua motivação racionalizada dos interesses, etc. Ver: NEVES, A.Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito Lisboa: Instituo Piaget, 2012, p. 13.

válida pra todos, ou seja, não possui um sentido autêntico dentro da tradição da comunidade jurídica.[35]

2.3.1 DIREITO E ECONOMIA

A título de exemplo, destaca-se um movimento denominado Law and Economics (Análise Econômica do Direito), que tem por objetivo, conforme Alexandre de Morais da Rosa, "[...] transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social."[36]

Em síntese, esse movimento, possuiu uma leitura utilitarista do Direito, na medida em que o vê como meio para concretização de um fim maior, qual seja "o crescimento econômico." Ou seja, o que se percebe nesse tipo de discurso é a transformação do direito em um instrumento submetido a uma racionalidade puramente econômica, baseada em custos e benefícios.

Rosivaldo Toscano demonstra que a análise econômica do direito atua como um predador do direito, na medida em que se utiliza de um discurso jurídico, porém com fundamentos utilitaristas com inspirações na eficiência como meio para se atingir a maximização da riqueza. Contudo, o autor faz uma crítica a essas teorias que se utilizam de forma corrupta do sentido de eficiência do judiciário como uma corporação de mercado.[37]

2.3.2 DIREITO E MORAL

Segundo Streck, o direito não se confunde com a moral, na medida em que o direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, destacando

---

[35] Destaca-se que os racionalistas buscaram através do método um grau zero de sentido, não levando em consideração a tradição. Em contrapartida, Gadamer nos traz que, "Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser" (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**.Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Bragança Paulista: Vozes, 2004, p. 415).

[36] ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *law & economics***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48-55.

[37] DOS SANTOS JUNIOR. Rosivaldo Toscano: O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: Uma resposta hermenêutica, p. 118.

que as questões a ele relacionadas, encontram necessariamente respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e precedentes que tenham um DNA constitucional e não na vontade daquele que o aplica. Contudo, isso não quer dizer que o direito não tenha elementos fortes de análises sociológicas, morais[38].

Nesse novo contexto de Estado Democrático de Direito, os elementos extrajurídicos não podem vir a corrigir o direito. Com isso, não se quer dizer que o direito ignora a moral, tendo em vista que o conteúdo dos princípios do direito dependem dessa informação. Contudo, no momento de aplicação do direito, não se pode esquecer dos princípios, e muito menos, aceitar que eles sejam qualquer moral.

É importante que se esclareça que a moralidade que o jurista articula quando argumenta não é a *sua* moralidade privada; não é a mesma que governa suas escolhas pessoais. A moralidade pública e política é outra, e gira, em Estados Democráticos, ou seja, em torno de um sistema de direitos.

2.3.3 DIREITO E MÍDIA

Não há dúvidas de que a mídia é de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, afinal não é à toa a sua ampla proteção consagrada no texto constitucional. A mídia tem o papel fundamental de informar a sociedade das coisas que ocorrem pelo mundo e desse modo não pode ser censurada ou dispensada. Contudo, a partir do momento em que atua de forma imprudente ao emitir juízos de valores na veiculação de determinadas informações, ocasiona, muitas vezes, afrontas aos direitos constitucionalmente estabelecidos.

No que tange ao Poder Judiciário, observa-se o fato de que a Justiça deixou de ser o espaço em que as pessoas são julgadas sob os parâmetros de suas culpabilidades para se tornar um palco de espetáculos. Em consequência dessa espetacularização da justiça e da manipulação das informações, os cidadãos acabam recebendo as notícias distorcidas e/ou moldadas conforme os interesses privados dos donos do poder, não tendo acesso a concepções e perspectivas diferentes, o que fere o processo democrático.

O que se tem observado com muita frequência no Brasil é a conduta típica de diversos juízes que acabam submetendo o Direito aos holofotes da mídia, e pelo que se analisa na atual conjuntura, grande parte da mídia do Brasil não passa de capacho a serviço dos donos poder que propagam inverdades e cometem injustiças. No Estado Democrático de Direito, o poder

[38] Ver: http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/senso-incomum-perus-pavoes-urubus-relacao-entre-direito-moral.

judiciário assume a importante função de zelar pela autonomia do direito diante dos inúmeros predadores que atacam. Contudo, a concepção de um Poder Judiciário austero e equilibrado cai por terra na medida em que os juízes se tornam figuras "pop-star" sob os holofotes da mídia recebendo ou seja, são influenciados em suas decisões pela opinião pública, seja pelo receio e o medo da superexposição negativa, ou para ganhar notoriedade em tempos de espetáculos judiciais.

Nesse sentido é importante afirmar mais uma vez que não são estes holofotes que devem conduzir os nossos magistrados e sim a Constituição. O Judiciário não pode ser fragilizado por mais este predador. O direito tem um grau de autonomia e se possuímos uma Constituição normativa, ela é lei, portanto.

