

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

LUIS FELIPE LEÃO SACCOL

**UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA
DO DIREITO E SEUS DESDOBRAMENTOS SOBRE O ARTIGO 315, §2º, DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

**SÃO LEOPOLDO
2021**

LUIS FELIPE LEÃO SACCOL

Uma análise do ativismo judicial à luz da Crítica Hermenêutica do Direito e seus desdobramentos sobre o artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy

São Leopoldo
2021

S119a Saccol, Luis Felipe Leão
Uma análise do ativismo judicial à luz da crítica hermenêutica do direito e seus desdobramentos sobre o artigo 315, §2º, do código de processo penal. / Luis Felipe Leão Saccol -- 2021. 144 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy.

1. Teoria do direito. 2. Direito processual penal. 3. Ativismo judicial. 4. Crítica - Hermenêutica (Direito). I. Título. II. Wedy, Miguel Tedesco.

CDU 340.12

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: " **UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E SEUS DESDOBRAMENTOS SOBRE O ARTIGO 315, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** " elaborada pelo mestrando **Luis Felipe Leão Saccol**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

São Leopoldo, 29 de outubro de 2021.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Miguel Tedesco Wedy Participação por Webconferência

Membro: Dr. André Luís Callegari Participação por Webconferência

Membro: Dra. Clarissa Tassinari Participação por Webconferência

AGRADECIMENTOS

“Quem estará nas trincheiras ao teu lado?

- E isso importa?

- Mais do que a própria guerra.”

Ernest Hemingway.

Nesse pequeno espaço, mas que não deixa de ter sua inenarrável importância, quero dedicar um singelo agradecimento àqueles que, independentemente do tamanho de sua participação, foram essenciais para o desenvolvimento desta dissertação.

Primeiramente, à minha família. O apoio incondicional de vocês fez com esse trabalho não só fosse possível, mas também como toda a minha formação acadêmica.

Ao meu orientador, Miguel Tedesco Wedy. Me faltam palavras para descrever o quão grato sou por esse tempo em que fui seu orientando no mestrado da UNISINOS. Tenho o senhor como espelho de profissional, tanto na academia quanto na advocacia. Meu mais sincero obrigado!

Ao Professor Lenio Luiz Streck, que me acolheu como bolsista de iniciação científica por quase toda a graduação e que despertou meu interesse pela pesquisa científica. Se não fosse pelo senhor, muito provavelmente esse mestrado não teria sido possível. Ao Professor Guilherme Wunsch, o professor que fez com que eu encontrasse meu propósito de vida.

Aos membros do Grupo de Pesquisa “Liberdade & Garantias”, em especial ao colega Paulo Thiago Fernandes Dias, pelo grande profissional que és.

Aos membros do Grupo de Pesquisa Dasein, em especial ao Frederico Pessoa, Giovanna Dias e Daniel, pela amizade.

Aos meus eternos amigos, que de uma forma ou de outra colaboraram para este trabalho e que foram extremamente compreensivos com a minha ausência em boa parte deste mestrado: Vinícius Alberto Machado Ruppenthal, Felipe Drehmer, Lucas Andreola, Guilherme Dreher, Guilherme Augusto De Vargas Soares, Gustavo Emanuel de Medeiros Hermes, Leonardo Bassani, Otávio da Silva Lemos, Gabriel Cemin Petry, Rafael Cemin Petry, Eduardo Pereira, Aquiles Maciel, Gabriella Krummenauer, Amanda Zanatta, Bruna Kirch, Naomi Brocker, Rafaela Fernanda de Fraga Silveira, Eduarda Foscarini, Elen Wolff, Bruna Mallmann Schunck, Taynara Arceno, Bruna Carniel, Maria Eduarda Vier Klein, Giovana Morais Mena Barreto, Juliana da Rosa Sá, Francesca Costa e Taísa Boff.

Ao Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, pelo excepcional trabalho que vem desenvolvendo ao longo dos anos e por ter me acolhido desde a graduação na qualidade de bolsista de iniciação científica.

E, por fim, à UNISINOS, por ter me acolhido desde a graduação, quando iniciei meu caminho em 2013, na qualidade de estudante de Direito, e que agora me proporcionou o fim de mais um ciclo.

RESUMO

A presente dissertação consiste numa análise da discricionariedade judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito e seus reflexos no processo penal a partir da introdução do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal pela Lei n.º 13.964/19. O trabalho está dividido em duas partes: uma primeira parte que é destinada a fazer uma análise da discricionariedade judicial, que supostamente é decorrente do positivismo jurídico, e a sua relação com o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial; e na segunda, um estudo do Pacote Anticrime, especificamente o artigo 315, §2º, introduzido pela Lei n.º 13.964/19, e seus desdobramentos no processo penal. A problemática do presente trabalho revela-se nas seguintes inquietações: Qual a relação do artigo 315, §2º do CPP, introduzido pela Lei n.º 13.964/19, com a discricionariedade judicial? Qual a relação entre o ativismo judicial, positivismo jurídico e a discricionariedade judicial? Quais modificações relevantes, no que se refere ao combate ao ativismo judicial, foram implementadas pelo Pacote Anticrime? Como a Crítica Hermenêutica do Direito pode dar uma resposta para o solipsismo judicial? Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é analisar o fenômeno do ativismo judicial e os seus reflexos no processo penal brasileiro a partir da inserção do artigo 315, §2º, Código de Processo Penal a partir do Pacote Anticrime. Tendo em vista que o papel do Poder Judiciário tem se mostrado cada vez mais relevante no Estado Democrático de Direito, a partir da presente dissertação será possível verificar, a partir da vigência do artigo 315, §2º, Código de Processo Penal, a relevância da fundamentação das decisões judiciais e os impactos do solipsismo judicial. O trabalho realizado tem como aporte teórico a proposta desenvolvida por Lenio Luiz Streck, qual seja, a Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como fundamento a unificação das posições teóricas de Gadamer e Dworkin.

Palavras-chave: teoria do direito; direito processual penal; ativismo judicial; crítica hermenêutica do direito.

ABSTRACT

This dissertation consists of an analysis of judicial discretion from the Hermeneutic Critique of Law and its effects on criminal proceedings from the introduction of article 315, §2o, of the Code of Criminal Procedure by Law No. 13.964/19. The work is divided into two parts: a first part, which is intended to analyze the judicial discretion, which supposedly stems from legal positivism, and its relationship with neoconstitutionalism and judicial activism; and in the second, a study of the anti-crime package, specifically article 315, §2o, introduced by Law No. 13,964/19, and its consequences in the criminal process. The problem of this work is revealed in the following concerns: What is the relationship of article 315, §2 of the CPP, introduced by Law No. 13.964/19, with judicial discretion? What is the relationship between judicial activism, legal positivism and judicial discretion? What relevant modifications, with regard to combating judicial activism, were implemented by the Anti-Crime Package? How can the Hermeneutic Critique of Law provide an answer to judicial solipsism? Thus, the objective of the present work is to analyze the phenomenon of judicial activism and its consequences in the Brazilian criminal process from the insertion of article 315, §2o, Code of Criminal Procedure from the Anti-Crime Package. Considering that the role of the Judiciary Branch has been increasingly relevant in the Democratic State of Law, from this dissertation it will be possible to verify, from the validity of article 315, §2o, Code of Criminal Procedure, the relevance of reasoning of judicial decisions and the impacts of judicial solipsism. The work carried out has as theoretical support the proposal developed by Lenio Luiz Streck, that is, the Hermeneutic Critique of Law, based on the unification of the theoretical positions of Gadamer and Dworkin.

Keywords: law's theory; criminal procedural law; judicial activism; hermeneutic critic of law.

Sumário

1 UM BREVE INTRODUÇÃO: ALICE NO PAÍS DAS MARAVILHAS, HUMPTY DUMPTY, CACHIMBOS, ATIVISMO JUDICIAL, DISCRICIONARIEDADE... E EU COM ISSO?.....	10
PRIMEIRA PARTE.....	14
A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO UMA FATALIDADE DECORRENTE DO POSITIVISMO JURÍDICO: ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO.....	14
2 POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA TEORIA POSITIVISTA.....	15
2.1 Revisitando as origens da doutrina do positivismo jurídico.....	15
2.2 Por uma (tentativa de) definição do positivismo jurídico clássico (Lato Sensu): critérios identificadores e a distinção entre o monismo e o dualismo	19
2.3 Positivismo Moderno <i>stricto sensu</i>	22
2.3.1 O positivismo normativista de Hans Kelsen e a discricionariedade judicial decorrente do esquema sujeito-objeto	22
2.3.2 A discricionariedade no positivismo jurídico de Herbert Lionel Adolphus Hart e o famoso debate acadêmico travado com Ronald Dworkin	29
3 O JUDICIAL REVIEW COMO O NASCEDOURO DO ATIVISMO JUDICIAL	46
3.1 John Marshall e o Judicial Review em solo americano: Quem foi o quarto <i>Chief Justice</i> da Suprema Corte Americana?	46
3.2 Resumo de caso: <i>Marbury v. Madison</i>	50
3.3 O que se entende, afinal, por ativismo judicial e como ele se difere da judicialização da política?.....	56
3.3.1 Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial, Jurisprudência dos Valores e Ponderação Alexyana: o juiz “Humpty Dumpty” entre em cena	56
3.3.2 Ativismo Judicial, Jurisprudência dos Valores e Ponderação Alexyana....	57
3.3.3 Judicialização da política: uma situação contingencial.....	76
3.5 Os fatores de impulso do ativismo judicial no Brasil.....	83
3.5.1 O modelo de Estado intervencionista	83
3.5.1.1 Um resgate histórico do Supremo Tribunal Federal em períodos de forte intervenção na sua autonomia decisória	95
3.5.2 A expansão do controle abstrato de normas	99
3.5.3 Constituição Política do Império do Brasil de 1824	100
3.5.4 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891	101
3.5.5 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934	103
3.5.6 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937	103
3.5.7 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946	104
3.5.8 Constituição do Brasil de 1967/69	105
3.5.9 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	106
3.6 O neoconstitucionalismo	107

SEGUNDA PARTE	127
A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO BASE PARA UMA TEORIA DA DECISÃO NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO PACOTE ANTICRIME PARA FREAR O ATIVISMO JUDICIAL	127
1 UM ESTUDO DIRECIONADO DO ART 315, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A FUNDAMENTAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE UM PROCESSO ACUSATÓRIO	128
1.1 O artigo 3º-A do Código de Processo Penal: O natimorto Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro	128
1.2 O Artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal: Da (não) fundamentação da decisão que decreta, substitui ou denega qualquer decisão judicial	138
1.3 O Pacote Anticrime e a sua relação com a Crítica Hermenêutica do Direito: a busca pela resposta correta	145
4 CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS	168



[...] quando *eu* uso uma palavra – disse Humpty Dumpty, num tom bastante desdenhoso, “ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos.”

“A Questão é”, disse Alice, “se *pode* fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.”

“A questão”, disse Humpty Dumpty, “é saber quem vai mandar – só isto.”
Humpty Dumpty, em *Alice Através do Espelho*, de Lewis Carroll.

1 UM BREVE INTRODUÇÃO: ALICE NO PAÍS DAS MARAVILHAS, HUMPTY DUMPTY, CACHIMBOS, ATIVISMO JUDICIAL, DISCRICIONARIEDADE... E EU COM ISSO?

Não gera ilegalidade deixar de revisar a necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias. Não fere a presunção de inocência a execução antecipada da pena. Não fere o princípio da legalidade o Poder Judiciário criar tipos penais através de analogia (crime de homofobia por analogia ao de racismo) ... Essas frases podem nos causar um certo estranhamento, tendo em vista a obviedade dos artigos 316, parágrafo único e do artigo 283, ambos do Código de Processo Penal e do artigo 1 do Código Penal c/c art. 22 da Constituição Federal em transmitir os seus mandamentos.

René Magritte fez uma afirmação semelhante a esta, qual seja, "isto não é um cachimbo" e, logo acima de tal afirmação, o desenho de um cachimbo. Evidentemente, o desenho de um cachimbo não é um cachimbo, mas apenas a representação de um cachimbo.

Todavia, não tratamos aqui do desenho de um cachimbo e nem de cachimbos, e sim de comandos legais que, convenhamos, são de uma obviedade sem igual. A questão que fica é a seguinte: pode um magistrado atribuir um sentido diferente a um texto legal quando bem lhe entender? Existe algum limite interpretativo imposto ao Poder Judiciário?

Se as respostas para tais perguntas forem, respectivamente, sim e não, então, sim, afinal, Humpty Dumpty estava certo e, para efeitos desta dissertação, "*ceci n'est pas une pipe*" (isto não é um cachimbo) pode muito bem ser mudado para "*la loi est ce que le magistrat veut qu'il soit*" (a lei é o que o magistrado quer que seja).

Via de regra, os casos que envolvem judicialização da política ou ativismo judicial que chegam até nós são aqueles de grande repercussão e, por consequência lógica, os casos de "menor importância", principalmente no que se refere a casos nitidamente ativistas, caem no total esquecimento. O juiz Humpty Dumpty, aquele que decide conforme a sua consciência, que primeiro decide e depois encontra os fundamentos, que atravessa o rio e depois constrói a ponte, que julga conforme os clamores da sociedade, que decide conforme o seu senso de justiça, é um reflexo da realidade do direito brasileiro, reflexo este consistente em práticas que fazem com que

turmas e câmaras de um mesmo tribunal venham a decidir sobre mesmos temas, mas de formas completamente diferentes.¹

Quando a operação lava jato começara a ganhar contornos desproporcionais e preocupantes, Lenio Streck alertou os juristas brasileiros acerca dos perigos jurídicos que tal operação estava ocasionando. Na data de 29 de março de 2015, Antônio Bochenek e Sergio Moro, ambos juízes, publicaram um artigo no jornal *Estadão* afirmando que o problema da impunidade era o processo.

Tal tipo de afirmação, por óbvio, esconde uma tentativa de fragilizar o direito sob a bandeira de “combate à corrupção” - como se juízes devessem combater algo quando utilizando a toga – através dos predadores do direito, como a economia, política, moral, ética etc. Sergio Moro e Antônio Bochenak, na ocasião, afirmaram que era necessário a execução antecipada da pena, independentemente da pendência de recursos. Ora... o padrão interpretativo é e sempre será a Constituição, e esta afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²

Seguindo a teoria da decisão formulada pelo professor Lenio Streck, a qual será explorada neste trabalho, uma das hipóteses em que o magistrado poderia deixar de aplicar uma lei se dá quando esta é formalmente considerada inconstitucional. Como se sabe, os artigos do Código de Processo Penal e Código Penal mencionados no início desta introdução não foram considerados inconstitucionais, então qual o motivo de não terem sido aplicado *in caso*?

O motivo, ao que parece, é que boa parte do Judiciário brasileiro se transformou no mundo de Alice, ao passo que os Ministros das Cortes Superiores se

¹STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *EJLL*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021. P. 726-727.

² Idem. P. 727.

² STRECK, Lenio Luiz. “O problema é o processo”, Dr. Moro? Até Reinaldo Azevedo sabe que não! *Consultor Jurídico*, São Paulo, abr 02. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao>. Acesso em 21/06/2021. ;Vide também STRECK, Lenio Luiz. Moro dá às palavras o sentido que quer! O Direito através do espelho. *Consultor Jurídico*, São Paulo, mar 30. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/senso-incomum-moro-palavras-sentido-direito-atraves-espelho>. Acesso em 13/02/2020.

transformaram em seus personagens. Mais especificamente, é possível dizer que descobrimos que Humpty Dumpty, na verdade, tem muitos parentes integrando o quadro de magistrados do Poder Judiciário brasileiro. Alice sai da toca e junto com ela traz amigos...

Se o Código de Processo Penal diz “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”, e vivemos em tempos onde demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais não possuem aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito em decorrência de um solipsismo judicial, mais do que nunca, citando o gato de “Alice no País das Maravilhas”, ao que parece, somos todos loucos aqui.

Assim, feita essa breve introdução, cumpre afirmar que o presente trabalho tem como objetivo fazer uma reflexão acerca da discricionariedade judicial e os impactos das posturas solipsistas por parte de alguns magistrados que, de uma forma ou de outra, assumem o papel de justiceiros, seja através da inclusão de seus valores morais, religiosos, éticos ou políticos ou, inclusive, agindo como se legisladores – ou Humpty Dumpty - fossem, dando às palavras o sentido que bem entendem.

Dessa forma, o presente trabalho está dividido em duas partes: uma primeira parte, em que serão enfrentadas questões envolvendo a discricionariedade judicial, partindo do positivismo jurídico, a possível relação da discricionariedade com o exercício do controle de constitucionalidade, a diferença do ativismo judicial e a judicialização da política e, por fim, enfrento questões envolvendo a discricionariedade judicial no neoconstitucionalismo; e uma segunda parte, onde são analisadas as principais alterações trazidas pelo Pacote Anticrime ao processo penal – principalmente no que se refere ao sistema acusatório e o artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal -, no que se refere ao enfrentamento do ativismo judicial, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, matriz teórica desenvolvida pelo professor Lenio Luiz Streck.

O objetivo do presente trabalho é analisar o fenômeno do ativismo judicial e os mecanismos trazidos pelo Pacote Anticrime com o escopo de reduzir a discricionariedade judicial na seara penal, justamente pois o papel do Poder Judiciário

tem se mostrado cada vez mais relevante no Estado Democrático de Direito, principalmente após a redemocratização do país em 1988.

Os objetivos específicos do presente estudo a ser realizado nesta dissertação podem ser listados da seguinte forma: a) Como o fenômeno do ativismo judicial pode ser identificado? b) O ativismo judicial foi importado para o Direito brasileiro? Se sim, como e qual a sua relação com o neoconstitucionalismo? c) Como a Crítica Hermenêutica do Direito pode dar uma resposta para o ativismo judicial? d) Qual a relação entre o ativismo judicial, positivismo jurídico, pós-positivismo e a discricionariedade judicial? e) Quais modificações relevantes, no que se refere ao combate ao ativismo judicial, foram implementadas pelo Pacote Anticrime? f) Há uma teoria da decisão capaz de blindar o processo penal contra atos solipsistas por parte do magistrado?