Nessa perspectiva, Streck afirma a importância de construirmos condições sistêmicas para que uma decisão não seja fruto de opiniões pessoais ou por influencias políticas econômicas ou da mídia. [39] Trata-se de uma discussão acerca da democracia e a Mídia, bem como os moralismos definitivamente não são fontes do Direito.

A nossa sociedade, infelizmente, é caracterizada por um grande déficit cognitivo e de informação que é alimentada diuturnamente pelos órgãos da mídia manipuladora. Contudo, não podemos continuar reféns do senso comum teórico que hipervaloriza os outros sistemas sociais (político, econômico ou de comunicação de massa) em detrimento da estrutura do sistema jurídico. A lógica da mídia substitui a lógica do Direito. A função que a mídia está exercendo nos dias atuais é justamente a de constituir os seus aliados que vão servir de base para o fascismo judicial e é inadmissível que as decisões judiciais sejam submetidas à lógica do consenso popular, como se os juízes fossem representantes do povo.

A verdade é que todos somos culpados. Nos descuidamos de tantas coisas que deixamos passar. O Presidencialismo está sendo transformado em um arremendo do parlamentarismo. E isso vai totalmente contra a Constituição e o Estado Democrático de Direito. O direito precisa resistir aos seus predadores.

[39] Ver: http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito

3. AUTONOMIA DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Analisando a história política e jurídica do Brasil, observa-se que a sobreposição de regimes autoritários sobre o direito sempre foi muito presente. Nos períodos que antecederam a Constituição de 1988, a política atuava como uma predadora externa ao direito, desconsiderando completamente os mecanismos jurídicos de limitação do poder, através de uma postura pragmática, descompromissada e desinteressada com a consolidação da democracia. Nesse contexto, a instrumentalização do direito contribuiu para uma instável ordem constitucional democrática, fundamentada na tripartição dos poderes.

No Constitucionalismo brasileiro, as posturas autoritárias por parte do Poder Executivo se fizeram presentes na medida em que este poder exercia as suas funções por meio da censura política, de desconsideração às prerrogativas do Parlamento e do Judiciário, além das inúmeras perseguições aos opositores do governo. Os regimes autoritários instituídos no período anterior à Constituição de 1988, cercearam os espaços para o exercício das liberdades públicas através do fechamento do Poder Legislativo, da intervenção no judiciário, bem como da suspensão das garantias constitucionais.

Segundo Danilo Pereira Lima, "o direito não possuía a necessária autonomia para impor limites às instituições políticas e garantir a permanência dos governos democráticos. [40]

Sabe-se que no "interregno democrático" de 1945-1964, o único presidente que conseguiu terminar de fato o seu mandato foi Juscelino Kubitschek, contudo também não se viu imune às tentativas de golpe de Estado, tendo inclusive que contar com o apoio das forças armadas para que não fosse destituído de seu cargo. [41]

Nesse cenário, o direito era apenas um instrumento do poder político, e sob esta condição não tinha chance alguma de impedir a realização de qualquer ato arbitrário.

Conforme observa Cristiano Paixão, "não há, nesse contexto, uma Constituição propriamente dita, mas antes, um arsenal de atos que, sob várias denominações, constituem traduções da violência que embasa o regime de dominação." [42]

---

[40] LIMA, Danilo Pereira. O Poder Judiciário e a autonomia do Direito: os entraves ao controle político numa sociedade estamental. 2013. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p. 99

[41] Cf. PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. In: **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades.** Buenos Aires, año 13, nº 26, 2011, p. 154.

[42] Ibidem, p. 159.

De certo modo, a redemocratização representou uma interrupção da tradição autoritária presente por tanto tempo no Brasil, promovendo o nascimento de um novo constitucionalismo com suas bases fincadas não mais na subserviência do direito ao poder político e sim na sua autonomia como condição de possibilidade para a promoção do Estado Democrático de Direito.

Destarte, o direito nesse novo paradigma não pode (ria) ser compreendido como um mero escravo do poder ou um mero instrumento a serviço do Estado. Pelo contrário, para que a democracia seja institucionalizada é extremamente importante a realocação e reafirmação do sentido do direito como limitador do poder político. Diante dos diversos fracassos alcançados pelo constitucionalismo nos regimes autoritários, é de suma importância que o direito seja (re) pensado num movimento de crescente autonomização e seja ao mesmo tempo respeitado e protegido pelo Poder Judiciário.

Após todas as dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo brasileiro no sentindo de tentar limitar a atuação desenfreada do poder político, não seria conivente que o Judiciário se utilizasse da discricionariedade para proferir as suas decisões, submetendo o direito a vontade de seus magistrados. Isso significaria um retrocesso para o constitucionalismo, que desde seu início busca enfrentar a questão da arbitrariedade do poder.

É importante observar que o fato de ser importante uma maior atuação por parte do Judiciário no resguardo da autonomia do direito, não significa dizer que a cidadania será enfraquecida e a democracia será colocada em risco. Pelo contrário, "a autonomia do direito necessita da atuação da jurisdição constitucional para não ser sucumbida tanto pelo autoritarismo de um governante, como também pelas arbitrariedades praticadas pelas maiorias eventuais." [43]

Desse modo, é possível observar que o problema do decisionismo judicial se configura não quando o poder judiciário interfere no âmbito público para assegurar direitos e garantias previstas na Constituição. Agindo desse modo, o judiciário não faz mais do que a sua atribuição institucional inserida no Estado de modelo ordenador e promovedor que assumiu a função de transformar as estruturas da sociedade.

Os desvios judiciais se configuram no momento em que os juízes elevam as suas vontades contra a própria Constituição, abrindo espaço para que mais uma vez o direito seja rebaixado diante da política. A discricionariedade judicial funciona como uma predadora

[43] LIMA, Danilo Pereira. O Poder Judiciário e a autonomia do Direito: os entraves ao controle político numa sociedade estamental. 2013. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p. 100

endógena do direito, na medida em que é praticada no âmbito interno do direito e pelos agentes responsáveis de resguardar a autonomia assumida pelo direito nesse novo paradigma. A política funciona como uma predadora exógena do direito com a diferença de que no passado isso acontecia com mais frequência pelas mãos dos governantes autoritários e hoje ela ocorre por meio da discricionariedade judicial.

Na atual conjuntura do constitucionalismo, o direito possui um papel fundamental na construção da democracia necessitando, portanto, de autonomia para limitar qualquer tipo de arbitrariedade manifestada pelos três poderes. Cumpre destacar que a legalidade atual não é mais a legalidade burguesa, do período das codificações, mas sim, uma legalidade baseada na supremacia constitucional, capaz de oferecer condições propícias para a institucionalização da democracia.

O direito não poder manipulado tão facilmente em um Estado Democrático de Direito. Não devemos nos esquecer que, em um passado não muito distante, o direito teve que enfrentar diversas arbitrariedades por parte do executivo e do parlamento para que se sobrepusesse ao poder político na tentativa de garantir a supremacia constitucional.

No estágio atual, quando a questão se trata de limitação da atuação do judiciário, é importante se destacar que qualquer forma de instrumentalização do direito, seja ela "progressista" ou "conservadora", já é suficiente para caracterizar uma maneira autoritária da política se sobrepor ao direito como uma espécie de predadora externa, prejudicando a concretização da democracia.

3.1 UM PODER JUDICIÁRIO COM POSTURAS ESTAMENTAIS: UM VERDADEIRO RETROCESSO AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Muitos séculos depois da teoria dos dois corpos do rei, ela ainda se demonstra bastante atual para explicarmos a necessária separação entre o cargo público de magistrado e o âmbito privado de quem o realiza.[44] A partir da leitura da metáfora dos dois corpos do rei, temos que a decisão judicial não pode significar o mesmo que escolha, pois as escolhas devem acontecer apenas no âmbito de suas relações privadas, enquanto que as decisões são sempre o exercício

[44] Cf. KANTAROWICS, Ernst H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Segundo essa teoria, o rei era formado por dois corpos: o natural e o político. O primeiro corpo estava sujeito a todos os processos naturais que qualquer pessoa poderia sofrer, como por exemplo doenças, enfermidades e deformidades. Já o segundo corpo, era perfeito, incorruptível. Era um corpo indivisível capaz de afastar todas as imperfeições que se podia achar no corpo natural. Ou seja, o corpo político era sempre superior ao corpo natural. Dessa forma, a partir dessa teoria, depreende-se que a instituição política deveria sempre ser colocada no mais alto patamar, ou seja, se sobrepor à pessoa física do monarca.

de uma função pública. Na medida em a função pública não é uma extensão da esfera privada, o posicionamento político-ideológico do magistrado não interessa a um Estado Democrático de Direito. Ou seja, o compromisso que todo magistrado deve ter numa república democrática é o de tornar a sua atuação no âmbito público superior à esfera privada.[45]

Observamos com muita frequência diversas manifestações do Poder Judiciário eivadas de arbitrariedades, o que de certo modo demonstra uma certa resistência estamental em detrimento a todas as transformações pelas quais o direito passou nas últimas décadas. Tornou-se cada vez mais comum os juízes decidirem como se estivessem resolvendo os seus próprios negócios, livre de qualquer controle constitucional. E é por essa razão que o ativismo judicial deve ser compreendido como uma manifestação estamental dos juízes com o condão de dificultar a transformação do Poder Judiciário em servidor da República e no principal responsável pela defesa da autonomia do direito na contemporaneidade.

O poder judiciário nesta quadra da história ocupa um papel de grande destaque institucional frente à atuação dos demais poderes. Desse modo, é encarregado de zelar com maior diligência pela supremacia da constituição.