Os resultados até então encontrados são frutos das reuniões dos grupos de pesquisa DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e Liberdade & Garantias, coordenados pelos professores Lenio Luiz Streck ao longo do período em que fui seu orientando na graduação em Direito da UNISINOS, e pelo meu orientador, o Professor Doutor Miguel Tedesco Wedy, respectivamente. Além disso, foram realizadas pesquisas bibliográficas em boa parte oriundas das aulas ministradas pelos professores acima mencionados no mestrado acadêmico em Direito Público da UNISINOS.

PRIMEIRA PARTE

**A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO UMA FATALIDADE DECORRENTE
DO POSITIVISMO JURÍDICO: ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA CRÍTICA
HERMENÊUTICA DO DIREITO**

2 POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA TEORIA POSITIVISTA

De início, cumpre destacar que uma definição do positivismo jurídico se mostra algo extremamente difícil, tendo em vista que o próprio positivismo foi sendo alterado com o passar das décadas. Dessa forma, prender o positivismo jurídico em um conceito não se mostra recomendável, mas sim identificar aquelas características que melhor o identificam e que, naturalmente, o diferencia das mais diversas teorias do direito.

Dessa forma, a classificação adotada será aquela estabelecida por Dimoulis³, sendo o positivismo dividido de uma forma ampla, *latu sensu*, e também de forma mais rigorosa, *strito sensu*, incluído nessa última classificação o positivismo jurídico exclusivo e inclusivo, a jurisprudência dos interesses, o realismo jurídico, a teoria autopoiética e o pragmatismo jurídico-político.

Todavia, tendo em vista que o objetivo deste trabalho é analisar a discricionariedade judicial e os impactos no pacote anticrime, somente serão analisados o positivismo jurídico *latu sensu* (exegético, primevo ou paleojuspositivismo), o positivismo normativista de Hans Kelsen, o soft positivismo de H.L.A Hart e o seu debate com Ronald Dworkin.

2.1 Revisitando as origens da doutrina do positivismo jurídico

É notório que ao longo do tempo o Direito acabou por se individualizar em duas espécies, quais sejam: o natural e o positivo. Todavia, para que se possa compreender o significado de positivismo jurídico, inicialmente, é necessário compreender o significado de direito positivo.

Bobbio, ao tratar do termo *positivus* em sua notória obra acerca do positivismo jurídico, expõe a palavra acima referida é referida somente uma vez no latim da época romana na seguinte frase: *Quod P. Nigidus argutissime docuit nomina non positiva esse, sed naturalia*. No magistério do professor italiano, a contraposição entre o

³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 27-31.

positivo e o natural é feita relativamente à linguagem, ou seja, daquilo que é por natureza e daquilo que é por convenção ou posto pelos homens.⁴

Na mesma linha de pensamento, Froehlich⁵ aduz que para que seja possível buscar a origem do debate acerca dos direitos existentes nas sociedades, é necessário que, em primeira mão se retorne à filosofia grega antiga, especificamente nos debates travados contra os sofistas por figuras como Platão, tendo em vista que é lá que há o nascedouro da discussão entre o direito natural e o direito posto pela vontade de homens reunidos na sociedade política.

Assim, Froehlich⁶ afirma que

[...] na clássica dicotomia entre *physis e nomos*, verifica-se a presença de um direito vindo da natureza, que seria primal, universal e imutável e um direito contingente, particular, variável, surgido da vontade política dos homens habitantes da pólis. O homem político com capacidade de deliberar decidia os rumos da pólis mediante a definição de leis aplicáveis a todos.

Conforme relembra Bobbio⁷, na época clássica o direito natural não era considerado superior ao direito positivado, mas sim considerado como o direito comum e o direito positivo como um direito especial que prevaleceria sob o natural quando em conflito com este.

Mais adiante, na Idade Média, tal situação passa por uma mudança, sendo o direito natural considerado como superior em relação ao positivo, sendo o natural entendido como a própria vontade de Deus, a lei escrita por Deus no coração dos homens.⁸

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. P. 15. Acerca da expressão em latim acima referida, segue a tradução livre feita pelo google tradutor: grande esperteza mostrou que as palavras não são arbitrárias, mas naturais. Ainda em Bobbio, o pensador relembra que “a distinção conceitual entre direito natural e direito positivo já se encontra em Platão e em Aristóteles. Esse último inicia deste o capítulo VII do livro V de sua *Ética a Nicômaco*: da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda na lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não defende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada.” “[...] Dois são os critérios pelos quais Aristóteles distingue o direito natural e o positivo: a) o direito natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia, enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; b) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. [...] O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. P. 16-17.

⁵ FROEHLICH, Charles Andrade. **O Positivismo Jurídico e a Diferenciação entre Direito e Moral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P.18.

⁶ FROEHLICH, Charles Andrade. **O Positivismo Jurídico e a Diferenciação entre Direito e Moral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P.19.

⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. P. 25

⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. P. 25

De início, cumpre lembrar que a transição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico não foi algo que se deu da noite para o dia, mas sim de forma gradual, tendo em vista que o Direito passou a ser tratado como fonte de produção do próprio Estado, fato este que teve na Revolução Francesa o seu corifeu, ocorrendo a quase eliminação total do Direito Natural e dos costumes em prol do direito positivado.⁹

Nesse ínterim, tem-se que o positivismo jurídico pode ser relacionado com o processo histórico da derrota do jusnaturalismo e a substituição gradual das normas de origem religiosa e dos costumes em detrimento daquelas oriundas do poder estatal na Idade Moderna.¹⁰

Acerca da relação do positivismo jurídico com o surgimento do Estado Moderno, BOBBIO afirma que

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado Moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não mais se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinárias. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*.

Todavia, como destaca Moller¹¹, há que se ter em mente que o surgimento do positivismo jurídico não pode ser reduzido ao simples fato da substituição do direito natural em relação ao direito positivo, pois tal fato se caracteriza e é conhecido por legicentrismo. Dessa forma, somente a partir da codificação é que se pode afirmar que começa o positivismo jurídico.

Assim, Dimoulis¹² que

[...] termos relacionados com a positividade do direito foram utilizados na Europa a partir da terceira década do século XII, para indicar o direito criado e (im)posto pelo legislador. O termo *iustita positiva* se encontra pela primeira vez na obra *Didascalicon*, de Hugo de Saint-Victor, escrita provavelmente em 1127. A mais antiga referência ao termo *ius positivum* foi identificada em texto de Thierry de

⁹ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.75. MOLLER ainda afirma que foi a partir do século XVII em que ocorreu a oficialização das fontes do direito como forma de unificar sistema jurídicos, fato este que acompanhou uma tentativa de unificação de vários Estado na Europa continental.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 25.

¹¹ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.76.

¹² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 25.

Chartres, jurista e teólogo francês, conhecido como Theodoricus. O texto em questão foi redigido alguns anos após a obra de Saint-Victor.

E no que se refere ao pensamento de Thomas Hobbes, considerado por Dimoulis¹³ “uma expressão mais clara e completa da visão juspositivista”, o autor afirma que

[...] Hobbes submete o direito natural a fortes críticas em razão de sua incapacidade de garantir a segurança individual e a paz social [...] sustenta a superioridade qualitativa e a primazia normativa das normas criadas e impostas coativamente pelos detentores do poder político. [...] Hobbes afirma que é possível identificar e analisar o direito de forma objetiva, independentemente do posicionamento do observador sobre o valor das normas, em particular porque considera que o critério fundamental da juridicidade não se encontra em qualidades intrínsecas das normas, e sim em um elemento externo, na capacidade de seu criador de impô-las efetivamente na realidade social mediante coação. Em razão disso, Hobbes é tido como o mais importante precursor do positivismo jurídico, apesar das diferenças com a perspectiva juspositivista moderna que, teoricamente, se resumem no fato de Hobbes justificar e legitimar o direito positivo em vista de sua capacidade de ordenar e pacificar a sociedade.

Assim, com o surgimento do Estado Moderno, o que ocorre, em verdade, consiste no fato de a antiga concepção de que o direito natural e o direito positivo estariam no mesmo nível é quebrada, se constituindo a premissa de que somente o direito positivo, ou seja, o direito posto pelo Estado seria o único e verdade direito.¹⁴

Seguindo essa linha, a preocupação principal dos teóricos adeptos a tal aporte teórico consiste no estabelecimento de fontes do direito que, conforme exposto acima no pensamento de Hobbes, se dá através do Estado, eliminando aquela postura dualista do jusnaturalismo.¹⁵

Dessa forma, temos que o conceito de direito passa a ser aquele que considera direito somente aquele que está positivado, ou seja, cujas normas seguem uma forma de produção que é determinada por normas de hierarquia superior, devendo ser

¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 25-26

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. P. 29. BOBBIO ainda afirma que enquanto no período primitivo competia ao Estado a nomear um terceiro, o juiz, para dirimir a controvérsia entre os particulares com base nos costumes e nos critérios de equidade, no Estado Moderno é subtraída tal possibilidade atribuída ao juiz, tendo em vista que a ele compete julgar as controvérsias com base nas normas postas pelo Estado, o único criador do direito. Tal fato se dava em decorrência de que ao juiz, antes da formação do Estado Moderno, não estava vinculado a escolher as normas emanadas do órgão legislativo do Estado, possuindo certa liberdade de escolha no que se refere a qual norma aplicar. Ele poderia, dessa forma, se valer de costumes, regras elaboradas por juristas ou resolver o caso com base na equidade segundo critérios da razão natural. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. P. 28.

¹⁵ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.76.

obedecidas aquelas fontes previstas pela norma suprema, eliminando, dessa forma, a dependência do direito em relação à política.¹⁶

Portanto, o que se tem é que o direito passa a possuir o caráter de anterioridade, ou conforme leciona Moller¹⁷, “o direito não será dependente da lei porque a autoridade legislativa que a produz somente obtém essa autoridade porque uma norma jurídica lhe confere, mas sim porque é o direito que propicia a autoridade legislativa”.

2.2 Por uma (tentativa de) definição do positivismo jurídico clássico (Lato Sensu): critérios identificadores e a distinção entre o monismo e o dualismo

É de grande recorrência autores que aderem ao positivismo jurídico *Lato Sensu* afirmarem que o direito consiste em um conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos, que é uma criação humana, que é o direito posto etc.¹⁸

Bobbio¹⁹, grande expoente nos estudos do positivismo jurídico, nos traz que as características fundamentais do positivismo jurídico *Lato Sensu* podem ser resumidas em sete pontos, quais sejam:

- 1) O primeiro problema diz respeito ao modo de abordar, de encarar o direito: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito com um fato e não como um valor. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor.
- 2) O segundo problema diz respeito à definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito. Essa teoria é consequência do modo de considerar o direito, [...] o direito como fato leva necessariamente a considerar como direito o que vige como tal numa determinada sociedade, a saber, aquelas normas que são feitas valer por meio da força.
- 3) O terceiro problema diz respeito às fontes do direito. [...] O positivismo jurídico elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (excluindo-se o costume contra legem ou costume ab-rogativo e admitindo somente o costume secundum legem e eventualmente praeter legem), das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário.
- 4) O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica: o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito, que se subdivide em numerosas “subteorias” [...].
- 5) O quinto ponto diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. O positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. a) a característica da

¹⁶ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.78.

¹⁷ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.78.

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 33.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. P. 131-133.

coerência exclui que, em um mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias), visto que já está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece que um das duas, ou ambas as normas, são inválidas. b) com o requisito da completude, o positivismo jurídico afirma que, das normas explicita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico, o juiz pode sempre extrair uma *regula decidendi* para resolver qualquer caso que lhe seja submetido: o positivismo jurídico exclui assim decididamente a existência de lacunas no direito.

6) O sexto ponto diz respeito ao método da ciência jurídica, isto é, o problema da interpretação (entendendo-se o termo “interpretação” em sentido muito lato, de modo a compreender toda a atividade científica do jurista [...]).

7) O sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência. [...] há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, teoria sintetizada no aforismo: Gesetz is Gesetz (lei é lei).

Dessa forma, a partir das características acima expostas, Dimoulis²⁰ afirma que o positivismo jurídico lato sensu define o direito com base em elementos empíricos e mutáveis no tempo, rejeitando a dependência do ordenamento jurídico a elementos metafísicos e imutáveis, características primordiais do jusnaturalismo.

Não é de outra forma que uma das características primordiais do jusnaturalismo consiste no dualismo, ou seja, a pressuposição da existência de um outro sistema normativo terreno para dar concreção e funcionamento aos seus próprios ideais de justiça, ao passo que ao positivismo jurídico estaríamos falando no monismo. Fala-se em monismo pois consiste na tentativa de reduzir o direito ao ordenamento posto pelo homem, ou seja, a fonte seria apenas uma: o direito positivo.²¹

Tais características enumeradas por Norberto Bobbio para identificar os pontos fundamentais do positivismo possuem, na leitura feita por Moller²², um forte caráter prescritivo, no sentido que deva se adotar tal prática ou determinado comportamento. Não é de outra forma que o próprio Norberto Bobbio reconhece que dificilmente se encontraria uma teoria positivista em que todas essas características estivessem

²⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 33

²¹ FERREIRA BRAGANÇA, Fábio Luiz. **A Possibilidade de Superação da Discricionariedade Judicial Positivista pelo Abandono do Livre Convencimento no CPC/2015**. Salvador: Editora Juspoivm P. 45-46; No mesmo sentido DIMOULIS afirma que o positivismo jurídico lato sensu senga a qualidade jurídica de imperativos que apresentem pelo menos uma das seguintes características: a) são de origem divina ou decorrem de leis da natureza ou da razão humana, todos caracterizados pela pretensão de imutabilidade; b) podem ser descobertos mediante reflexão e observação do homem e do mundo, independentemente de seu endossamento por um legislador político; c) Vigoram em paralelo a normas de direito positivo e podem entrar em conflito com essas últimas. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 35.

²² MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.80.

presentes, o que por si só demonstra uma enorme dificuldade de se englobar as sete características num só conceito.

A mesma análise é feita por Dorado Porras²³, o qual afirma que ao se fazer uma análise mais detalhada acerca das definições e tipologias se revela uma falta de consenso sobre o que seja positivismo e em que tipos ele pode se estabelecer, afirmando que a explicação para esta indeterminação pode ser explicada a partir de três razões principais.

A primeira consiste numa ausência de doutrina juspositivista explícita e consciente, tendo em vista que, em comparação ao jusnaturalismo, que surgiu como uma reflexão filosófica, o positivismo jurídico não se dedicou por muito tempo a justificar o alcance de seus postulados.

A segunda tem a ver com a variedade de raízes do próprio positivismo. Por exemplo, na Alemanha surgiu a Escola Histórica de Direito, enquanto na França o positivismo se vincula com Escola da Exegese e na Inglaterra com o utilitarismo e a jurisprudência analítica.

E, por fim, o terceiro motivo tem a ver com a indeterminação do conceito de positivismo jurídico, mais especificamente com o próprio termo “positivismo jurídico”, tendo em vista que não existe uma interpretação una acerca da própria origem do termo.

Todavia, em que pese o fato de que o positivismo tenha assumido diversas variações ao logo do tempo e do local em que se desenvolveu, ainda assim existe a necessidade de se identificar as características mais importantes do positivismo denominado clássico ou *lato sensu*. Dessa forma, Moller²⁴ aponta que o traço distintivo do positivismo clássico consiste na presença de um forte caráter ideológico, tendo em vista que essa concepção teórica tende a determinar como deve funcionar o sistema jurídico, e não como funciona.

Entretanto, há que se ter em mente que a concepção clássica do positivismo jurídico não permite a ampla compreensão da definição do direito e das problemáticas enfrentadas na modernidade dentro da teoria do direito. Ou seja, com Moller, ainda que a concepção clássica não tenha evoluído de maneira satisfatória para enfrentar

²³ DORADO PORRAS, Javier. **Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos em defesa del iuspositivismo**. Madrid: Dykinson, 2004. P. 21-22.

²⁴ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.80.

problemas mais complexos, a análise, ainda que breve, é de extrema importância para a compreensão das versões mais sofisticadas do positivismo que virão a partir da modernidade.

2.3 Positivismo Moderno *stricto sensu*

A partir do século XX, o positivismo passa por um grande avanço enquanto ciência, assumindo um caráter mais científico em relação ao estudo do direito. Não é de outra forma que Dorado Porrás²⁵ afirma que “o que parece caracterizar o positivismo nesse momento não é tanto um conceito concreto e acabado de direito, mas um método de aproximar-se de seu estudo”.

Nesse sentido, seria correto afirmar que o positivismo, com o passar do tempo, passou a assumir diferentes formas, se diferenciando da exposta até o presente momento. O positivismo clássico, exegético, primitivo, ou primevo-legalista, como já exposto, concebia o direito separado da moral e não poderia o juiz realizar qualquer atividade interpretativa, tendo em vista que esses mesmos juízes eram a boca da lei.²⁶

Dessa forma, ainda que a exposição do pensamento desses autores se dê forma mais focada em decorrência da temática enfrentada neste trabalho, nos próximos tópicos serão demonstrados os principais pontos de positivistas mais modernos, quais sejam, Hans Kelsen e H.L.A Hart, os quais representam posturas muito mais sofisticadas acerca da teoria do direito.

2.3.1 O positivismo normativista de Hans Kelsen e a discricionariedade judicial decorrente do esquema sujeito-objeto

Hans Kelsen é, sem sombra de dúvida, um dos maiores teóricos do Direito jamais visto. A partir do Neopositivismo Lógico e do Neokantismo o jurista conseguiu formular uma proposta epistemológica para os problemas da sua época.²⁷

²⁵ DORADO PORRAS, Javier. **Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos em defesa del iuspositivismo**. Madrid: Dykinson, 2004. P. 49

²⁶ MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. 2ª.ed. Salvador: Juspodvm, 2018. P.23.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Kelsen e o positivismo jurídico contemporâneo: notas de um (possível) acerto de contas**. Revista del posgrado en derecho de la UNAM, nueva época, núm. 9, julio-diciembre 2018. P. 148. Em linha similar, SANTOS afirma que “Kelsen vem sendo alçado pelo senso comum do direito ao posto de inimigo número 1 do pós-positivismo, muitas vezes pelas razões que levam a crítica séria a exercer seu trabalho contra o positivismo exegético. (...) Kelsen foi responsável pelo segundo passo de relevância do juspositivismo, alcançando sua forma normativista e recebendo este mesmo nome, tornando-se seu mais alto nome. SANTOS, Brunos Aguiar. **Neconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio**. Salvador, JUSpodium, 2018. P. 63

No que se refere ao positivismo normativista de Kelsen, neste trabalho irei me ocupar quase que exclusivamente do capítulo VIII, no qual o professor austríaco dedica algumas páginas para trabalhar a questão da interpretação do direito e daquilo que ele chamou de moldura da norma.