Sabe-se que no período anterior a promulgação da Constituição de 1988, o poder judiciário atuava de maneira discreta e alienada no cenário político nacional. O regime ditatorial de 1964, bem como as demais ditaduras antecedentes, obstacularizaram a atuação institucional do poder judiciário pela defesa da autonomia do direito. A partir do período de redemocratização, o direito assume novas tarefas, transmitindo ao poder judiciário a defesa por excelência e concretização do constitucionalismo.

Contudo, a autonomia do direito enfrenta grandes dificuldades de ser resguardada num cenário em que as relações estamentais ainda encontram-se tão fortes dentro do poder judiciário. Conforme preceitua Marcelo Neves, "[...] a experiência brasileira marca-se por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito." [46]

Destarte, para que o direito consiga limitar e impedir o exercício do poder de forma arbitrária, necessita de autonomia frente à economia, moral e política; e foi exatamente com o intuito de fornecer maior proteção ao direito que o judiciário assumiu o papel de primazia nas

---

[45] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrindo o espírito republicano. In: **Revista da AJURIS.** Porto Alegre, 2005, p. 101. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato traz que, "a essência do regime político republicano encontra-se, pois, na distinção entre o interesse próprio de cada um em particular e o bem comum de todos, com a exigência de que este se sobreponha sempre àquele."

[46] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 246.

relações interinstitucionais estabelecidas pelo novo paradigma constitucional. Todavia, a partir do momento em que a magistratura se eleva em um mero instrumento nas mãos do julgador, mais uma vez o direito é predado e fragilizado por elementos externos que catalisam o processo de sacrifício da democracia.

Essa situação é extremamente preocupante na medida em que reforça a violação e ineficácia das conquistas constitucionais em países recém redemocratizados, como no caso brasileiro. Para que um regime democrático seja de fato institucionalizado, não há que se pensar em dependência da aplicação discricionário do sistema legal, que em alguns momentos protege um setor minoritário e, logo depois, é esquecido para o resto da comunidade.

A supremacia constitucional espera do Poder Judiciário que, além de limitar a atuação do poder político, aplique a lei de modo coerente e republicano através de argumentos de princípios, os quais devem sempre se sobrepor a posicionamentos privados.

3.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SUA COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS: UMA RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA CONTRA O ATIVISMO JUDICIAL

Lenio Streck e Tomaz de Oliveira sustentam que, "toda e qualquer decisão jurídica só será correta [...], na medida em que dela seja possível extrair um princípio. Vale dizer, uma decisão judicial – hermeneuticamente correta – se sustentada em uma comunidade de princípios."[47]

Destarte os direitos e garantias fundamentais não podem depender das pretensões autoritárias presentes no poder judiciário, afinal, em um regime democrático, a vontade de qualquer agente público deve ser submetida aos controles previstos constitucionalmente. A autonomia institucional que é conferida ao poder judiciário não pode ser confundida com de privilégios setoriais que tornariam inquestionáveis seus próprios atos.

A partir dos contributos de Streck, cabe destacar que existe um direito fundamental à uma resposta adequada a Constituição, que deve ser elevada em relação a quaisquer posicionamentos político - ideológicos do juiz, tornando decisão coerente e harmônica com o sentido do direito compartilhado pela comunidade política.[48] E esse ponto é fulcral para a limitação do poder político. Pelo contrário, tanto os excessos inconstitucionais realizados

---

[47] STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 11.
[48] Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

pelos poderes executivo e legislativo, quanto as decisões arbitrárias proferidas pelo poder judiciário, possuem o poder de encaminhar a sociedade a um estágio do não direito, ou seja, para o fantasma do "Estado de exceção."[49]

É imprescindível que se reflita e se questione a razão dos juízes ainda utilizarem o livre convencimento diante da luta intensa que se travou pela democracia e pelos direitos fundamentais. Afinal, a sociedade brasileira não passou por todos os regimes políticos anteriores à Constituição de 1988 para resvalar nas armadilhas do voluntarismo judicial. Portanto, o fortalecimento institucional do Poder Judiciário tem o objetivo de assegurar e implementar as conquistas constitucionais e não uma transferência do poder arbitrário- que antes se concentrava principalmente no Poder Executivo-para as mãos dos juízes.

No que tange as decisões judiciais, estas devem ser constituídas por argumentos de integridade e coerência emanadas da própria comunidade política, subordinando-se sempre à supremacia da Constituição. Nessa perspectiva, Streck pontua: "o que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos [...] não depende- e não pode depender- de uma subjetividade assujeitadora [...], como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. [50]

Em todos os contextos históricos em que o direito esteve subserviente ao poder político seja para ser suspendido ou aplicado, dependendo da vontade da autoridade política, o constitucionalismo enfrentou grandes desafios e dificuldades para exercer a sua supremacia. Destaca-se que uma Constituição só possui força normativa na medida em que a autonomia do direito é preservada, caso contrário, torna-se mera folha de papel. Ou seja, a imposição de limites às formas de atuação de todos os poderes é a condição de possibilidade para que o constitucionalismo promova uma regime democrático.

Segundo Streck, os princípios são uma espécie de blindagem contra as arbitrariedades, além de indicarem a direção na qual intérprete deve seguir, buscando a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiológicas-decisionistas).[51]

A partir do surgimento dos neoconstitucionalismos e pós-positivismos, um dos grandes desafios enfrentados pelo Direito é a preservação de sua própria autonomia diante das ameaças ocasionadas pelos predadores externos, dentre eles, a Moral. Diante disso, a resposta da Crítica Hermenêutica do Direito é demonstrar que a partir de uma revisão crítica da função

---

[49] Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.
[50] Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87.
[51] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.317.

dos princípios configura-se a reconciliação entre Direito e Moral que em outrora havia sido cindida pelo positivismo.

Diversas formas de se compreender os princípios foram delineadas ao longo do tempo. Conforme demonstra Rafael Tomaz de Oliveira, os princípios denominados de pragmáticos ou problemáticos surgem a partir da segunda metade do século XX e estes aparecem num cenário de mudança radical no propósito do Direito, na medida em que suas proposições inclinam-se a pensar "[...] o sentido do direito e seus vínculos com o comportamento humano direto. [52]Ou seja, foi a partir dos referidos princípios que se observou que as transformações que ocorreram nas formas de compreensão da relação Direito e Moral estavam sendo acompanhadas também por distintas perspectivas incidentes sobre o conceito de princípio.

Com o positivismo por exemplo, predominava o entendimento de independência entre Moral e o Direito, sendo os princípios compreendidos como meros enfeites/adereços, além de não possuírem um caráter deontológico, ou seja, destituídos de normatividade. Contudo, diante das tentativas de ruptura com esse modelo, sobretudo no que tange a separação entre essas duas esferas, novas concepções acerca dos papeis dos princípios foram aparecendo.

A partir da tese de Robert Alexy, a leitura moral do Direito é compreendida sob uma ótica de complementariedade, ou seja, o Direito é concebido como um caso especial do discurso moral", o que significa dizer que quando o intérprete se deparar com os casos "difíceis" (aqueles em que a lei, dogmática e precedente não determinam a resposta a uma questão jurídica) recorra a "valorações adicionais", ou seja, recorra à Moral. Nessa tese apresentada, os princípios são vistos como elementos que o julgador se utilizará somente nos casos de insuficiência da regra. É como se a regra tivesse primazia sobre os princípios e estes estivessem flutuando, devendo ser utilizados somente quando convier. [53]

Por outro lado, Streck a partir de sua Crítica Hermenêutica do Direito, pretende romper com o positivismo jurídico, bem como se contrapor ao entendimento de Alexy. Dessa forma, Streck parte da concepção de que o Direito e Moral são cooriginários.

Sob esta ótica, a moral não se trata de uma ferramenta à disposição do julgador e muito menos de um moralismo, relacionado com as opiniões, desejos e vontades pessoais. Através dessa tesa da cooriginariedade, os princípios possuem o papel importante de institucionalizar a Moral no Direito. Aos princípios é atribuído o caráter de norma jurídica,

---

[52] Cf. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: **princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.31.pp. 45-64.

[53] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 39.

passando a fazer parte do texto constitucional. Dessa forma, há uma abertura à racionalidade prática (antes sufocada pelo positivismo através da racionalidade teórica) "que decorre da normatividade extraída da convivência intersubjetiva emanada da moralidade política."[54]

É em razão disso, que os princípios começam a representar limites às discricionariedades praticadas por qualquer poder, enfatizando a noção de integridade do Direito apregoada por Dworkin.

Para que se entenda a ideia de integridade do Direito, é indispensável a compreensão de que a sociedade democrática é uma comunidade de princípios. Dessa forma, temos uma enorme contribuição através dos princípios no que tange o enfrentamento do ativismo judicial, na medida em que ao se fazer uma devida compreensão acerca do papel dos princípios, como limitadores da decisão judicial, reforça-se um grande avanço no sentido do Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito por ser qualificado pela democracia, requer por parte de todos os seus Poderes um comprometimento de suas atuações, e por consequência, uma resistência ao perfil ativista que o judiciário vem aderindo. Nesse contexto, compreender os princípios livre do elemento da discricionariedade, concebendo-os à luz do Direito dotado de integridade e coerência, é mais um dos caminhos pelo qual se pode percorrer para descontruir e resistir o protagonismo judicial.

E por falar em princípios, é importante que se diga que, ao contrário do que o senso comum teórico ostenta, eles não promoveram uma abertura da interpretação. Não se pode usar os princípios para fins de libertinagem normativa.