Para que seja possível compreender a noção de discricionariedade em Kelsen, antes de tudo é necessário entender um ponto crucial da sua teoria, qual seja, a separação que o professor faz entre Direito e Ciência do Direito, tendo em vista que tal diferenciação se mostra de suma importância para a compreensão do seu conceito de interpretação jurídica, tendo em vista que este ponto é um dos mais incompreendidos da obra kelseniana, em que pese o fato de o autor ser extremamente claro na primeira página da sua obra:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Que isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²⁸

Dessa forma, para que seja possível construir o Direito como ciência é necessário retirar tudo aquilo que lhe é estranho, ou seja, não normativo. Como já afirmado, Kelsen partiu do Neopositivismo Lógico e do Neokantismo, justamente em decorrência de que ele provém do círculo de Viena. A partir dessa visão filosófica, só é racional e compreensível tudo aquilo que se pode verificar racionalmente. Dessa forma, considerações valorativas sobre o conteúdo das normas se ausentariam de sentido.²⁹

A partir do momento em que Kelsen passa a adentrar na questão da interpretação jurídica no capítulo VIII, que para ele consiste numa operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior, surge, dessa forma, um dos mais polêmicos textos já produzidos na teoria do direito. O ponto central do capítulo consiste no seguinte: da mesma forma que Kelsen fez uma separação entre Direito e Ciência do Direito, ele o

²⁸ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P.01

²⁹ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neonconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 25-26

fez com a interpretação. Surge, assim, para Kelsen, a interpretação como ato de vontade e a interpretação como ato de conhecimento.³⁰

Nesse sentido, Kelsen³¹, ao dissertar acerca da interpretação jurídica, aduz que

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicar do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.

Assim, o que a passagem acima revela é que, para Kelsen, a interpretação, quando parte do aplicador do direito, é denominada como um ato de vontade, pois ele afirma que o juiz é um criador do Direito e seria, dessa forma, relativamente livre, tendo em vista que a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é uma função voluntária.³²

Esse seria o ponto fundamental de onde surge a questão da discricionariedade kelseniana. Conforme Santos, a relação que Kelsen faz entre normas de um escalão superior com as de um escalão inferior seria uma relação de determinação ou de vinculação, nunca uma determinação/vinculação completa e/ou absoluta. Dessa forma, surgiria um espaço indeterminado na aplicação do Direito, que em Kelsen recebe o nome de moldura, ou seja, o espaço vacilante a ser pintado pelo intérprete.³³

³⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P.387; Nesse sentido, FERREIRA também aduz que “ainda sob a perspectiva kelseniana, há, no processo legislativo e em outros atos constitucionais imediatos, a interpretação da Constituição; há, também, a interpretação de tratados internacionais quando de sua aplicação por governos, Tribunais ou órgãos internacionais; há a interpretação do Direito, não por aplicação, mas por observância e prática, por parte dos indivíduos; há a interpretação da lei pela sentença judicial que deduz a norma geral a um caso concreto; e, por fim, há também a interpretação levada a efeito pela ciência jurídica ao descrever o Direito positivo.” FERREIRA BRAGANÇA, Fábio Luiz. **A Possibilidade de Superação da Discricionariedade Judicial Positivista pelo Abandono do Livre Convencimento no CPC/2015**. Salvador: Editora Juspoivm, 2018. p.59.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 394. No mesmo sentido, STRECK afirma que “[...] a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como de conhecimento. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, normas. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz proposições. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 35.

³² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 393

³³ SANTOS, Brunos Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio**. Salvador, JUSpodium, 2018. P. 68. STRECK, quando aborda a questão da interpretação como ato de vontade em Kelsen, afirma que “[...] as normas – que exurgem de um ato de vontade – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – por

Isso se dá justamente porque a norma do escalão superior não pode, de acordo com Kelsen³⁴, vincular em todas as direções possíveis o ato através do qual ela é aplicada, sempre ficando, dessa forma, uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação por parte do intérprete. Ou seja, dentro desta moldura a produção do ato jurídico dentro da norma é livre.

Todavia, Kelsen difere a interpretação como ato de vontade, chamada de interpretação autêntica, da interpretação como ato de conhecimento, chamada de interpretação inautêntica. Kelsen³⁵ parte da premissa de que

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito.

Nesse sentido, Kelsen passa a admitir que a interpretação jurídico- científica tem que evitar ao máximo a premissa de que normas jurídicas somente possuem uma única interpretação possível, ou seja, aquela considerada correta, alerta este que ele faz como uma crítica a jurisprudência tradicional que tem como escopo a consolidação do ideal de segurança jurídica.³⁶

Dessa forma, como bem destacado por Streck³⁷, o problema exposto por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito consiste na discricionariedade do intérprete ou do decisionismo em decorrência da metáfora da moldura da norma, sendo possível afirma que Kelsen ampliou os problemas semânticos da interpretação.

Porém, o cerne da questão da discricionariedade kelseniana reside na interpretação como ato de vontade, tendo em vista que o interprete-julgador realiza uma escolha entre as possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva, fazendo com o seu pensamento teórico se amolde ao defasado esquema sujeito-objeto.³⁸

Por que é necessário romper com a discricionariedade na interpretação do direito? Qual a relação da filosofia da consciência com a discricionariedade

meio do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto – que serão afetados pela criação de uma nova norma. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 35.

³⁴ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 388.

³⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 395.

³⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 396.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 35-36.

³⁸ SANTOS, Brunos Aguiar. **Neonconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio**. Salvador, JUSpodium, 2018. P. 70.

positivista? Qual é a relação do paradigma da filosofia da consciência, por exemplo, com o instrumentalismo processual e o sistema inquisitivo? Qual é a relação (ou dependência) da metodologia jurídica com esse paradigma que instaurou a modernidade?³⁹

Não há dúvida de que a melhor obra que analisou a questão envolvendo o esquema sujeito-objeto e sua relação com a metafísica clássica e moderna e filosofia da linguagem foi aquela de autoria de Lenio Streck, intitulada “O que é isto – decido conforme a minha consciência?”

Nas primeiras páginas do referido livro, o professor gaúcho afirma que

Cada época organizou sua concepção de fundamento. Fazendo um pequeno esboço histórico destes vinte séculos, a busca de um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* está já na ideia platônica, na substância aristotélica, no esse subsitens do medievo (última síntese da metafísica clássica), no cogito inaugurador da filosofia da consciência, no eu penso kantiano, no absoluto hegeliano, na vontade do poder nietzschiana e “no imperativo do dispositivo na era da técnica”, em que o ser desaparece no pensamento que calcula (heidegger).⁴⁰

Assim, fazendo um resgate histórico, o próprio Heidegger não tentou acabar com a metafísica em si, mas sim formular uma epistemologia capaz de superar a tradição que fora estabelecida pela metafísica ontoteológica, que foi constituída na Grécia antiga, no medievo e na modernidade com base em um fundamento último responsável pela entificação do ser.⁴¹

Ou seja, de acordo com Streck⁴², na metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas, ou seja, o objeto se impõe em relação ao objeto, tendo em vista que estas possuem uma essência, sendo a metafísica entendida como a ciência primeira que forneceria a todas as outras um fundamento comum.

Dessa forma, para que se possa ter uma compreensão acerca da metafísica clássica, surge a necessidade de retornar ao pensamento grego, especialmente no que refere ao pensamento platônico e aristotélico, tendo em vista que o pensamento metafísico clássico surge no contexto filosófico da política sofística.⁴³

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.62.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.12.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.124.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.13.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.123

Como bem se sabe, a obra *Crátilo*, de Platão, é considerada como o primeiro estudo acerca da filosofia da linguagem. No referido livro, existem dois personagens, além de Sócrates, quais sejam: Hermógenes, representando os Sofistas, e Crátilo, representando Heráclito. No diálogo que surge entre os personagens, o tema gira em torno da tese naturalista, defendida por Crátilo, na qual cada coisa tem um nome pela sua natureza, e a tese convencionalista, defendida por Hermógenes, na qual a ligação entre o nome e a coisa é absolutamente arbitrária e convencional.⁴⁴

Aristóteles, discípulo de Platão, tinha como principal crítica à obra acima referida, que inaugurou a metafísica clássica, o dualismo platônico a partir da dificuldade da relação entre o mundo inteligível e o sensível. Além disso, Aristóteles não aceitava a linguagem como ciência universal, diferentemente dos Sofistas, que achavam que podiam dizer tudo sobre qualquer coisa.⁴⁵

Ou seja, para Aristóteles o ser teria muitos sentidos, porém todos iriam se referir a um único princípio, qual seja, a essência do ser, pois haveria “uma unidade objetiva que fundamenta a unidade de significação das palavras que recebe de Aristóteles o nome de essência ou aquilo que é.”⁴⁶

Todavia, como bem afirma Streck⁴⁷,

Em Duns Scotus já é possível perceber uma superação dessa *adequatio intellectus et rei*, assim como, mais tarde, em Guilherme de Ockham, para quem os universais existem apenas como nome. Não existe o universal nas coisas. Portanto, não existem essência. É o que se denomina de nominalismo, uma vez que, ao trabalhar com nomes, palavras, o faz sem que elas se refiram ou tenham relação com os objetos.

E segue lecionando que

Na modernidade, a problematização entre razão teórica e razão prática foi retomada por Kant em sua *Crítica da Razão Pura* e na *Crítica da Razão Prática*. O que há de comum entre Kant e Aristóteles é que em ambos há uma barreira que separa a filosofia da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática e vice-versa. A partir de Kant e da revolução copernicana por ele instaurada, o problema da razão teórica/razão prática passa a agregar a questão da subjetividade que não estava presente na problemática grega.⁴⁸

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.124

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.124

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.124-125.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 13.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 63.

Dessa forma, tem-se que o ponto central da modernidade consiste numa passagem da substancialidade para a subjetividade, ou seja, na passagem da alma para o eu, da exterioridade para a interioridade. Nesse sentido é possível afirmar que a característica principal da modernidade consiste na própria criação do sujeito e que, no mesmo sentido, este mesmo sujeito passa a criar a modernidade.⁴⁹

Não é de outra forma que Streck⁵⁰ afirma que

A grande reviravolta ocorre quando a pergunta “o que é o ente?”, que inaugura a metafísica (clássica), cede espaço a uma pergunta gnosis-ontológica, e transforma-se na pergunta sobre o método, sobre o caminho no qual algo incondicionalmente certo e seguro é baseado pelo próprio homem e para o homem e a essência da verdade é circunscrita. A questão “o que é o ente?” transforma-se na questão acerca do fundamento incondicionado e inabalável da verdade.

Assim, surge o então chamado esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade e que tem como característica primordial a discricionariedade. A discricionariedade é uma característica intrínseca das mais diversas formas do positivismo jurídico e mesmo que os diversos adeptos a tal aporte teórico tentem negar, nos dizeres de Streck⁵¹, sempre, em algum momento, a decisão acaba por ficar desprotegida contra os juízos morais que são lançados pelo juiz.

Neste íterim, surge uma transformação. Enquanto que na metafísica clássica o sentido estava no objeto em decorrência do dualismo platônico, pois o conhecimento dos objetos dependia do acesso a outro plano, na metafísica moderna o sentido foi transferido para a subjetividade do próprio sujeito e que constrói o próprio objeto de conhecimento.⁵²

No contexto de um dos temas que permeiam a primeira parte deste trabalho, qual seja, a discricionariedade da teoria positivista, tem-se que tal teoria optou por não fundar sua base epistemológica que tivesse como norte a questão das escolhas, justificações etc. Dessa forma, optaram por fundar sua epistemologia numa razão teórica pura, fazendo com que o direito fosse visto como objeto que seria analisado a

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 129.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 130.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 63. De acordo com o mesmo autor, o esquema sujeito-objeto pode ser verificado na prática a partir de expressões como poder discricionário judicial, livre convencimento, livre apreciação da prova e jargões como “juiz decide conforme a consciência”, sentença vem de *sentire*, etc.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 64.

partir de critérios que viriam a ser emanados por uma lógica formal rígida, objeto este que seria produto do próprio sujeito solipsista do conhecimento.⁵³

Seguindo a linha de raciocínio, Streck⁵⁴ afirma que

Para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo da teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo e judicial). No fundo, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, sendo que as questões de validade seriam resolvidas por intermédio de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas da legitimidade – que incluem uma problemática da moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico.

Não é de outra forma que Kelsen tinha plena convicção da impossibilidade de se fazer ciência do direito com base na razão prática, fazendo com que todas as questões que derivassem dos problemas da prática e cotidiano do meio jurídico fossem menosprezadas pela sua Teoria Pura do Direito, fato este que se demonstra pelo capítulo VIII da sua icônica obra acima mencionada, o qual pode ser considerado quase como um apêndice em decorrência da brevidade do referido capítulo.⁵⁵

Assim, conforme já afirmado anteriormente, a aposta na discricionariedade do positivismo decorre em decorrência do paradigma filosófico em que este está assentado justamente porque este não consegue trazer à tona uma resposta satisfatória a dicotomia envolvendo a razão teórica-razão prática. Portanto, tem-se que tal discricionariedade em Kelsen, oriunda do esquema sujeito-objeto, decorre do fato da existência de um sujeito que assujeita o objeto, como se fosse, com Streck⁵⁶, um “proprietário de sentidos”, desaguando em teses voluntaristas e um grau zero de significado.

2.3.2 A discricionariedade no positivismo jurídico de Herbert Lionel Adolphus Hart e o famoso debate acadêmico travado com Ronald Dworkin

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 65.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 65.

⁵⁵ Lenio Streck ainda afirma que o equívoco do positivismo em apostar na discricionariedade do julgador consiste no fato de que, sendo o ato jurisdicional uma ato de vontade, ele representaria, dessa forma uma manifestação da razão prática, ou seja, fora das possibilidades de conhecimento teórico. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 66.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 67-69.

É na obra intitulada “O Conceito de Direito” em que Hart aborda uma das questões que ultrapassaram os séculos e que ainda não perdeu sua relevância: em que consiste o Direito? No posicionamento do referido autor, para que se possa chegar a uma conclusão do que realmente é o Direito é necessário saber: a) em que se diferencia o Direito das ordens respaldadas por ameaças; b) em que se distingue a obrigação jurídica da obrigação moral; c) o que são normas jurídicas e em que medida o Direito é uma questão de normas.⁵⁷

Assim, é com base nesses questionamentos que Hart irá elaborar uma crítica ao positivismo proposto por John Austin, em que o referido jusfilósofo separa o direito que é e o Direito que deve ser, tendo em vista que os fundamentos de um sistema jurídico não podem ser buscados por uma teoria moral ou justificativa. Dessa forma, Hart aponta que um dos erros de Austin foi não formular uma explicação do funcionamento do Direito a partir de uma concepção de conjunto de regras que formam um sistema jurídico.⁵⁸

Partindo dessa crítica feita a Austin, Hart entende que o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras, as quais ele denomina de regras primárias e secundárias. De acordo com Stolz,

As regras primárias prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as regras secundárias, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por regras primárias, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As regras secundárias de alteração outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as regras de adjudicação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais.

Complementando a definição acima exposta, é com o magistério de Kozicki⁵⁹ que temos que as regras primárias poderiam ser chamadas de regras de obrigação, tendo em vista que tais regras impõem condutas, ou a abstenção destas, independentemente da vontade do sujeito que integra o grupo social.

⁵⁷ STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart**. Revista Direito GV: V. 3 N. 1 | P. 101 - 120 | JAN-JUN 2007. P. 103.

⁵⁸ Idem. p. 104.

⁵⁹ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P.75.

Todavia, ainda que seja função destas regras imporem obrigações aos membros do grupo social, estas não são suficientes para dar conta da regulação da existência social de uma sociedade extremamente desenvolvida e complexa, pois as regras primárias possuem defeitos que, de acordo com Hart, serão corrigidos por meios das chamadas regras secundárias e constituir o sistema jurídico.⁶⁰

Partindo da distinção acima exposta, Hart ainda afirma que, caso ocorra uma ausência das regras secundárias, ocorreriam distorções decorrentes: a) da insuficiente pressão social tendente ao cumprimento das normas impositivas de conduta; b) estaticidade do sistema, resultante da ausência de alteração e adaptação das normas às modificações ocorridas no plano fático; c) e a incerteza quanto ao sentido e alcance das normas primárias vigentes no sistema. É a partir da complementação que as regras secundárias garantem às normas primárias que o regime de regras assume um caráter de sistema.⁶¹

As regras secundárias, por sua vez, encontram-se em um plano diferentes das primárias, tendo em vista que aquelas possuem a função de especificar as formas pelas quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas ou alteradas. Nesse sentido, Kozicki afirma que as regras primárias seriam formuladas em termos de linguagem-objeto, ao passo que as normas secundárias estariam em termos de metalinguagem.⁶²

Assim, no magistério de Bragança Ferreira⁶³, as regras secundárias seriam divididas em:

Regra de reconhecimento (*rule of recognition*), que viabilizam a identificação das demais regras do sistema, estabelecendo assim um critério de validade; regras de

⁶⁰ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P.75-76.

⁶¹ FACCI, Lucio Picanço. **Discricionariedade Judicial: Considerações Sobre a Perspectiva Positivista de Kelsen e Hart e a Proposta de Dworkin para sua Superação**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 125-144, out.-dez. 2011P. 132. No mesmo sentido, KOZICKI afirma que o “o primeiro defeito na estrutura social simples das regras primárias é a incerteza. O grupo, nesta situação, somente tem regras de obrigação. Dai que, quando ocorrem dúvidas acerca de qual a regra a ser aplicada ao caso concreto, ou quando ao âmbito de uma regra, não exista um processo para dirimir estas dúvidas. Um segundo defeito é o caráter estático das regras. O único processo de alteração das regras primárias nesta sociedade será o desenvolvimento da mesma, o qual é lento e impreciso. Não existem aqui autoridades capazes de alterar, extinguir ou acrescentar novas regras primárias ao sistema. Por último, temos a ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm as regras. Os castigos pela violação de uma regra não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados ao ofendido ou ao grupo social”. KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P.76.

⁶² KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P.76-77.

⁶³ BRAGANÇA FERREIRA, Fábio Luiz. **A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015**. Salvador: Bahia, 2018. P. 63-64.

alteração (*rules of change*), que outorgam poderes a órgãos ou pessoas para que excluam, acrescentem ou modifiquem o conjunto de regras de dado sistema jurídico; regras de julgamento (*rules of adjudication*), que outorgam poderes jurisdicionais a determinados órgãos para que o Direito possa ser aplicado.

Dessa forma, seguindo a divisão acima proposta por Hart, é desenvolvida a noção de regra de reconhecimento, a qual, segundo Stolz⁶⁴,

Pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de regras primárias, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o status de uma norma como membro de um sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validade estabelecidos na regra de reconhecimento.

Tais regras, as de reconhecimento, no dizer de Rossi, estabelecem que se devem reconhecer estas ou aquelas regras primárias como fonte de autoridade, tendo em vista que esta seria a maneira de se esclarecer as dúvidas acerca da (in)existência da regra. Assim, a regra de reconhecimento introduz tanto a noção de sistema jurídico quanto de validade jurídica.⁶⁵

Ou seja, na esteira defendida por Kozicki⁶⁶,

A validade do sistema jurídico está diretamente relacionada à existência e à configuração da regra de reconhecimento. Ao mesmo tempo em que fornece critérios de identificação das regras do sistema jurídico, a regra de reconhecimento reafirma a perspectiva institucional deste, uma vez que sua natureza depende do ponto de vista (interno ou externo) do participante.

Dessa forma, a partir do momento em que abordamos a temática da validade jurídica nos deparamos, incondicionalmente, com outras tuas temáticas que devem vir a ser problematizadas no presente estudo: a primeira consiste na determinação da origem da coercitividade do direito, a qual Hart condiciona a uma teoria do reconhecimento, ao passo que a segunda consiste na própria determinação da regra de reconhecimento como instrumento apto a conferir validade para as regras jurídicas.⁶⁷

Como já afirmado neste trabalho, Hart tem como ponto de partida uma crítica a teoria de John Austin, sendo que para este pensador ele enxerga o direito como um

⁶⁴ STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart**. Revista Direito GV: V. 3 N. 1 | P. 101 - 120 | JAN-JUN 2007. P. 105.

⁶⁵ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 56. No mesmo sentido, KOZICKI afirma que “As regras de reconhecimento estabelecem um critério ou critérios segundo os quais, uma norma primária é identifica. (...) Esta regra é distinta das outras regras do sistema, e sua natureza vai depender do ponto de vista com o qual se encara o direito (interno ou externo). A regra de reconhecimento está diretamente vinculada à validade das outras regras do sistema, uma vez que ela estabelece os critérios de validade destas normas. (...) ela seria a regra última do sistema. (...) Esta regra contém critérios de autoridade e estabelece modos pelos quais as outras regras serão identificadas e aplicadas. KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 77.

⁶⁶ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 78.

⁶⁷ Idem.

modelo simples de ordens baseadas em ameaças, ao passo que Hart busca a autoridade da coerção jurídica em critérios empíricos.⁶⁸ Assim, tanto Austin quanto Bentham afirmam que nem toda coerção é autorizada ou possui caráter jurídico, pois somente aquelas que são fundadas em mandatos assumiriam o caráter de obrigatoriedade.⁶⁹

Todavia, Hart entende que essa noção desenvolvida por Austin e Bentham de uma autorização dada ao soberano para ditar ordens, da mesma forma que o modelo simples de ordens baseadas em ameaças, não seria suficiente para definir um critério de pertencimento das regras num sistema jurídico desenvolvido, tendo em vista a multiplicidade de fontes de direito.⁷⁰

Nesse sentido, Kozicki⁷¹ afirma que

Num sistema jurídico complexo são várias as fontes do direito, desde o direito consuetudinário até decisões judiciais. O que confere o estatuto de direito ao produto dessas fontes ao produto destas diversas fontes é justamente a regra de reconhecimento. Para Hart, quotidianamente o sistema jurídico convive com a dita regra, ainda que somente em raras circunstâncias o direito atribua de forma expressa a uma regra a condição de ser ela a indicativa de critérios de validade.

É justamente por isso que Hart fundamenta sua leitura acerca do direito em uma teoria do reconhecimento baseada na concordância interior dos sujeitos participantes, aliada à existência de uma regra de reconhecimento, regra esta que fornece critérios empíricos e/ou contextuais.⁷²

Ou seja, seguindo a linha de entendimento de Costa⁷³, é a partir da regra de reconhecimento que é possível determinar se determinada regra jurídica faz parte do ordenamento jurídico e se os sujeitos devem estar submetidos a ela.

As regras de alteração, por sua vez, consistem em poderes que são conferidos a pessoas ou órgãos para estes possam alterar, modificar, retirar ou acrescentar novas regras ao sistema jurídico.⁷⁴ Por fim, temos as regras de julgamento, que

⁶⁸ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 78.

⁶⁹ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 78.

⁷⁰ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 79.

⁷¹ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 80.

⁷² KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 79.

⁷³ COSTA, Pedro D'Angelo da. **A crítica de Dworkin ao Positivismo Jurídico e a Construção do Conceito de Discricionariedade**. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015, Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em < www.conpedi.org.br > P. 11.

⁷⁴ KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P.77.

consistem em regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade no tocante à questão sobre se numa ocasião concreta foi violada uma norma primária. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir.⁷⁵

Assim, Magalhães⁷⁶ entende que se os juízes passam a identificar como direito todas as normas aprovadas por determinados órgãos através de determinados trâmites, este será o conteúdo da regra de reconhecimento aceita e adotada nesta sociedade. Todavia, se o direito é um conjunto de regras identificadas por uma regra de reconhecimento, sempre que uma dessas regras não estabelecesse de maneira clara a consequência a determinado fato, haveria uma lacuna no direito.

Não é de outra forma que Hart conseguiu dar um passo adiante em relação do positivismo estabelecido por Austin e Bentham, tendo em vista que a sua preocupação em compreender o conceito do Direito não se distanciou da linguagem. É justamente em decorrência da sua forte preocupação com a linguagem que Hart constata que o Direito é constituído por enunciados jurídicos que podem ser interpretados de diferentes formas, reconhecendo, dessa forma o caráter aberto da linguagem destes enunciados.⁷⁷

Assim, para Hart, existem limites inerentes à linguagem. Tal afirmação é de fácil constatação quando se verifica a existência de casos em que as fórmulas gerais são perfeitamente aplicáveis, ao passo em que existem determinados casos em que uma “zona de penumbra” irá gerar uma dúvida acerca da aplicabilidade das regras gerais.⁷⁸

Dessa forma, Hart menciona a existência de uma textura aberta, caracterizadora da linguagem que constitui as normas e, conforme leciona ROSSI⁷⁹, Hart acaba por reconhecer na aplicação de normas dentro de uma textura aberta uma função normativa tanto para os tribunais como para os órgãos administrativos.

⁷⁵ HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes. P. 161 e seguintes.

⁷⁶ MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. **A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 1077.

⁷⁷ KOZICKI, Katya; CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. **O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Jun/2012. P. 92.

⁷⁸ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 56.

⁷⁹ *Ibid.* p. 57.

Nesse sentido, Magalhães⁸⁰ afirma que

A linguagem geral através da qual essa espécie de normas se expressa, por sua natureza, sempre deixa possibilidades de diferentes interpretações (Hart se refere a uma zona de penumbra do sentido da norma, na qual está o conjunto de casos para os quais não é claro se uma determinada norma se aplica ou não. Como essa imprecisão não é rara, a atividade do aplicador do direito frequentemente envolve a definição do sentido específico da norma jurídica e dessa definição depende a aplicação ou não da norma ao caso. Sendo assim, se pode dizer que o próprio sentido da norma é completado pelo aplicador do direito e que, nesse sentido, essa especificação do significado da norma cria direito novo.

Dessa forma, a partir da concepção de textura aberta do direito, Hart passa a admitir que os tribunais possuem uma função criadora, devendo estes espaços abertos serem preenchidos pelo poder discricionário do julgador, preenchendo aquilo que antes era vago.⁸¹ A questão que se coloca aqui é a seguinte: no casos que se repetem com frequência e que não há uma maior dificuldade acerca do enquadramento legal, não há maiores problemas acerca da aplicação das formulas gerais, ou seja, apenas nos casos fáceis é que se faz o emprego do raciocínio silogístico.⁸²

Isso se dá justamente em decorrência de uma impossibilidade fática de serem criadas regras que abarquem todas as possibilidades de interações humanas. Nos dizeres de KOZICK⁸³

Percebe-se que, embora Hart admita a existência de uma gama infinita de hipóteses e de possibilidades, nega a pretensão de que sejam criadas normas com grau de especificidades tamanha que visem a abarcar todos esses casos, até porque entende isso como impossível. Para o autor, a existência de graus de incerteza na norma é o preço que se paga pelo uso da linguagem que tem em si um grau de indeterminação que é a ela inerente, principalmente quando se está diante de casos limítrofes. Desta forma, querer, aprioristicamente, prever todas as combinações possíveis a serem realizadas não se mostra, para Hart, nem factível, nem desejável.

Dessa forma, para positivistas como Hart, a solução dos casos difíceis não se dá por uma dedução lógica, ou seja, por uma mera subsunção do fato à regra, mas sim por um processo de escolha e criação. Ou seja, os juízes devem abertamente escolher entre essa ou aquela solução para o caso difícil.⁸⁴

⁸⁰ MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. **A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 1078.

⁸¹ GERVASONI, Tamiris Alessandra; Bolesina, Iuri. **Discricionariedade e Arbitrariedade Judicial Na Perspectiva Positivista de Kelsen e Hart**. Revista do Departamento de Ciências Humanas, Santa Cruz do Sul n.º 44 ANO 2015/2. P. 11.

⁸² KOZICKI, Katya; CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. **O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Jun/2012. P. 94.

⁸³ Idem. p. 95.

⁸⁴ MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. **A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2,

Porém, Hart defende o posicionamento de que em que pese o fato de a textura aberta do direito ser uma realidade, não estaria o julgador legitimado para decidir livremente a partir das suas convicções pessoais, tendo em vista que o juiz tem o dever de criar uma nova regra, e não padrões jurídicos que guiam a decisão acerca da nova regra.⁸⁵ Dessa forma, Kozicki⁸⁶ afirma que tal “poder criador” do juiz é restrito a casos específicos, ou seja, somente àqueles em que ele irá julgar e aos quais o direito não atribuiu uma resposta, não podendo introduzir reformas legislativas com a sua decisão.

Hart, assim, parte da premissa de que o formalismo teria como escopo disfarçar a necessidade dessa escolha autorizada ao intérprete e que somente poderá ser concluída a partir das contingências do caso concreto. Todavia, há que se ressaltar os extremos, quais sejam, o formalismo e o ceticismo. Enquanto o primeiro ignora o fato de que a linguagem jurídica possui um grau de indeterminação em prol da segurança jurídica, sob a premissa de que somente existiriam casos fáceis, a segunda parte do ceticismo em relação à linguagem legislativa.⁸⁷

2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 1080. No mesmo sentido, ROSSI afirma que “é possível, para Hart, que a discricionariedade que a linguagem (imprecisa e geral) confere à norma seja tão ampla que, ao ser aplicada, o resultado desta aplicação se constitua em uma verdadeira escolha do aplicador que decide acrescentar um novo caso a uma sucessão de outros em função das semelhanças pertinentes do ponto de vista jurídico. ROSSI, Amélia Sampaio. **Neonconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 57.

⁸⁵ COSTA, Pedro D’Angelo da. **A crítica de Dworkin ao Positivismo Jurídico e a Construção do Conceito de Discricionariedade**. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015, Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em < www.conpedi.org.br >. P. 13.

⁸⁶ KOZICKI, Katya; CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. **O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Jun/2012. P. 100.

⁸⁷ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neonconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 58. No mesmo sentido, KOZICKI afirma que “o formalismo sobre as regras procura minimizar a existência desta área de imprecisão das normas jurídicas. De acordo com esta teoria, as regras gerais, uma vez editadas, seriam suficientes, por si sós, para comunicarem o padrão de conduta exigido. A maneira de se conseguir, segundo Hart, seria fixando precisamente os termos das regras gerais, de forma que o seu significado fosse o mesmo para cada caso que caísse na sua órbita de aplicação. O risco que se corre, com tal postura dogmática, é o de, em prol de uma segurança e certeza inquestionáveis, colocar sob o domínio de uma regra fixa casos que ainda não ocorreram e, assim sendo, acerca dos quais ainda não conhecemos detalhes ou a sua própria configuração. Ao precisar em demasia o significado da norma, restringe-se a mobilidade que deve ser concedida àquele que vai aplicá-la. [...] Uma postura oposta a esta é a de negar a existência das regras do sistema ou, em uma versão menos radical da teoria, afirmar que o direito se constitui em predições generalizadas acerca do que os tribunais farão. A afirmação de que a regra jurídica funciona como previsão de decisões futuras dos tribunais não se coaduna com o fato de que os membros de uma comunidade submetida a um determinado ordenamento jurídico não encaram a conduta que lhes é imposta pela regra como mera previsão da atividade judicial e sim, como padrões de conduta que aceitam como devida. Em outras palavras, o direito funciona na vida deles impondo condutas que os mesmos reconhecem como institucionalmente necessárias. KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o**

Streck⁸⁸ afirma que esse poder discricionário, na verdade, deve ser concebido como um poder arbitrário que é “delegado” ao magistrado para este preencha as lacunas da zona de penumbra do modelo de regras hartiano. Todavia, Lenio Streck ainda alerta que esse espaço de incerteza gerado pela zona de penumbra pode na verdade ser uma mera construção ideológica do juiz, aumentando o espaço de incerteza e, conseqüentemente, o seu espaço para um agir discricionário.

Ademais, não há que se confundir a discricionariedade administrativa e judicial. Enquanto na primeira, no magistério de Di Pietro⁸⁹, os poderes exercidos pelo administrador público estão regrados pelo sistema jurídico vigente, não podendo este ultrapassar os limites da legalidade, no caso da discricionariedade judicial não existe tal regramento, “devendo” o julgador preencher um espaço que antes existia.

Como bem adverte Streck, não é correto trazer o conceito da discricionariedade administrativa para o âmbito judicial, tendo em vista as suas particularidades. Enquanto em uma o intérprete está autorizado por lei a agir de maneira discricionária, no âmbito judicial não há uma legislação que autorize tal fato ao intérprete.⁹⁰

Dessa forma, o poder do administrador pode ser vinculado ou discricionário. Será vinculado quando a lei não deixa opções de escolha ao administrador, sendo que, preenchido determinados requisitos, a administração deverá agir de determinada forma, sob pena de correção judicial.⁹¹

O poder discricionário, ao seu turno, é entendido como a possibilidade de a autoridade administrativa poder optar por uma dentre as várias opções que a lei oferece, despidendo afirmar que todas essas são válidas.⁹²

Em relação ao controle exercido pelo Poder Judiciário nos atos administrativos, é de suma importância se ter clara a diferença entre os poderes vinculado e discricionário. No que tange ao poder discricionário, existe a possibilidade de os atos administrativos serem controlados pelo judiciário.

positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá Editora, 2014. P. 92.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 54-55.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20ª.ed. São Paulo: Atlas. P. 221.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 52

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20ª.ed. São Paulo:Atlas. P.221

⁹² *Idem.*

Todavia, a margem de discricionariedade que a lei confere ao administrador deverá ser respeitada pelo magistrado, tendo em vista que tal margem de atuação foi conferida pelo legislador. Os atos vinculados, por sua vez, podem ser controlados pelo judiciário sem qualquer tipo de restrição, tendo em vista que os requisitos do ato estão previstos em lei.⁹³

A situação muda drasticamente no âmbito judicial. Como já afirmado, enquanto na esfera administrativa existe uma lei que permite uma margem de discricionariedade ao administrador, na esfera judicial tal lei é inexistente. Dessa forma, o magistrado cria uma norma que será aplicada a determinado caso.⁹⁴

É nesse sentido que Streck⁹⁵ aduz que

[...] o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário.

Em que pese o fato da discricionariedade existente no Judiciário, STRECK pondera que tais críticas não significam em uma proibição de interpretar, tendo em vista que o próprio ato de interpretar é dar sentido a algo. A crítica em si consiste no fato de que a concretização dos textos não pode depender da subjetividade do intérprete.⁹⁶

Feita essa abordagem sucinta do posicionamento de Hart acerca da discricionariedade, parto agora para a crítica feita pelo seu discípulo, Ronald Dworkin. Talvez um dos debates teóricos que mais marcaram a teoria do direito contemporânea tenha sido aquele travado entre Dworkin e Hart nos livros “Levando os Direitos à Sério” e “O Conceito de Direito”.

Dessa forma, como o objetivo do presente tópico é analisar a discricionariedade no debate supracitado, me limitarei às críticas formuladas por Dworkin à Hart no que tange a sua teoria do direito referente aos limites de atuação do juiz.