No atual contexto, é imprescindível que toda a comunidade jurídica leve o direito a sério, considerando não mais o juiz como protagonista, mas sim o Direito e isso só é possível a partir do momento em que o problema do ativismo judicial ou da discricionariedade for levado a sério, com a profundidade e compromisso teóricos devidos através de uma comunidade de juristas emancipada. É esta a proposta do Constitucionalismo Contemporâneo. É essa a resistência democrática capaz de preservar a autonomia de direito e consequentemente proteger a identidade do Estado Democrático de Direitos dos predadores que insistem em assombrá-lo.

[54] LIMA, Danilo Pereira. O Poder Judiciário e a autonomia do Direito: os entraves ao controle político numa sociedade estamental. 2013. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012, p. 121

3.3 A IMPORTÂNCIA DOS CONSTRANGIMENTOS EPISTEMOLÓGICOS NA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO

Respeitar a normatividade não significa engessar a atuação do Judiciário ou torna-lo lento e burocrático; pelo contrário, na medida em que visa torna-lo mais efetivo, tornando-o compatível com o rol de direitos presentes na Constituição e com o ideário de Estado Democrático de Direito. Apesar da independência funcional desse poder, o que se observa é que os juízes dela abusam e decidem conforme suas consciências. Fazer hermenêutica constitucional que é bom...os operadores do direito se abstém.

Contudo, não existe poder judiciário sem que haja hermenêutica em todas as esferas da magistratura. Logo:

> Não há judiciário sem que todos os seus membros tenham (formalmente) e exerçam (materialmente) a independência funcional. Não há Poder Judiciário sem compartilhamento, em todas as instâncias, do dever de interpretar o direito quando somente a cúpula atua e as bases se tornam operadores. Um dever e uma responsabilidade funcional de cada ator jurídico.[55]

Dessa forma, os constrangimentos epistemológicos não podem ser abandonados nas esferas da magistratura, pois são essenciais à aplicação do Direito dentro de uma tradição republicana de proteção da Constituição e dos Direitos Fundamentais que ela contém. Os discursos que defendem que não há como impor limites à interpretação judicial, nada mais são do que ideológicos, pois a partir dessa ótica, sempre existiria um elemento de vontade na decisão judicial. Levando-se em consideração o fato da linguagem ser algo incerto, impedir-se-ia qualquer constrangimento à interpretação, permitindo-se dessa maneira a discricionariedade.

Num Estado Democrático de Direito, o intérprete não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, na medida em que é balizado pela tradição e pelos constrangimentos-linguístico-epistemológicos. O magistrado por ser um membro do poder (no sentido de representar o poder constituído), não possui liberdade absoluta para decidir, devendo agir sempre dentro de uma esfera de normatividade. Se por um lado há o dever dos juízes de fundamentarem, mais importante do que isso está o dever de respeitar o jogo democrático.

---

[55] DOS SANTOS JUNIOR. Rosivaldo Toscano: O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: Uma resposta hermenêutica, 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2013, p. 149.

Destarte, existem constrangimentos epistemológicos que não podem ser ultrapassados. O fato de vivenciarmos uma tradição implica que as decisões precisam ter coerência, levando em consideração a integridade que o direito possui. Existem conceitos que são compartilhados intersubjetivamente dentro de uma comunidade e dessa forma, não podem ser transmudados sem que ocorram graves consequências democráticas.

Sabe-se que cada um dentro da comunidade possui a sua bagagem cultural compreendida por todos os preconceitos e em razão disso, sempre teremos um lugar de fala, ou seja, sempre que enxergamos algo, o fazemos de determinado ponto, perspectiva. Contudo, antes disso, é importante compreendermos que estamos inseridos na linguagem e na cultura e aqui, as referências são compartilhadas de modo intersubjetivo por todos.[56]

Antes de nos compreendermos como subjetividade, é importante que primeiro nos entendamos como identidades construídas socialmente e culturalmente. Nossas raízes estão fincadas em um ambiente cultural específico denominado de tradição. A partir do momento em que a subjetividade é deslocada sem levar em consideração a história, a facticidade, a tradição e existência do intérprete, se tornará uma mera falácia.

A linguagem já é algo dado de forma intersubjetiva, sendo assim, não pode ser produto de um sujeito solipsista, o qual constrói o seu próprio objeto do conhecimento. Resumindo, o significado daquilo que interpretamos não reside na consciência do sujeito que interpreta, mas origina-se dentro de um contexto de significantes e significados, os quais Heidegger denomina de mundo. [57]

Ou seja, o interprete, antes de qualquer coisa, encontra-se inserido em um mundo anterior e o qual não está a sua disposição para definir e determinar as suas estruturas. A decisão acontece através do comprometimento com algo que se antecipa e esse algo é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito. A resposta constitucionalmente adequada em hipótese alguma pode depender da consciência do juiz, afinal, decidir não é, definitivamente, escolher.

---

[56] Conforme Gadamer: Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 415-416.