Dworkin inicia sua formulação crítica ao positivismo afirmando que, para essa concepção do direito, este seria um conjunto de regras com o propósito de determinar as condutas que serão coagidas pelo poder público. Todavia, Dworkin aponta que quando determinado fato não estiver (claramente) coberto pela lei, o juiz poderia ir

⁹³ Idem. p.229.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 52.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 95.

além do direito utilizando seu discernimento pessoal para criar uma regra jurídica, suprimindo aquele espaço que antes existia.⁹⁷

Em linhas gerais, as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico podem ser condensadas em três: a) o direito não é apenas um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios, que não são a mesma coisa; b) a tradicional noção de discricionariedade dos positivistas é falha; c) pode existir uma obrigação jurídica ainda que ausente uma regra geral válida.⁹⁸

No vasto trabalho de Dworkin, este estabelece a noção de proposição jurídica, sendo esta uma alegação que uma pessoa pode fazer sobre aquilo que a lei lhe permite, proíbe ou autoriza e, dessa forma, podemos divergir sobre a verdade de tais proposições de duas formas: a) *divergência empírica do Direito*, que se dá quanto à existência de uma norma no sistema; b) *divergência teórica no Direito*, que se dá através de questionamentos teóricos sobre o direito, ou seja, é mais problemática e difícil de se constatar, a qual o jusfilósofo batiza de *ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do Direito*.⁹⁹

Porém, Dworkin entende que tal concepção do Direito é demasiadamente simplificadora, elencando dois principais problemas dela. O primeiro consiste na *ausência de norma*. Tal problema consiste naquilo defendido pelos positivistas, em que havendo uma lacuna da lei o juiz não tem outra opção se não se valer da sua discricionariedade para estabelecer uma regra para o caso particular. O problema, como bem alerta Dworkin, é que não há um método de como os juízes devem criar esse direito.¹⁰⁰

O segundo problema consiste no *alcance da norma*. Neste caso, de acordo com ABEL¹⁰¹

Os problemas relativos à divergência teórica no Direito se resumem aos casos em que a lei é omissa ou lacunosa. Em muitos casos a lei é clara e completa, e ainda assim um caso particular gera enormes divergências entre os julgadores. Por que isso ocorre? Porque “lei” pode ser duas coisas distintas: um documento com palavras impressas, físico, que o legislador tinha diante de si quando a aprovou, ou o direito criado no momento da promulgação da lei-documento.

⁹⁷ COSTA, Pedro D'Angelo da. **A crítica de Dworkin ao Positivismo Jurídico e a Construção do Conceito de Discricionariedade**. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015, Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em < www.conpedi.org.br >. P. 07

⁹⁸ ABEL, Henrique. **A discricionariedade Judicial e sua (in)compatibilidade com o Estado Democrático de direito – positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós-positivismo”**. Unisinos 2011.

⁹⁹ Idem. p. 12.

¹⁰⁰ Idem. p. 14.

¹⁰¹ Idem. p. 15.

Para exemplificar o acima referido, Dworkin menciona o caso Elmer, em que Elmer, herdeiro de maior parte dos bens do avô, assassina este. Todavia, a lei não dispunha sobre tal hipótese. Dworkin afirma que, neste caso, não havia silêncio da lei, mas sim que era uma questão de princípio, pois uma lei não pode prever todas as situações do mundo dos fatos.¹⁰²

Por esse e outros motivos que Dworkin passa a defender uma atitude interpretativa é superior à uma busca da “intenção do legislador”, devendo tal interpretação se dar de forma construtiva, tendo em vista que a importância dessa interpretação se dá pois Dworkin trabalha a ideia de integridade no Direito.¹⁰³

Como já afirmado, Dworkin reconhece o direito como uma prática interpretativa como sua grande tentativa de romper com o positivismo jurídico, sem que isso represente a defesa de teses relativistas quando no julgamento dos casos. Dessa forma, se parte da divergência para afirmar a existência de respostas corretas no Direito, tendo em vista que assim irá se encontrar a melhor interpretação possível.¹⁰⁴

Assim, conforme leciona Streck¹⁰⁵

Sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser.

E continua afirmando que

Neste ambiente, coerência e integridade manifestam-se como elementos da igualdade. No caso específico da decisão judicial, isso significa que os diversos casos serão julgados com igual consideração. Analiticamente, pode-se dizer que: a) coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si; e b) integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância.¹⁰⁶

É justamente por isso que a coerência e integridade significa um afastamento do livre convencimento, seja ele motivado ou não, tendo em vista a existência de coerência e integridade significa a morte do solipsismo judicial. Ou seja, no entendimento de STRECK, toda decisão que em que não forem obedecidos os

¹⁰² Idem.

¹⁰³ ABEL, Henrique. **A discricionariedade Judicial e sua (in)compatibilidade com o Estado Democrático de direito – positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós-positivismo”**. Unisinos 2011. P. 17-18.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.33.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem. p. 34.

postulados da coerência e integridade serão passíveis de recurso, ou seja, dignas de reforma.¹⁰⁷

A coerência e a integridade são as formas pelas quais Dworkin encontrou um mecanismo de superar os chamados casos difíceis, expressão comumente utilizada pelos positivistas quando da ausência da possibilidade de um encaixe do fato à hipótese legal. Dworkin, nesses casos, afirma que nessas situações não há que se falar em casos difíceis, mas sim em uma questão de princípio.¹⁰⁸

Sem sombra de dúvidas, os maiores juristas que se dedicaram ao estudo das regras e princípios foram Robert Alexy e Ronald Dworkin. Ademais, imperioso destacar quem tais juristas possuem pontos em comum em suas teorias. Para Alexy, a grande diferença entre regras e princípios, que são normas, consiste no fato de que os princípios

Ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁰⁹

A partir dessa conceituação, Alexy parte para a hipótese de conflitos entre regras e princípios. Segundo o autor, um conflito de regras poderia ser solucionado se introduzindo uma cláusula de exceção que, dessa forma, eliminaria o conflito ou no

¹⁰⁷ Idem. p. 35. Sobre a questão acerca da coerência e integridade, COSTA e LIMA afirmam que “A questão acerca como os juízes decidem os casos, tratada por Dworkin em sua construção teórica integrativa, leva em conta alguns critérios, tais como a coerência e integridade, comparando o Direito como uma espécie de romance em cadeia (chain novel), no qual o juiz deve levar em conta os precedentes dos juízes que já se pronunciaram, a lei, o direito, e dar prosseguimento, como se fosse o escritor de um romance. [...] a coerência pressupõe a análise ampla do direito e a sua reconstrução histórico-institucional, de modo que os casos futuros tenham um tratamento semelhante aos casos enfrentados pelos juízes, dentro da cadeia interpretativa. É uma relação de conexão entre a decisão judicial e o próprio direito. [...] a integridade obriga que os juízes levem em conta os princípios tais como a justiça, a equanimidade ou o “jogo limpo” (fairness), o devido processo legal para a tomada de decisão, a qual, além de ser coerente com a sua história institucional, deve ser justa. Além disso, deve o juiz observar a comunidade de princípios, de modo a afastar um indesejável subjetivismo no ato de julgar. COSTA, Marcelo Cacinotti; MELO LIMA, Vinicius de. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 65-66

¹⁰⁸ ABEL, Henrique. **A discricionariedade Judicial e sua (in)compatibilidade com o Estado Democrático de direito – positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós-positivismo”**. Unisinos 2011. P. 19-20.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Pgs. 90-91.

caso de uma das regras ser considerada inválida.¹¹⁰ Ou seja, para Alexy o conflito entre regras se resolve pela subsunção. Se uma regra for afastada de um caso, deverá ser afastada de todos os casos futuros em que ela deveria incidir.

O caso muda completamente quando tratamos da colisão de princípios. Na forma proposta por Alexy, quando dois princípios colidem, um destes deverá ceder. Todavia, o que cedeu não será considerado inválido, pois somente não é aplicável naquele caso em específico, justamente em decorrência do fato de princípios possuem pesos diferentes, posição esta compartilhada por Dworkin.¹¹¹

Para Dworkin, regras e princípios possuem uma diferença de natureza lógica. Regras são aplicadas no tudo ou nada. Ou a regra é válida e sua resposta deve ser aceita, ou ela não será válida e não contribuirá para a decisão.¹¹²

De maneira contrária, os princípios possuem uma dimensão de peso. Caso tais princípios colidam – ou se inter cruzem, como afirma Dworkin – aquele que estiver incumbido de resolver o conflito deverá relevar a força de cada um dos princípios colidentes.¹¹³

As regras recebem um tratamento diferenciado. De acordo com Dworkin, as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Evidentemente, existem regras mais importantes do que outras, tendo em vista os papéis que estas desempenham no ordenamento jurídico.¹¹⁴ Todavia, se duas regras entrarem em conflito, uma delas não será válida e deverá ser abandonada ou reformulada.

Como já afirmado neste trabalho, para os positivistas os casos difíceis se resolvem a partir de um processo de criação e escolha, ao passo que os casos simples se resolvem com a mera subsunção da regra ao fato. Ou seja, ao juiz incumbe a tarefa de escolher a melhor solução para o caso concreto. Dworkin, de maneira contrária, rejeita a tese da discricionariedade judicial, no sentido de o juiz teria uma liberdade total em relação ao direito.¹¹⁵

¹¹⁰ *Idem.* P. 92.

¹¹¹ *Idem.* p. 93; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 1ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. Pgs. 94-96.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 1ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 61.

¹¹³ *Idem.* P. 64.

¹¹⁴ *Idem.* P. 65.

¹¹⁵ MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. **A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 1079.

Nesse sentido, o jusfilósofo afirma que não há razão alguma para o juiz se vale de um poder discricionário, independentemente da dificuldade que o caso apresente, pois para ele não existem lacunas no direito, o que faz com que perca sentido a afirmação positivista de ser atribuição do juiz o preenchimento de lacunas. O problema não estaria na incompletude do Direito, mas sim na imagem que o positivista faz dele.¹¹⁶

A crítica de Dworkin em relação à discricionariedade reconhecida por Hart também se dá em decorrência de uma visão interpretativa do direito, a qual inclui não o direito explícito, mas também princípios jurídicos implícitos. Dessa forma, a partir de tal visão interpretativa do direito é que não haveria necessidade do juiz se valer de um poder discricionário, tendo em vista, diante de um *hard case*, basta que o juiz se socorra nos princípios implícitos.¹¹⁷

Em razão da defesa do poder discricionário defendido por Hart, Dworkin elabora três críticas fundamentais, quais sejam: a) que se trata de uma descrição equivocada do processo judicial e da atuação dos Tribunais nos casos difíceis; b) que endossa uma modalidade de criação do direito que é antidemocrática e injusta, pois os juízes geralmente não são eleitos; c) que a atividade criativa judicial é injusta, desaprovando-a como uma forma de legislação retroativa ou *ex post facto*¹¹⁸.

No que se refere à primeira crítica, KOZICK¹¹⁹ afirma que

quando um advogado se dirige ao Judiciário visando à solução do caso concreto, presume que o juiz irá sempre buscar uma resposta dentro do direito já existente, uma vez que esta solução já existe, basta que ela seja descoberta, é a resposta certa. Não há, portanto, para Dworkin, necessidade de se criar algo novo, posto que as respostas para os casos são dadas pelo próprio Direito, bastando ao intérprete encontrá-las.

Hart nega esta afirmação de Dworkin, defendendo que há casos sem regulamentação legal, não podendo tal fato ser aceito e sendo responsabilidade dos juízes suprirem tal lacuna. Ainda, afirma que não há que se confundir a linguagem utilizada pelos juízes e advogados nos Tribunais com aquelas observações gerais que dizem respeito ao processo judicial.¹²⁰

¹¹⁶ KOZICKI, Katya; CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. **O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Jun/2012. P. 102.

¹¹⁷ Idem. p. 103.

¹¹⁸ Idem. p. 104.

¹¹⁹ Idem. p. 105.

¹²⁰ KOZICKI, Katya; CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. **O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Jun/2012. P. 105.

A segunda crítica de Dworkin dirigida à teoria de Hart diz respeito ao poder discricionário reconhecido na teoria positivista deste que, de acordo com Dworkin, implica na criação de um direito antidemocrático e injusto, tendo em vista que os juízes não foram eleitos democraticamente para criar o direito, tarefa esta incumbida aos legisladores.¹²¹

Por fim, a terceira crítica de Dworkin diz respeito ao fato de que a criação criativa do direito por parte dos juízes constitui uma legislação retroativa, ou seja, injusta. Isso deve ao fato de que as partes seriam surpreendidas com um direito que não conhecem, tendo em vista que o juiz o criou no ato decisório. O contra-argumento de Hart é no sentido de que não há que se falar em surpresa, tendo em vista que o direito regulou aquele caso de maneira incompleta ou imprecisa, sendo necessária a atuação discricionária do juiz para criar o direito no caso concreto.¹²²

Dentro desta crítica, Dworkin ainda afirma que de acordo com o próprio conceito de obrigação para o positivismo, só existira uma obrigação jurídica quando uma regra estabelece essa obrigação. Ou seja, se o juiz ao decidir supre uma lacuna no direito, ele está impondo uma obrigação que não existia até o momento do ato decisório, retroagindo os efeitos aos fatos ocorridos no passado.¹²³

Assim Magalhães¹²⁴ afirma que

Em primeiro lugar, há o problema da segurança jurídica: é inquietante que as pessoas possam ser compelidas a cumprir obrigações jurídicas criadas retroativamente por um juiz, que não decorrem necessariamente do direito vigente no momento do ato praticado, e que poderiam igualmente não vir a existir, se o juiz assim decidisse. Em segundo lugar, e em parte como decorrência do problema antes mencionado, existe um problema mais amplo, que concerne à justificação do Estado para impor o direito aos particulares. Na visão de Dworkin, a Teoria Geral do Direito não tem um papel meramente descritivo, mas também justificador do direito: o Estado precisaria de uma justificativa moral para a imposição coativa do direito, e tal legitimidade deveria ser garantida pela Teoria Geral do Direito, entendida também como uma concepção do que deva ser o direito.

Feita essa breve exposição acerca dos principais argumentos dos referidos jusfilósofos, se mostra necessária a busca de uma possível solução para a questão

¹²¹ Acerca dessa crítica formulada por Dworkin, KOZICK afirma que Hart não enxerga maiores problemas acerca disso, tendo em vista que o juiz preencher a lacuna antes existente no ordenamento seria muito mais eficiente e célere. KOZICKI, Katya; CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. **O sentido de discricionabilidade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – Jun/2012. p. 107.

¹²² Idem.

¹²³ MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. **A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 1081.

¹²⁴ Idem. P. 1082.

da discricionarietà. Dessa forma, como proposta para o enfrentamento da discricionarietà judicial, se utilizará como ponto de partida a Crítica Hermenêutica do Direito, proposta teórica desenvolvida por Lenio Streck. Porém, de início será feita uma contextualização histórica acerca do Judicial Review em solo americano, momento em que as discussões acerca do ativismo judicial ganharam mais peso, para então analisar o referido fenômeno a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.

3 O JUDICIAL REVIEW COMO O NASCEDOURO DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 John Marshall e o Judicial Review em solo americano: Quem foi o quarto *Chief Justice* da Suprema Corte Americana?

John Marshall, antes de se tornar o quarto Chief Justice da Suprema Corte Americana, foi conhecido como um grande soldado, tendo em vista que comandou uma companhia na Guerra Revolucionária Americana e lutou nas batalhas de Great Bridge, Iron Hill, Brandywine, GermanTown e Monmouth, servindo, inclusive, ao próprio George Washington em Valley Forge, com quem aprendeu e desenvolveu um forte senso nacionalista e respeito pela disciplina e autoridade.¹²⁵

Além disso, após a independência, foi eleito para a Assembleia da Virgínia e, logo após, ao Congresso. Também, no ano de 1798, foi nomeado como um dos comissários “XYZ”, com o escopo para tratar com Talleyrand e o Diretório Francês sobre assuntos diplomáticos. Após o seu retorno, foi nomeado como Secretário de Estado nos últimos dias do governo do então presidente John Adams.¹²⁶

É possível dizer que toda a sua trajetória para se tornar o famoso quarto Chief Justice da Suprema Corte Americana começou na qualidade de militar. Uma grande influência sobre Marshall durante sua adolescência foi o General George Washington, amigo do pai de Marshall. Marshall admirava Washington. Quando a Guerra Revolucionária Americana estourou, Washington inspirou Marshall, então com 20 anos de idade, a se alistar no exército para que pudesse participar da formação da nova nação. Marshall foi nomeado tenente de uma milícia estadual chamada Culpeper Minuteman, que mais tarde foi absorvida pelo 11º Regimento do Exército Continental da Virgínia. A milícia Patriot alcançou a vitória contra o Exército Real Britânico na Batalha de Great Bridge, libertando a Virgínia do domínio britânico.

Após a vitória da milícia, Marshall tornou-se oficial do 3º Regimento do Exército Continental da Virgínia, servindo sob o comando do Coronel Morgan. Marshall provou sua bravura e firmeza durante a Batalha de Brandywine, onde lutou incansavelmente do amanhecer ao anoitecer. Na Batalha de Germantown, ele foi ferido na mão enquanto liderava um ataque. Em Valley Forge, George Washington nomeou Marshall como seu diretor jurídico. Em 1780, enquanto estava estacionado em Oak Hill, Marshall tirou uma licença e foi visitar seu pai, que estava estacionado

¹²⁵ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 52.

¹²⁶ Idem.

em Yorktown. Em Yorktown, Marshall conheceu sua futura esposa, Mary Willis Ambler, filha do tesoureiro da Virgínia. Marshall deixou o exército em 1780 para estudar direito.¹²⁷

No ano de 1779, foi dispensado do exército. A partir do seu retorno para casa manifestou interesse de se tornar advogado, matriculando-se no College of William and Mary, sendo aluno de George Wythe, que fora professor de Thomas Jefferson.¹²⁸

No ano de 1782 foi eleito para Assembleia da Virgínia e em seguida foi eleito membro do Conselho Executivo, sendo importante ressaltar que no período inicial pós-independência a preocupação constante de Marshall dizia respeito a organização e fortalecimento da União dos Estados. Nesse estágio da sua vida profissional, tanto política quanto jurídica, decidiu que deveria fortalecer mais sua carreira advocatícia, tendo em vista que os casos em que atuava eram de assuntos rotineiros. Seu primeiro grande caso, *Hite v. Fairfax*, veio em 1786.¹²⁹

É possível dizer com completa segurança que a história constitucional dos Estados Unidos e conseqüentemente do mundo não seria a mesma sem o acaso de Marshall, que acarretou na sua nomeação para o cargo de Chief Justice por 35 anos.