[57] Entende-se por mundo como uma dimensão, uma instancia em que o significado é encontrado e produzido, ou seja, em um contexto de compartilhamento. Ou seja, estamos lançados em um mundo composto por estruturas que já nos são anteriores e que não estão a nossa disposição para fazermos o que bem quisermos. Estamos submersos em um mundo em que muitas vezes nos perdemos com a cotidianidade e em razão disso, acabamos não desvelando os sentidos obnubilados pelo dia-dia, pelo senso comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes da Constituição de 1988, vivíamos num período autoritário, numa Ditadura Militar em que praticamente não tínhamos Direito, mas apenas uma Constituição que nada mais era do que um arremendo. O Direito nessa fase histórica era ruim e carente de legitimidade. Por isso, se apostava muito na criatividade voluntarista dos juízes, como uma forma de buscarem nas brechas da institucionalidade, uma maneira de tentar contornar esse autoritarismo legal em que vivíamos, tendo em vista que esse era o único espaço que os juristas poderiam ter diante desse regime de Exceção.

Posteriormente quando foi instituída a Constituição de 88, nós levamos bastante tempo para nos recuperarmos dessa espécie de "ressaca hermenêutica." No século XX, esse crescimento do poder judicário acabou gerando o reconhecimento desse poder como uma figura paterna da sociedade, sobre o qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem de pai.

É passada a imagem ao judiciário de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação.

Ocorreu uma expectativa de que a justiça pudesse funcionar como instância moral e temos isso manifestado através de cláusulas legais, mais, sobretudo na permanência da confiança popular. Uma sociedade que cada vez mais se sente "órfã" e que acaba agindo com o infantislismo da crença na justiça na medida em que se espera do judiciário uma retificação da própria postura, inclusive em face de questões que envolvem cidadania.

O problema é que quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social, controle ao qual normalmente de deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. E isso acaba dando margem pra uma atuação cada vez mais desenfreada, discricionária e arbitrária desse poder.

Percebe-se que cada vez mais o judiciário toma para si questões e problemas que não são dele e acaba alimentando isso simplesmente pelo fato de querer espaço político, e acaba ocupando um espaço político que não é dele, que não lhe pertence.

O judiciário também tem que aprender a dizer não. Nem tudo deve ser tutelado por esse poder. Os outros poderes precisam também aprender a se organizarem, pois caso contrário, temos cada vez mais uma democracia enfraquecida. Não será o judiciário que com uma simples liminar, resolverá tudo.

O Constitucionalismo contemporâneo de fato respresentou uma ruptura com o modelo postitivista o qual não se preocupava com as questões da interpretação e aplicação do Direito, sempre deixando aos juízes a escolha dos critérios a serem utilizados nos casos complexos.

E nesse sentido esse Constitucionalismo Contemporâneo significou de certa forma, uma inovação, já que trazia à tona esse problema do mundo prático para Direito. Porém é importante que se tome cuidado na hora de "inovar", na hora de aplicar o direito. Pois o que num primeiro momento pode parecer ser uma luta contra a discricionariedade, pode acabar cada vez mais reforçando essa subjetividade e abrindo campo pra decisionismos, dependendo da forma como é aplicado e interpretado o direito.

A criatividade do judiciário deve ser construtiva e não autoritária. Nossa Constituição já possui um texto analítico, logo não se deve criar, deve-se aplicar. Direito não é filosofia moral. Filosofia Moral são escolhas e o juiz não escolhe, juiz decide.

A analiticidade da Constituição e as demandas por mais leis e pela realização imediata de direitos junto ao Judiciário tiveram e têm consequências cada vez maiores. Com isso, tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder.

É importante ressaltar que o cidadão tem o direito de obter uma resposta do judiciário que seja adequada à Constituição. Sabemos que cada juiz possui suas convicções pessoais, valores, ideologias próprias. Contudo, isso não significa que a sua decisão irá refletir esse subjetivismo. O juiz deve utilizar na sua decisão uma fundamentação que revele que sua decisão foi pautada por argumentos de princípios e não de política, moral ou convicções pessoais. O que temos hoje dominando o pensamento majoritário dos operadores do direito, é que este é entendido apenas como um saber meramente operacional.

Domina no âmbito jurídico, o modelo assentado na ideia de que o processo, procedimento interpretativo, possibilita que o sujeito alcance o sentido que mais lhe convém. Em contrapartida urge ressaltar que era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito e de dar direção às decisões. Decisionismos e ativismos não são bons para a sociedade e muito menos para a Democracia.

Se cada juiz começar a decidir como quiser, ou como e quando lhe for conveniente, o judiciário cada vez mais acabará entulhado de processos. Não devemos viver num cenário de Justiça Lotérica.

O que ocorre é que, a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência ou com base em argumentos de política, de moral ou de economia. Acabamos por confundir a era dos princípios e a abertura semântica, com autorização para uma livre atribuição de sentido, como se existisse um "grau zero de sentido." Assim, cada vez mais enfraquece-se a autonomia do Direito.