Porém, há de se ter em mente que em que pese o fato de sua nomeação ter sido obra de um mero acaso, John Marshall não era um desconhecido no cenário político americano, tendo em vista que ocupava o cargo de Secretary of State, participara de uma missão diplomática na França ao lado de Charles Pinckney e Elbridge Gerry, fora um advogado extremamente bem-sucedido no estado da Virgínia e, na qualidade de deputado, ratificou a Constituição Federal recém-elaborada em nome do seu Estado.¹³⁰

Referente a sua participação em uma missão diplomática na França, cabem alguns apontamentos. Em 8 de julho de 1796, George Washington enviou uma carta para Marshall comunicando-o da importância de um representante em Paris e que ele seria melhor escolha para assumir o cargo. Tendo em vista que Marshall estava atuando em um caso junto à Suprema Corte, ele negou o convite. Porém, em 6 de

¹²⁷ MARSHALL, John. **Biography: John Marshall, Chief Justice of Supreme Court (1755-1835)**. Disponível em: <https://www.biography.com/political-figure/john-marshall>. Acesso em 10 de abril de 2021.

¹²⁸ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 53.

¹²⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 55.

¹³⁰ MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. P. 38.

junho de 1797, Marshall aceitou a nomeação por um senso de dever público, junto com Gerry e Pinckney para renovar as negociações.¹³¹

No que se refere ao fato de ter ocupado o cargo de Secretary of State, é importante fazer uma contextualização histórica de tal acontecimento. Ao voltar da viagem diplomática na França e de ter sido muito bem recepcionado pelo povo e pelo Congresso Nacional, Marshall foi eleito para a Câmara dos Deputados.¹³²

Tendo em vista que Marshall sempre mostrou lealdade a John Adams, este solicitou ao Secretary of State Timothy Pickering que renunciasse. Com a sua negativa, foi demitido logo após e o nome de Marshall foi enviado para o Senado Federal para que sucedesse Pickering no referido cargo – sem que ele soubesse disso, diga-se de passagem.¹³³

A partir do *Judiciary Act*, sancionado pelo então presidente George Washington, e instituída a Suprema Corte, foram indicados os primeiros juizes que comporiam a corte, quais sejam: John Jay (*chief justice*), John Rutledge, James

¹³¹ ¹³¹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 58-59. ANDRADADE ainda expõe que “[...] a situação era delicada e as ordens de Marshall eram enumeradas pelo que ele e seus colegas não deviam fazer, como: concordar com qualquer ajuda à França ao longo da guerra, o que violaria o espírito neutro do País e provavelmente levaria ao confronto indesejado com a Inglaterra; concordar com o sacrifício de qualquer comércio norte-americano em qualquer parte do mundo/ aceitar qualquer cláusula em tratado que pudesse implicar que seu próprio governo estava em falta no episódio surgido entre as duas repúblicas; e, finalmente, permitir um tratado abrogasse a validade de quaisquer acordos norte-americanos (cláusula comum neste tipo de acordo). [...] Devido à coincidência das revoluções norte-americana e francesa, os primeiros viam com simpatia e identificavam-se com os segundos. Em 1 de fevereiro de 1793 a França declarou guerra contra a Inglaterra e as Províncias Unidas. Em 22 de abril daquele ano, Washington proclamou a neutralidade norte-americana na guerra europeia. Em 18 de julho, o seu Secretário de Estado (Jefferson) escreveu ao Chief Justice da Suprema Corte indagando sobre a necessidade de ouvir os juizes da Corte. Em 8 de agosto, os juizes da Suprema Corte responderam às questões do Presidente da República numa carta que, em síntese, estabelecia a doutrina de que, consoante o artigo III da Constituição, eles somente poderiam apreciar casos ou controvérsias. A guerra na Europa interferia no comércio dos norte-americanos com os dois países, já que cada um tentava prejudicar as relações comerciais do outro. Em 4 de março de 1797, no meio desta celeuma internacional, John Adams assumiu a Presidência e convocou Marshall para estreitar as relações com a França. Idem. P. 59-60.

¹³² ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 60.

¹³³ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P.61. ANDRADE segue afirmando que “parte relevante de seu trabalho consistia em supervisionar a condução da política externa norte-americana, especialmente no tocante à manutenção da paz tanto com a Inglaterra como também com a França. No âmbito interno, supervisionou a mudança do governo federal da Filadélfia para Washington, D.C. Marshall permaneceu ativo no desempenho de suas funções como Secretário de Estado até o final do governo de Adams, em 4 de março de 1801. Na última hora (em janeiro), no entanto, ele tinha sido nomeado Chief Justice of the United States.” idem. p. 62.

Wilson, William Chushing, Robert H. Harrison e John Blair, estes na qualidade de *Associate Justices*.¹³⁴

Antes de Marshall assumir o posto de *Chief Justice*, a Suprema Corte tivera 3 representantes no mais alto cargo desta. O primeiro deles, como demonstrado no parágrafo anterior, foi John Jay, que permaneceu no cargo entre os anos de 1789 e 1795, renunciado este para concorrer ao cargo de Governador do estado de Nova York.¹³⁵

Após a saída de Jay, o então presidente George Washington indicaria ao cargo John Rutledge, que permaneceria no cargo por apenas 181 dias, renunciado ao cargo. Por fim, Washington nomeia ao cargo de *Chief Justice* o Senador dos Estados Unidos da América pelo estado de Connecticut Oliver Ellsworth. Este permaneceria no cargo por 4 anos e 282 dias, renunciando a este por motivos de saúde em 15 de dezembro de 1800.¹³⁶

Com a vacância do cargo, Marshall seria indicado para ocupar a cadeira de *Chief Justice* na Suprema Corte Americana. Em 4 de fevereiro de 1801, Marshall faria o juramento para o ocupar o mais alto cargo da Corte. Todavia, a pedido de John Adams, Marshall continuou a exercer o cargo de Secretário de Estado no último mês do Governo de Adams.¹³⁷

Além disso, tem-se que John Adams entendeu ser importante para o Partido Federalista nomear Marshall para o cargo, tendo em vista que era um grande nacionalista e defenderia a supremacia nacional da Suprema Corte, somado ao fato de que John Adams perdera a eleição para o cargo de presidente da República para Thomas Jefferson, fato este que culminou no controle dos Republicanos das duas casas do Congresso Nacional.¹³⁸

Conforme aduz Barcelos¹³⁹,

“À evidência, não era um desconhecido qualquer quando foi convidado pelo presidente John Adams (1735-1800), federalista como ele. Era *Secretary of State*.

¹³⁴ BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus Editora. 2018. P. 188.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ SMENTKOWSKI, Brian P. **John Marshall: chief justice of United States**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/John-Marshall>. > Acesso em 14/09/2020.

¹³⁸ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 64.

¹³⁹ BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus Editora. 2018. P. 189.

Não fazia muito, participara de uma missão diplomática na França ao lado de figuras bem mais expressivas do que ele, como Charles Pinckney (1757-1824) e Elbridge Gerry (1744-1813). Fora advogado bem sucedido na Virgínia e, como deputado, ratificara (1788), por seu Estado, a Constituição federal recém elaborada. Destacara-se, por outro lado, na batalha sangrenta de Valley Forge contra as forças inglesas. Mas nada disso bastaria não fosse o acaso”.

Assim, o acaso de Marshall se traduziria nos seguintes fatos: A um, John Jay, o primeiro *Chief Justice* da Suprema Corte, que havia deixado vago o cargo para exercer o mandato de Governador do Estado de Nova York, fora novamente convidado por Washington para exercer o cargo, tendo em vista que Oliver Ellsworth, por motivo de saúde, renunciou ao cargo. Todavia, Jay nega o convite.¹⁴⁰

William Cushing, que já era *Associate Justice* na Suprema Corte, também recusa o convite do presidente Adams. Então, Adams, para acabar com a pressão que o sondava, tendo em vista que estava sendo cogitado o nome de William Paterson, membro da Suprema Corte, nomeia Marshall como *Chief Justice* da Suprema Corte.¹⁴¹

3.2 Resumo de caso: Marbury v. Madison

Em que pese a noção do Judicial Review não tenha sido instaurada com a decisão proferida no caso Marbury v. Madison, tendo em vista que o próprio Chief Justice John Marshall se vale de decisões predecessoras que invocaram o poder de revisar leis, de uma forma ou de outra, a associação entre supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade foi feita no referido caso.

O caso Marbury v. Madison tem sua origem na segunda metade de 1790, quando no cenário político dos Estados Unidos dois partidos tinham grande relevância e posição extremamente antagônicas: os Democrata-Republicanos e os Federalistas. De acordo com Andrade, os Federalistas acreditavam que o crescimento do poder por parte dos Democrata-Republicanos iria subverter a moralidade e levar a violência e a anarquia. Do outro lado, os Democrata-Republicanos acreditavam que se os Federalistas mantivessem o poder iriam subverter as liberdades e iriam governar de maneira autocrática.¹⁴²

¹⁴⁰ BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus Editora, 2018. P. 190.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 87.

No ano de 1800 a eleição presidencial seria marcada como uma das eleições mais disputadas da sua história, inclusive com prisões em desfavor de Democrata-Republicanos, que apoiavam Thomas Jefferson, pois estavam fazendo críticas contra Federalistas. A eleição foi um completo fracasso para os Federalistas, com a vitória de Thomas Jefferson, impedindo a reeleição de John Adams. Tendo em vista que os Federalistas perderam o controle do Congresso Nacional, realizaram uma manutenção no controle do Poder Judiciário com a criação de novos cargos no apagar das luzes do governo de Adams.¹⁴³

Logo após as eleições, com a confirmação de que Jefferson fora vitorioso, e antes de 4 de março de 1801, data esta em que se daria a posse do então novo Presidente do Estados Unidos, os Federalistas, ainda com forte maioria no Congresso Nacional, sancionaram uma lei em que era criado 58 novos cargos para juiz na magistratura federal e que ainda seriam preenchidos por John Adams, juízes estes que ficaram conhecidos como *midnight judges*, bem como diminuíram o número de juízes da Suprema Corte de seis para cinco.¹⁴⁴

Duas semanas após as referidas nomeações, que foram realizadas na integralidade por Adams, os Federalistas aprovaram uma nova lei criando 42 cargos para Juiz de Paz no Distrito de Columbia. Adams encaminhou suas nomeações para o Senado Federal, sendo tais nomeações confirmadas em 03.03.1801, um dia antes da posse de Jefferson. Porém, em que pese o fato de que tais nomeações tivessem sido assinadas por Adams e seladas pelo então Secretário de Estado John Marshall, o mando de Adams expirou sem que todas as nomeações tivessem sido entregues aos titulares.¹⁴⁵

¹⁴³ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 88.

¹⁴⁴ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 89. No mesmo sentido GODOY, que afirma que “[...] algumas semanas antes da posse de Jefferson, o Congresso, de maioria Federalista, aprovou o Judiciary Act de 1801. Esse ato criou dezesseis Cortes Federais com a justificativa de que, assim, os juizes da Suprema Corte não mais precisariam se deslocar – o que lhes causava bastante cansaço –, pois a eles cabia atuar nas apelações em casos federais ocorridas nos estados-membros. A nomeação dos juízes para essas novas Cortes federais caberia a John Adams fazer, o que de fato ocorreu, entretanto, o fez no apagar das luzes do seu governo. Não por acaso, tais juízes passaram a ser referidos como *midnight judges*. Além destes cargos para juízes vitalícios se aprovou a criação de quarenta e dois cargos de juízes de paz para o Distrito de Columbia. John Adams agiu, também, no sentido de reforçar o poder judiciário diante dos demais poderes, bem como, para garantir pessoas da sua confiança para o privimento destes cargos, tanto é que seu ex-secretário de Estado, John Marshall, foi nomeado para presidente da Suprema Corte.” GODOY, Miguel Gualano de; Chueiri, Vera Karam de. **Marbury versus Madison: Uma Leitura Crítica**. Curitiba: Juruá, 2017. P. 45.

¹⁴⁵ Idem.

Ato contínuo, o novo Secretário de Estado, James Madison, por ordem de Thomas Jefferson, recusou-se a entregar algumas das nomeações assinadas por Adams e seladas pelo à época Secretário de Estado John Marshall, dentre elas, a de William Marbury, sob a alegação de que era nula.¹⁴⁶

Em 10 de dezembro de 1801, William Marbury impetrou na Suprema Corte Americana um *Writ of Mandamus* pedindo a concessão da ordem para que James Madison, o novo Secretário de Estado que fora empossado por Thomas Jefferson, lhe investisse no cargo de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, pretensão essa fundada na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789.¹⁴⁷

Charles Lee, que fora advogado de Marbury, propôs três indagações no *Writ of Mandamus*: o requerente tem direito ao cargo que reclama? Se tem direito e foi violado, as leis do país conferem algum remédio cabível? Se conferem o remédio, será este *Writ of Mandamus* que ora se requer?

Na data de 24 de fevereiro de 1803, John Marshall, então *Chief Justice* da Suprema Corte Americana, liberou a opinião no caso Marbury v. Madison. A Suprema Corte decidira que Marbury teria direito a investidura no cargo para o qual havia sido nomeado, porém, a Corte entendeu que não poderia assegurar o remédio requerido tendo em vista que lhe faltava competência ante a inconstitucionalidade da norma da seção 13 do *Judiciary Act* de 1789.¹⁴⁸

No que se refere ao primeiro questionamento formulado por Charles Lee, Marshall entendeu que Marbury tinha direito à nomeação, uma vez que tal nomeação fora assinada pelo à época presidente John Adams e selada pelo então Secretário de Estado, que era ele próprio.¹⁴⁹

¹⁴⁶ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 90. Sobre tal acontecimento, GODOY narra que “[...] o novo presidente, Thomas Jefferson, determinou a Madison, seu secretário de Estado, que não enviasse o diploma requerido por Marbury. Diante do não recebimento, Marbury solicitou a Madison (secretário de Estado) informação acerca do seu diploma, entretanto, não recebeu qualquer resposta: nem dele ou de qualquer servidor do departamento de Estado. [...] Marbury solicitou ao secretário do Senado um certificado da sua indicação e da confirmação dada pelo Senado, mas tal certificado lhe foi negado. GODOY, Miguel Gualano de; Chueiri, Vera Karam de. **Marbury versus Madison: Uma Leitura Crítica**. Curitiba: Juruá, 2017. P. 46-47.

¹⁴⁷ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 95.

¹⁴⁸ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 98.

¹⁴⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 99.

Em relação ao segundo questionamento, tendo em vista que Marbury possuía um direito adquirido, a ordem jurídica americana possuía um remédio jurídico para garanti-lo na lei. Além disso, no exame do *Writ of Mandamus*, Marshall afirmou que cabia ao Poder Judiciário a competência de rever as leis do governo, tanto do Legislativo quanto do Executivo.¹⁵⁰

Dessa forma, como bem ressalta Andrade¹⁵¹,

[...] ele encontrou duas classes de atos executivos que não poderiam se sujeitas à judicial review of legislation: (1) quando a ação fosse de natureza essencialmente política, não cabendo neste caso qualquer intervenção ou ingerência do Poder Judiciário; e (2) quando a constituição ou mesmo uma lei federal coloca determinada matéria dentro da discricionariedade exclusiva do Poder Executivo, não cabendo ser revisada pela Corte. Nestas duas hipóteses, somente se justificaria a intervenção do Poder Judiciário em socorro à violação de direitos individuais protegidos constitucionalmente.

Além disso, Marshall, no que se refere ao *Writ of Mandamus* impetrado contra o Poder Executivo, concluiu que houve no caso concreto conflito entre a competência da Suprema Corte fixada pela Seção 13 do *Judiciary Act*¹⁵² e aquela estabelecida no artigo III da Constituição.¹⁵³ Dessa forma, restou interpretado que a constituição no artigo mencionado anteriormente fixou de maneira definitiva a competência originária

¹⁵⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 100.

¹⁵¹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 101. O autor segue afirmando que “[...] a decisão é clara quando determina que as áreas políticas são de competência do Poder Executivo e não estão sujeitas à interferência da Corte, salvo quando houver risco para os direitos individuais, quando o Poder Judiciário deve intervir no caso concreto para conceder o remédio capaz para sanar a violação do exercício arbitrário ou ilegal dos Poderes Legislativo ou Executivo.” Idem. P. 102.

¹⁵² SEC . 13. And be it further enacted, That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors, or other public ministers, or in which a consul, or vice consul, shall be a party. And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States. LAW SCHOOL, Yale. **The Judiciary Act; September 24, 1789**. Disponível em < https://avalon.law.yale.edu/18th_century/judiciary_act.asp> Acesso em 13 abr de 2021.

¹⁵³ Article III, Section II. In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. ***In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction***, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. (meu destaque). UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution (1789). Constitution of United States**. Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em 13 abr de 2021.

da Suprema Corte e não abrangeu tais ações no âmbito da sua competência originária, ou seja, o Congresso agiu de maneira inconstitucional.

O grande ponto da decisão de Marshall reside no fato de que deveria se estabelecer a Constituição Americana como Lei Maior e vinculante a todos ou atribuir ao Congresso Nacional poderes quase ilimitados para alterar seu texto através de leis ordinárias. Porém, Marshall decidiu pela superioridade da Constituição, tendo em vista que ela assumiu a forma escrita e rígida, vinculando, inclusive, o futuro.¹⁵⁴

Marshall, inclusive, fundamenta seu voto na defesa da *judicial review of legislation* com base nos escritos de Hamilton, especificamente no ensaio n. 78 do *Federalist Papers*. Nos termos desenvolvidos no referido ensaio, Hamilton parte da premissa de que o Poder Judiciário é o mais fraco entre os três poderes e que caso fosse necessário um “ataque” não haveria grandes chances de sucesso. Dessa forma, surgia a necessidade de se dar meios para que o referido Poder pudesse se defender dos outros.¹⁵⁵

Tal preocupação de Hamilton se dava pelo fato de que havia um grande receio em relação aos outros dois Poderes, tendo em vista que, na sua visão, a liberdade não corria risco em relação ao Poder Judiciário isoladamente, mas estava em grande perigo caso o Judiciário estivesse em união com o Executivo e o Legislativo.¹⁵⁶

Nesse sentido, argumenta Hamilton que há de se manter uma independência do Poder Judiciário, pois somente assim haveria a possibilidade de que caso leis que contrariassem os termos da Constituição fossem aprovadas, estaria o Poder Judiciário legitimado para declarar a nulidade de tais leis. Além disso, Hamilton refuta a ideia de que tal proposta implicaria numa superioridade do Poder Judiciário em relação ao Legislativo.¹⁵⁷

Hamilton argumenta que todo ato de autoridade delegada que seja contrário aos termos da comissão será nulo e, portanto, todo ato do legislativo contrário à

¹⁵⁴ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 106. Sobre esse ponto, GODOY afirma que “A constituição, afirma o presidente da Suprema Corte John Marshall, é tanto superior quanto norma máxima, não modificável por meio de lei ordinária e qualquer lei que lhe seja contrária não deve ser considerada como tal. [...] Por fim, não obstante o reconhecimento de Marshall de que o diploma deveria ter sido enviado a Marbury, ele, igualmente, asseverou que a ação estava fundada numa lei inferior à Constituição que com ela colidia e, assim não poderia ser aplicada.” GODOY, Miguel Gualano de; Chueiri, Vera Karam de. **Marbury versus Madison: Uma Leitura Crítica**. Curitiba: Juruá, 2017. P. 50-51.

¹⁵⁵ HAMILTON; MADISON; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. P. 156.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ P. 157.

Constituição não poderia ter validade. Ao contrário, de acordo com ele, seria o mesmo que dizer que um delegado é superior ao constituinte. Dessa forma, não é possível que a constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos constituintes, muito pelo contrário: a constituição estabeleceu que o Poder Judiciário ficaria entre o povo e o Poder Legislativo para que, dessa forma, aquele pudesse conter os atos deste nos limites das suas atribuições.¹⁵⁸

Ainda mais claro: acerca da falsa premissa de que o Judiciário seria superior ao Legislativo, Hamilton afirma que o poder do povo é superior a ambos, e que quando a vontade do corpo legislativo, declarada mediante leis, estiver em oposição com a do povo, que está declarada na Constituição, devem os juízes fazer prevalecer esta última.¹⁵⁹

Marshall, de maneira maestral, em seu voto determinou que a própria Constituição, ao determinar a competência da Suprema Corte em originária e recursal não poderia ser modificada pelo Congresso Nacional via lei ordinária, tendo em vista que, caso procedesse assim o Congresso, a norma constitucional seria sem propósito algum.

Assim, de acordo com Andrade, a Suprema Corte estabeleceu que

[...] (1) A Constituição escrita e rígida é suprema; (2) as leis contrárias não são verdadeiramente leis, ou seja, não valem como tais, porque implicam uma reforma material indevida no texto constitucional; (3) os tribunais judiciais devem decidir o conflito no marco de conhecimento da causa pendente de apreciação; (4) se uma lei afronta a Constituição, é dever dos tribunais decidir pela recusa de sua aplicação ao caso; (5) caso contrário, se destrói o fundamento da Constituição e alça poderes ilimitados ao Congresso.

Não é de outra forma que Marshall afirmara na decisão que caso o Congresso tivesse total liberdade de dar à Suprema Corte competência para julgar em segunda instância quando a Constituição diz que teria na qualidade de jurisdição originária, a distinção feita na Constituição sobre jurisdição originária e em grau de recursos seria letra vazia, tendo em vista que não se pode presumir que um texto previsto na própria carta constitucional tivesse sido promulgado pelos constituintes com a intenção de ser juridicamente vazio.¹⁶⁰

Dessa forma, Marshall finaliza sua argumentação afirmando que os poderes atribuídos ao Legislativo são limitados justamente porque a Constituição é escrita e que caso tais poderes fossem usurpados não haveria motivo para que a referida Constituição fosse escrita. Assim, qualquer disposição que seja contrária ao texto constitucional é incompatível com a lei maior, não podendo o Poder Legislativo alterar a Constituição através da legislação

¹⁵⁸ P. 158.

¹⁵⁹ HAMILTON; MADISON; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. P. 159.

¹⁶⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 161.

infraconstitucional e que, para isso, quando o Poder Judiciário presenciar duas leis conflitantes, deverá ele interpretá-las para averiguar qual está de acordo com a Constituição.¹⁶¹

3.3 O que se entende, afinal, por ativismo judicial e como ele se difere da judicialização da política?

3.3.1 Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial, Jurisprudência dos Valores e Ponderação Alexyana: o juiz “Humpty Dumpty” entre em cena

A partir do processo de redemocratização instaurado pela Constituição Cidadã de 1988 pode-se dizer que houve uma ruptura com o regime ditatorial militar que perdurou de 1964 a 1985, sendo claro em seu texto uma preocupação com preceitos clássicos e ao ideal de democracia por expor uma nítida relevância nos ideais de igualdade, liberdade, justiça social e dignidade da pessoa humana.¹⁶²

Com o passar dos anos, a atuação do Judiciário passou a ganhar cada vez mais relevância no atual cenário, seja no envolvimento em questões eminentemente morais em temas de alta controvérsia ou em temas sobre implementação de políticas públicas. Nesse cenário, expressões como “Judicialização da política” e “Ativismo judicial” são cada vez mais comuns no léxico popular e em decisões judiciais, porém, sem a devida precisão terminológica – se é que isso é possível.¹⁶³

Assim, em decorrência dos equívocos que permeiam tais posturas, é de suma importância para o presente trabalho que haja uma delimitação no que se refere às características de cada um dos fenômenos, tendo em vista que o ativismo judicial, que foi importado de maneira acrítica através do neoconstitucionalismo para o contexto brasileiro, acaba por contribuir para uma postura arbitrária por parte do judiciário.

Dessa forma, de início, será feita uma exposição acerca dos três aportes teóricos recepcionados no Brasil no período pós 1988 através do neoconstitucionalismo - o Ativismo Judicial, a Jurisprudência dos Valores e a

¹⁶¹ Idem. P. 163.

¹⁶² POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. **Apontamentos acerca da judicialização da política no Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P.04

¹⁶³ FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. **Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 825.

Ponderação Alexyana – para, logo após, se analisar a judicialização da política e as suas características.

3.3.2 Ativismo Judicial, Jurisprudência dos Valores e Ponderação Alexyana

Com Streck¹⁶⁴ é possível afirmar que o termo neoconstitucionalismo pode nos ter levado à equívocos, pois é através dele que percorremos um caminho que nos leva à Jurisprudência dos Valores e suas derivações axiologistas, temperadas por elementos analíticos-conceituais provenientes da ponderação alexyana.

Porém, a adoção do termo não foi de todo o mal, tendo em vista que o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”. De acordo com Streck¹⁶⁵, é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas que corromperam o próprio texto constitucional, pois sob a bandeira neoconstitucionalista se defende

Um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo* e *neopositivismo*.

Tudo isso porque acreditou-se ser a jurisdição a responsável pela incorporação dos verdadeiros valores que definem o direito justo. Dessa forma, STRECK acompanha o entendimento de Ferrajoli quando este acusa o neoconstitucionalismo como aquele que se caracteriza pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de normatividade fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação.¹⁶⁶

Assim, na visão de Streck, o neoconstitucionalismo representa a superação, no plano teórico-interpretativo, do paleojuspositivismo, na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores.¹⁶⁷

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 60.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P. 117-118.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 62.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 46; Assim, para evitar os equívocos terminológicos que incorporam o termo, Lenio Streck passa a nominar de Constitucionalismo Contemporâneo o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra, dando razão a Ferrajoli no que se refere ao fato de que não faz mais sentido de utilizar a expressão neoconstitucionalismo para mencionar a construção de um direito democraticamente produzido. Idem. p. 47 e FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do

Como já afirmado, com o advento da Constituição Federal de 1988, tivemos a experiência da positivação de diversos direitos fundamentais e um vasto catálogo de direitos sociais. Dessa forma, fica a seguinte pergunta: como olhar o novo com os olhos do novo? Esse questionamento se demonstra relevante na medida em que, com o advento da nova Constituição, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.¹⁶⁸

Dessa forma, diante da carência teórica pós 1988, os juristas lançaram mão de teorias consolidadas em solo exterior, fazendo uma recepção destas de maneira acrítica e sem levar em conta as especificidades do direito brasileiro. Dentre essas teorias, é possível citar o ativismo judicial, a Jurisprudência dos Valores e a Ponderação Alexyana, tendo todas elas um ponto em comum: o protagonismo judicial.¹⁶⁹

A discussão acerca do ativismo judicial – e de atitudes de autorrestrrição judicial - remonta ao início da Constituição Federal de 1988, quando o Brasil passou por um processo de redemocratização, tendo em vista o período ditatorial que perdurou por mais de mais de 20 anos em *terrae brasilis*.

Todavia, se compararmos a produção teórica brasileira acerca do presente tema, esta está recém engatinhando, tendo em vista que a primeira manifestação do termo “ativismo judicial” remonta à década de 40 do século passado nos Estados Unidos da América com o artigo publicado por Arthur Schlesinger Jr na revista *Fortune*, vol. XXXV, n.º 1, em janeiro de 1947, intitulado “The Supreme Court: 1947”.¹⁷⁰

Advogado, 2012. P. 63. Acerca da Jurisprudência dos interesses, TOVAR leciona que “A jurisprudência dos Interesses partia para um outro lado: o caráter prático da ciência do direito. [...] Havia, pois, uma inovação importante para a época, porquanto ao invés de ser utilizado o direito costumeiro ou a lei escrita, o critério de julgamento era um agir de modo a produzir a maior quantidade de bem-estar, de maneira que a lei escrita, na Jurisprudência dos Interesses, era apenas um meio para se atingir a finalidade maior, que é a busca pela orientação de uma vida social em conformidade com interesses legítimos. Tais interesses [...] dizem respeito às expectativas da sociedade ou mesmo das forças sociais, as quais veem resguardadas pelo legislador e inspiram a edição de textos legislativos. A Jurisprudência dos interesses promovia distinção entre a dimensão sintática do Direito ou o texto legislado e a dimensão material que dele pode ser extraída. Por isso identifica quais os interesses que levaram o legislador a criar a regra, tendo em vista a finalidade do direito. Uma postura diferente das vistas até então, porquanto presente um modelo interpretativo e aplicado que não se apega tão só ao plano sintático do texto legal. TOVAR ZEHURI, Leonardo. **Teoria do Direito e Decisão Judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: Juspodvum, 2018. P.106-107.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 57

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Azevedo Campos afirma que além de apresentar o termo pela primeira na história do constitucionalismo americano, “Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta com instituição vital ao país e à sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao

Dessa forma, através do artigo publicado pelo historiador supracitado, “[...] o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular.”¹⁷¹

Porém, como bem destaca Green¹⁷², Schlesinger falhou em explicar o que, na verdade, consiste o ativismo judicial e não logrou êxito em explicar se tal ativismo é bom ou ruim. E isso se dá pelo fato de que, como ressalta o próprio Craig Green, se deu de maneira extremamente rasa pois, como relembra o autor, Schlesinger tornou popular no léxico americano duas expressões: *Imperial Presidency* e *Judicial Activism*. A primeira expressão foi difundida em um livro de mais de 500 páginas, ao passo que a segunda se deu um artigo de revista, entre anúncios de Whisky.

Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de “ativistas judiciais” (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em uma posição intermediária, o presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson, e o juiz Stanley F. Reed não seriam plenamente caracterizáveis como desse ou daquele lado.¹⁷³

Após separar em grupos os juízes que compunham a Suprema Corte em 1947, Schlesinger afirmara que

“The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an

julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa se fator das decisões tomadas”. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.43. Da mesma forma Keenan Kmiec afirma que “one might expect that the term judicial activism first appeared in a respected judge’s dissent, or in a seminal law review article. This does not appear to be the case. Rather, somewhat fittingly, the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred in a popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-lawyer.” KMIIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1445-1446.

¹⁷¹ TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P.39.

¹⁷² GREEN, Craig. **An intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal, Atlanta, Vol. 58, No. 5, p. 1219, 2009.

¹⁷³ Ibid.

instrument to achieve desired social results; the second as na instrument to permit the other branches of government to achieve”¹⁷⁴

A partir dessa identificação da postura dos juizes que compunham a Suprema Corte, Schlesinger chega à conclusão de que “[...] os juizes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devam atuar ativamente na promoção de liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se, para tanto chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador. Ao contrário, os juizes campeões da autorrestricção judicial têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com deferência à vontade do legislador”.¹⁷⁵

Kmiec¹⁷⁶, comentando o artigo de Schlesinger, afirma que este, já em 1947, havia identificado uma relação entre direito e política no ativismo judicial, afirmando que, para os ativistas, a corte não pode escapar da política e, dessa forma, deveria ser permitido usar o poder político para alcançar propósitos sociais sadios.

Assim, como o direito estaria indissociavelmente ligado à política, não haveria uma resposta correta, tendo em vista que escolhas políticas seriam sempre inevitáveis.¹⁷⁷No outro espectro da corte tínhamos o grupo de Frankfurter-Jackson que, de maneira contrária ao grupo de Black-Douglas, defendia um ideal de autorrestricção que, para eles, era como uma abdicação de responsabilidade, pois esse grupo de juizes defendia uma deferência à compreensão legal da norma a partir do seu *Status quo*.¹⁷⁸

¹⁷⁴ KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1446.

¹⁷⁵ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.44.

¹⁷⁶ No idioma original: Schlesinger’s Judicial Activists believe that law and politics are inseparable. They see judicial decisions as “result-oriented”, because no result is foreordained. They adopt the famous Learned Hand dictum that “the words a judge must construe are empty vessels into which he can pour nearly anything he will. [...] according to the Judicial Activists, Schlesinger writes, “The court cannot escape politic: therefore, let it use its political power for wholesome social purposes”. KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1447.

¹⁷⁷ No texto original: There are no unassailable “right” answers, and policy concerns move to the forefront. “a wise judge”, if he accepts thiw philosophy, “knows that political choice is inevitable”. Ibid. Também em TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 39

¹⁷⁸ KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1447.

Para o grupo da “*self-restraint*”, que são extremamente céticos quanto o sentido individual de justiça dos juízes, a lei tem um sentido fixo, e o desvio desses sentidos é inapropriado, não importando quais grupos irão se beneficiar desse desvio.¹⁷⁹

Ademais, Kmiec¹⁸⁰ demonstra que

At its heart, then, the Frankfurter-Jackson school seeks "to resist judicial supremacy, either of the right or of the left, in the name of deference to the legislative will and rests on faith in the separation of powers and the democratic process. The Champions of Judicial Restraint, according to Schlesinger, understand the judicial role much as Justice Holmes did "If the legislature makes mistakes, it is up to the legislature to remedy them. Any other course will sap the vigor of our democracy by encouraging legislatures in an irresponsibility based on a expectation that the courts will backstop their wild pitches.

Imperioso destacar que, na interpretação de Vischinkeski, o artigo de Schlesinger peca no sentido de que haveria uma imprecisão terminológica da expressão acerca desta ser positiva ou negativa, e qual seria a melhor postura, seja no ponto de vista político ou jurídico¹⁸¹, pois o próprio autor americano afirma que o ativismo se justificaria caso ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos.¹⁸²

A análise feita por Schlesinger se dá no período chamado de Era Moderna¹⁸³, tendo como grande ponto de referência a corte Warren. Assim, Barcelos¹⁸⁴ afirma que

A Corte se envolveu em vários casos famosos, os quais abarcam assuntos como, por exemplo, segregação racial, reordenação de distritos federais, liberdade de expressão e casos criminais. A corte de Warren tinha tendências liberais, prova disso é o caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, no qual foi declarada inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas do Sul; e no caso *Gideon vs Wainright*, de 1963, que acabou por impor ao Estado o Custeio da defesa judicial daqueles cidadãos sem condições para com ela arcar.

Todavia, com o passar do tempo, conforme afirma Vischinkeski,¹⁸⁵ a postura ativista passou a ser incorporada pelos demais tribunais americanos e

“durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais. O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do *New Deal*, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid. p. 1448.

¹⁸¹ TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 39.

¹⁸² AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.48-49.

¹⁸³ WOLFE, Christopher. **From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in America**. Washington: The Heritage Foundation, 2006.

¹⁸⁴ BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review. O nascedouro do controle judicial de constitucional, de Sir Edward Coke a John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018. P.252.

¹⁸⁵ TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 40.

de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação.”

Continua o referido jurista gaúcho afirmando que

“[...] No governo do presidente Lyndon Johnson, o *Civil Rights Act*, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente se encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes.”¹⁸⁶

Assim, foi nesse contexto que surgiram as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação.¹⁸⁷

Nesses primeiros parágrafos já é facilmente percebida a importância que diz respeito ao estudo do direito comparado, tendo em vista que a análise dos sistemas da *common law*, com o devido destaque para o modelo inglês e americano, e da *civil law* são de extrema importância para a compreensão do fenômeno do ativismo judicial.

Eis a grande importância do estudo acerca da jurisdição constitucional: tendo em vista que esta é considerada um poder-dever do Estado, que é exercido através de órgãos jurisdicionais a partir de critérios previamente fixados pela Constituição e por normas infraconstitucionais, é possível que litígios sejam resolvidos com respeito aos princípios e regras constitucionais.¹⁸⁸

Nesse sentido Junior¹⁸⁹ explica que

A jurisdição constitucional diz respeito à atividade jurisdicional do Estado que tem por objeto a tutela das liberdades públicas, consubstanciada nos chamados remédios constitucionais e também o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos instituídos pelo Poder Público, tudo para que sejam observados, de maneira rigorosa, os preceitos constitucionais vigentes.

Nesse sentido, tem-se que a análise do ativismo judicial diz respeito a uma análise do papel conferido ao Poder Judiciário, e tal fenômeno terá variações a depender do papel institucional atribuído ao Judiciário em cada um desses sistemas acima escritos.

¹⁸⁶ TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012. P. 40.

¹⁸⁷VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson. **Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo. V. 8. P.037-058. P. 40.