Destarte, o ativismo se manifesta através desses predadores, ou seja, sempre que uma decisão tiver como fundamentação critérios não jurídicos, esta decisão será considerada ativista.

Como já sabemos, as decisões devem ser pautadas e fundadas em argumentos jurídicos, pois nesse sentido, a sociedade tem uma garantia: o respeito à Constituição. Logo, ninguém está acima dela. Ela é quem norteia o regime democrático na medida em que condiciona todos a um regramento único.

O direito tem um grau de autonomia e se possuímos uma Constituição normativa, ela é lei, portanto. Nesse sentido, é de extrema importância a construção de condições sistêmicas para que uma decisão não seja fruto de opiniões pessoais ou por influencias políticas econômicas ou da mídia. Não podemos continuar reféns do senso comum teórico que hipervaloriza os outros sistemas sociais (político, econômico ou de comunicação de massa) em detrimento da estrutura do sistema jurídico.

O Direito necessita resistir aos seus predadores. Dessa forma, as decisões não podem ter um caráter meramente teleológico ou serem fundamentadas segundo a consciência ou políticas, ideologias e etc. Cada um de nós, assim como os magistrados, possuímos subjetividades, desejos e opiniões. Entretanto, a decisão deve advir da suspensão de toda essa subjetividade, dos pré-juízos, caso contrário, cada decisão será uma forma de "criação do Direito", como se este tivesse um grau zero de sentido e dependesse do pensamento individual, subjetivista-solipsista, teleológico e consenquencialista. O Direito está para além disso. O Direito é garantia. Não é à toa que temos princípios, os quais são padrões normativos. O direito tem que prevalecer mesmo que descontente a mídia ou a moralidade e as opiniões das maiorias eventuais.

Por fim, para efeito de ilustração e reflexão acerca das discussões realizadas ao longo desse trabalho, uma passagem da mitologia grega pode nos ajudar a explicar o valor da

Constituição e do Direito. Trata-se da história de Ulisses e sua tentativa de retornar à Ítaca. Ele ordenou aos seus homens que o amarrassem no mastro do navio e não obedecessem a nenhuma outra ordem que ele desse depois dessa. A sobrevivência dele dependia de que o amarrassem ao mastro e não o soltassem, mesmo que ele ordenasse isso depois. “As correntes me salvarão do canto das sereias”, disse Ulisses. Pois bem, essas correntes representam o valor da Constituição. A Constituição existe para nos proteger do canto das sereias. Ela é contra majoritária. Foi feita para nos proteger de maiorias eventuais e dos predadores que podem nos destruir.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BERCOVICI, Gilberto, A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Brasília: **Revista do Senado Federal**, a. 36, n. 142, 1999.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrindo o espírito republicano. In: **Revista da AJURIS.** Porto Alegre, 2005.

DOS SANTOS JUNIOR. Rosivaldo Toscano: O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: Uma resposta hermenêutica, 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Bragança Paulista: Vozes, 2004.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

HOBSBAWN, Eric. A era dos extremos. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANTAROWICS, Ernst H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8° ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Danilo Pereira. O Poder Judiciário e a autonomia do Direito: os entraves ao controle político numa sociedade estamental. 2013. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012.

MAUSS, Ingeborg. Judiciário Como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na "Sociedade Órfã". *In:* **Novos Estudos.** N° 58. São Paulo: Cebrap, 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/issues/view/92. Acesso em 25/03/2016.

NEVES, A. Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito Lisboa: Instituo Piaget, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. In: **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades.** Buenos Aires, año 13, nº 26, 2011.

ROCHA. Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *law & economics***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? Revista NEJ-Eletrônica, v.15-n 1.Pg 165/ Jan-Abr.2010. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/see/index.php/nej/article/view/2308. Acesso em 13/04/2016

_____. Constituição ou Barbárie? – a Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/constituic3a7c3a3o-ou-barbc3a1rie-e28093-a-lei-como-possibilidade-lenio.pdf

_____. **Hermenêutica Jurídica em Crise –** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. **Verdade e Consenso.** 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro a junho.

_____. Perus, pavões e urubus: a relação entre direito e moral. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/senso-incomum-perus-pavoes-urubus-relacao-entre direito-moral. Acesso em 09/04/2016.

_____.O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes do Direito. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito. Acesso em 15/04/2016.

_____.TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____.**O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 3° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013ª.

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

_____. Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e Norte Americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2012.

_____.e outro: Constitucionalismo Democrático, Ativismo Judicial e crise do Estado: Os Limites de Ação para condição para a legitimação do poder Judiciário na Construção da Democracia. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02a4f95155ad3032

TOMAZ DE OLIVEIRA e outros, Rafael. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: Percurso para uma necessária diferenciação. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada pela grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.