¹⁸⁸JUNIOR, Gilberto Andreassa. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário.** Curitiba: Juruá Editora, 2015. P. 19

¹⁸⁹ Idem.

Acerca do sistema da *Common Law*, este será analisado em momento oportuno, quando se tratar acerca do sistema acusatório na segunda parte deste trabalho.

No que se refere ao sistema da *Civil Law*, tem-se que o referido termo pode ser compreendido de três formas distintas. A primeira diz respeito ao Direito Romano, designando um ramo do direito que era aplicado somente aos cidadãos romanos, ao passo que o *ius gentium* seria aplicado aos não-romanos. O segundo data do período da idade média, em que o direito civil era utilizado como meio de distinguir o Direito Romano do Direito Canônico da Igreja Católica. Por fim, no direito internacional o termo *civil law* é utilizado para designar um sistema legal adotado por países da Europa Continental, sendo que todos os países têm em comum a influência do Direito Romano.¹⁹⁰

Porém, há de se destacar que o sistema da *civil law* restou consolidado a partir da revolução francesa de 1789, tendo em vista que o poder de criação do direito foi passado do Judiciário para o Legislativo, em decorrência do fato de que a classe de juízes na França era aristocrática e não tinham o menor comprometimento com os ideais revolucionários de igualdade, fraternidade e liberdade. Dessa forma, foram utilizados os argumentos de Montesquieu para se admitir a separação dos poderes e estabelecer uma clara separação entre as funções do Legislativo e do Judiciário.¹⁹¹

Nesse sentido, Junior¹⁹² afirma que

Foi em meio a esse cenário que, em 1804, Napoleão Bonaparte, então cônsul da França, promulgou o Code Civil Francês, que também ficou conhecido como Código de Napoleão, quando ele tornou-se imperador. Esse Code tratava, basicamente, do direito privado que se aplicava a toda sociedade, excluindo áreas, como o direito comercial, que era aplicável a um grupo específico de pessoas. Separado também foi o Código de Processo Civil (1807), Código Criminal (1811) e Código de Processo Criminal (1811).

¹⁹⁰ JUNIOR, Gilberto Andreassa. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. P. 23.

¹⁹¹ JUNIOR, Gilberto Andreassa. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. P. 24.

¹⁹² Idem.

Quando abordamos uma possível aproximação¹⁹³ entre o sistema da *civil law* e da *common law*, Cappelletti¹⁹⁴, por exemplo, afirma que as conclusões por ele desenvolvidas em “Juizes Legisladores”¹⁹⁵, no que se refere ao ativismo judicial, se aplicam a ambos os sistemas jurídicos, tendo em vista que a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época aplicam-se a ambas as famílias jurídicas.

E tal fato é facilmente verificável quando analisamos o momento em que um juiz da *common law* está diante de um precedente, pois ele se comportará praticamente da mesma forma que um magistrado da *civil law* iria se portar diante da Constituição e/ou da lei:

Primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento, pois podem entender que a norma dele inferida não é aplicável à controvérsia atual, em razão de diferenças relevantes no respectivo material fático (a técnica do *distinguishing*); em segundo lugar, procede-se ao refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ela acoplada ou até mesmo o reconhecimento de sua revogação, total ou parcial, do precedente (a técnica do *overruling*); finalmente, na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso sub judice, o juiz ou o tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common law*, no raciocínio analógico ou na equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de *civil law*, mas com a

¹⁹³ Sobre a questão da aproximação entre os dois sistemas, DAVID afirma que “Os países romano-germânicos e de direito consuetudinário tiveram numerosos contatos uns com os outros ao longo dos séculos. Em toda a parte a lei foi influenciada pela moralidade cristã e, a partir da Renascença, as doutrinas filosóficas prevalentes trouxeram o individualismo, o liberalismo e a noção de “direito subjetivo” para o primeiro plano. A *common law* preserva hoje uma estrutura muito diferente da estrutura do sistema romano-germânico; O papel, no entanto, hoje assumido pelo direito e a importância do direito da Comunidade Europeia tendem a aproximar-se dos métodos utilizados em ambos os sistemas. Em particular, o estado de direito tende cada vez mais a ser conceituado em países de *common law* da mesma forma que em países pertencentes à família romano-germânica. Em termos de substância, as duas famílias propõem frequentemente soluções bastante semelhantes, inspiradas na mesma ideia de justiça. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey. P. 16.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1984. Pgs. 111-128.

¹⁹⁵ CAPPELLETTI, na obra “Juizes Legisladores”, na quarta parte da referida obra, defende a expansão da criatividade judiciária nas sociedades modernas, no sentido de que se faça uma investigação e análise objetiva das razões que justificam posturas mais ativas dos juizes em determinadas épocas. Nos Estados Unidos, de acordo com a visão do jurista, a tendência das últimas três décadas justificaria uma postura de prudência ou de *judicial restraint*, ao passo que em países ancorados no sistema da *Civil Law*, como o Brasil, Grã-bretanha, Itália e a Austrália, a situação seria o contrário. Defende o autor italiano que deveria ser examinadas questões como: que tipo de judiciário existe em determinado país e qual o seu grau de independência em relação ao executivo? Como são organizados e operam os tribunais superiores? É realístico esperar que tais cortes exerceriam, de maneira razoável, mais alto grau de discricionariedade que lhe fosse atribuído? Quais seriam as reações a tal discricionariedade e o vigor dos preconceitos contrários? Existe desequilíbrio na distribuição dos poderes e, em caso afirmativo, é realístico esperar que os juizes possam e desejem lançar, por assim dizer, o próprio peso sobre o prato da balança, para alcançar melhor equilíbrio? CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P. 112-114.

relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adotada por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo.¹⁹⁶

Porém, em que pese o acima exposto, Cappelletti¹⁹⁷ realiza uma breve exposição abordando as principais diferenças das cortes dos sistemas da *Civil Law* e *Common Law*, afirmando o seguinte:

- a) De acordo com o referido jurista, as cortes superiores da *Civil Law* possuem grandes diferença em relação àquelas de países de tradição da *Common Law*, principalmente no que se refere a estrutura, tendo em vista uma ausência de unidade. Isso se verifica pela divisão entre turmas ou câmaras para julgar casos cíveis ou penais. Além disso, cada uma dessas cortes possui uma grande quantidade de juízes, chegando a centenas, o que acarreta na divisão dessas cortes em seções que decidem de maneira independente das demais. Nesse sentido, Cappelletti afirma que uma das consequências se traduz no enfraquecimento da própria autoridade dos tribunais e de suas decisões, autoridade essa que é menor em relação às cortes dos países da *Common Law*;
- b) A segunda característica, de acordo com Cappelletti, é uma consequência da primeira, tendo em vista que nos países ancorados na tradição da *Civil Law* há um princípio processual que impede a possibilidade de os Tribunais Superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levados a seu julgamento. A consequência é que, de acordo com o relato do jurista citado, as cortes superiores encontram-se inundadas de recursos, o que acarreta, dessa forma, na grande quantidade de juízes e da pluralidade de seções;
- c) No que se refere à terceira diferença entre os referidos sistemas, o autor afirma que há uma peculiaridade do sistema da *Civil Law* que tende a reduzir ou “maquiar” o poder criativo dos juízes, e isso se dá pelo fato de que no sistema da *Civil Law* os juízes são de carreira, ou seja, há uma necessidade de se prestar concurso público para ser investido no cargo, além do fato de que, diante da possibilidade de ascender na carreira, devem demonstrar um alto desempenho e antiguidade. No que se refere a tais juízes, no entendimento do autor, estes tendem a não se colocar em evidência, preferindo se valer de

¹⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 108.

¹⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P. 116-128.

posturas técnicas do que valorativas. Isso significa dizer que a criatividade dos juízes da *Civil Law* é mais oculta e atenuada, diferente do que acontece com os juízes da *Common Law*, que são investidos nos cargos mediante escolha política;

- d) A quarta diferença, nos termos propostos por Cappelletti, diz respeito ao fato de que nos países da *Civil Law* falta algo semelhante ao *stare decisis*, presente na *Common Law* e que representa o vínculo aos precedentes judiciais. De acordo com o jurista, essa necessidade é real justamente pelo fato de que, como já afirmado, há uma estrutura mais diluída dos tribunais, um número gigantesco de decisões irrelevantes que fazem com que as decisões relevantes caiam no esquecimento. Todas essas características fazem com que a autoridade das decisões judiciais seja menor na *Civil Law* do que na *Common Law*;
- e) Por último, Cappelletti identifica que nos países da *Civil Law* o direito tende a ser identificado com a lei, o que acarretaria na consequência de que em face de uma lacuna legislativa o juiz aplicaria a lei no momento em que supre a lacuna através de argumentos analógicos ou contrário a própria lei, ou dos princípios desta extraídos, ao passo que na *Common Law* o direito legislativo é visto como fonte excepcional de direito, tendo em vista que, além da lei, há ainda a “*Common Law*”.

Essas (des)aproximações entre o sistema da *common law* e *civil law* servem para demonstrar que a identificação de uma postura ativista por parte do magistrado resta muito mais difícil de ser identificada no sistema da *civil law* do que no sistema da *common law*, postura essa que deve ser repelida.

Além disso, não seria um exagero afirmar que o sistema da *common law* (direito anglo-saxônico), a atuação do juiz está muito mais próxima da do legislador do que no sistema da *civil law* no que se refere a produção de normas jurídicas. Isso se dá pelo fato de que a partir de decisões judiciais, os tribunais ingleses e americanos podem realizar a revogação de precedentes que até aquele momento eram parâmetros a serem observados, tendo em vista que haveria, em tese, uma discricionariedade conferida ao Tribunal de Apelação ou Superior para declarar

overruled um precedente declarado por ele próprio, passando a fazer parte do ordenamento o novo ato normativo vinculante.¹⁹⁸

Em que pese o fato de o estudo do ativismo judicial estar muito mais avançado nos Estado Unidos, é possível afirmar que o referido termo não é de conceituação simples, devido a ampla divergência de, por exemplo, autores nacionais com as mais variadas posturas acerca do que pode vir a ser considerado uma postura ativista.

Porém, como bem ressalta Melo Filho¹⁹⁹, há de se ter em mente que o ativismo não se confunde com a judicialização da política, tendo em vista que o ato de se judicializar algo única e exclusivamente diz respeito a levar certa demanda à apreciação do Poder Judiciário, sendo que tal fenômeno pode ser visualizado tanto de maneira quantitativa, no que se refere a quantidade de demandas que batem nas portas do Judiciário, ou de maneira qualitativa, dizendo respeito a determinadas matérias que, via de regra, são polêmicas.

No que se refere à judicialização da política, este tema será tratado no próximo tópico de maneira mais profunda. Porém, há de se mencionar que a judicialização no âmbito qualitativo se dá, na maioria das vezes, nas instâncias superiores quando o tema em análise diz respeito ao controle judicial das políticas públicas, religião, leitura moral da Constituição e política criminal. Ou seja, a judicialização, tanto quantitativa ou qualitativa não se trata de uma opção dos juízes, mas sim uma mera constatação.²⁰⁰

Dessa forma, como será possível verificar no próximo tópico, não há grandes dificuldades em se averiguar no que consiste a judicialização da política, porém, o mesmo não ocorre com o ativismo judicial, tendo em vista que, como já afirmado, a discussão envolvendo essa problemática é relativamente nova no Brasil, remontando a constituição de 1988.

Nesse sentido Melo Filho²⁰¹ afirma que

¹⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 110.

¹⁹⁹ MELO FILHO, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2019. P. 16.

²⁰⁰ MELO FILHO, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2019. P. 17.

²⁰¹ Idem. P.21. [...] as experiências históricas que nos foram legadas e que permitem desenvolver um conceito de *ativismo judicial* não apontam para o “bem” ou para o “mal” das atividades desenvolvidas sob este signo. Certamente, o que temos de modo substancial sobre o tema são as experiências oriundas dos Estados Unidos e da Alemanha. No contexto norteamericano, como nos lembra Christopher Wolfe, em seu *The rise of modern Judicial Review*, o ativismo judicial pôde nomear desde

[...] a expressão tem apresentado acepções diametralmente opostas, ora positivas, representando o progresso dos Tribunais na atividade de concretizar valores e fins constitucionais; ora negativas, traduzindo exercício impróprio do poder judicial, com invasão nas esferas de competência do Legislativo e Executivo. Assim, a comunidade acadêmica encontra-se bipartida. De um lado, uma posição conservadora, por meio da qual o ativismo seria espécie execrável de autorização para que as decisões fossem orientadas por opiniões pessoais ou voluntárias sobre temas de competência dos demais poderes. E, de outro, uma visão pretensamente progressista, que advogaria um método alegado legítimo de exercício da função jurisdicional para o fim de suprir lacunas decorrentes da omissão geral ou parcial dos demais poderes.

O ativismo, como bem ressalta Azevedo Campos²⁰², é mais criticado do que elogiado. De acordo com o magistério do autor acima mencionado, para a maioria dos estudiosos do tema, o juiz ativista é sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação dos poderes, fazendo com que, dessa forma, o termo também possa ser compreendido como “excesso judicial” ou “arbitrariedade”. Assim, acerca da dificuldade de se chegar a um conceito de ativismo judicial, é possível afirmar que isso se dá em decorrência de tal postura de certos magistrados ser conceitualmente maleável, tendo em vista que conservadores e liberais – no contexto americano, principalmente – tendem a acusar determinadas decisões judiciais como ativistas quando estas vão contra as suas ideologias políticas.

Além do mais, a problemática envolvendo a definição do ativismo judicial passa, de uma forma ou de outra, com a questão envolvendo o conceito de direito, ainda mais quando tomamos, por exemplo, uma postura ativista baseada num afastamento dos padrões interpretativos por parte do Supremo Tribunal Federal. E a situação piora

as posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial e impediram as transformações econômicas que o *new deal* de Roosevelt tentava operar na primeira metade do século 20, até as posturas tidas como progressistas ou liberais da *Corte de Warren* na década de 1960. Na Alemanha, como já afirmamos, a atividade do Tribunal Constitucional Federal também chegou a ser classificada por alguns autores como ativismo judicial, originando a corrente chamada *jurisprudência dos valores* [...]. Em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado *ativismo judicial*. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um ‘terceiro turno da constituinte’. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 19 jun. 2021. P.04.

²⁰² AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 149-150.

quando há uma multiplicidade de cortes, cada uma com a sua história institucional, ficando, inclusive, difícil reconhecer tais padrões interpretativos.²⁰³

Todavia, há de se ter em mente que a Constituição, ao menos em um Estado Democrático de Direito, é o padrão interpretativo a ser seguido pelos magistrados nos mais diferentes níveis da estrutura do Poder Judiciário. Em que pese a Constituição seja o padrão interpretativo, não está aqui a se falar de uma postura robotizada por parte do magistrado e ausente de interpretação. Nesse ínterim, o juiz ativista seria aquele que tem como objetivo ir além dos limites impostos pela Constituição, tentando criar padrões interpretativos ou interpretando de maneira que na atualidade não se considera mais legítima a interpretação da norma.²⁰⁴

E é justamente em decorrência disso que, por exemplo, o Direito Europeu desenvolveu um robusto modelo de Justiça Constitucional com grande foco em uma Corte Constitucional que possui como função primordial a discussão acerca da própria interpretação constitucional²⁰⁵. Porém, esse ponto revela um grande problema que afronta o estudo acerca do ativismo judicial: o tratamento do ativismo judicial como sinônimo de controle de constitucionalidade.

Há de se mencionar que a discussão acerca de uma postura proativa por parte do juiz e a sua relação com o controle de constitucionalidade remonta à Sir Edward Coke, porém, a robustez teórica acerca do exercício da jurisdição constitucional, mormente o controle de constitucionalidade, diz respeito à decisão proferida em *Marbury v. Madison* por John Marshall.

Por óbvio, em que pese a importância do controle de constitucionalidade, que confere aos juízes a capacidade de declarar inconstitucionais atos normativos, o referido mecanismo não é isento de críticas, dentre elas, a relação que alguns juristas fazem do controle de constitucionalidade com o ativismo judicial.

Acerca da relação do controle de constitucionalidade com o ativismo judicial, há de se mencionar que há uma parcela da doutrina estrangeira e nacional que defende que o ativismo pode ser mensurado a partir da quantidade de julgamentos pela inconstitucionalidade de leis de determinado Tribunal. Ou seja, quanto maior o

²⁰³ MELO FILHO, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2019. P. 59-60.

²⁰⁴ Idem. P.60.

²⁰⁵ Idem.

número de leis invalidadas, maior a probabilidade de ativismos por parte de determinada Corte Suprema.²⁰⁶

Kmiec²⁰⁷, todavia, afirma que a invalidação de atos normativos, por si só, não pode significar ativismo judicial, e dá como exemplo fictício uma lei em que o Congresso Americano impusesse uma religião oficial para o Estado. Caso o Tribunal invalidasse tal lei, não incorreria em ativismo, tendo em vista que claramente ela seria inconstitucional.

Não só Kmiec, mas também Green²⁰⁸ chega a mesma conclusão, afirmando que

[...] even empiricists know that not every statutory invalidation is activist. Yet without a more nuanced definition, no one can determine whether a few, many, or most judicial decision striking down statutes are truly activists. An example will illustrate both points: If Congress banned political sedition, or authorized the race-based punishment of American citizens, courts would not be “activist” in annulling such statutes.

Da mesma forma que os autores americanos acima citados, a doutrina brasileira majoritariamente compactua com a tese de o controle de constitucionalidade, por si só, não representa uma postura ativista por parte do juiz. Dentre os representantes da corrente majoritária, tem-se Trindade²⁰⁹, que afirma que

[...] muito embora as diferentes experiências que caracterizam a jurisdição constitucional norte-americana, verifica-se que a discussão acerca da interferência do Poder Judiciário nas outras esferas atravessa as três eras apresentadas por Wolfe (1994), o que permite concluir que o ativismo judicial pode assumir as mais diversas formas, não devendo ser relacionado, exclusivamente, com a intervenção exercida, positivamente, pela Suprema Corte

Além disso, há de se ressaltar que foi a partir da Constituição de 1891, em seus artigos 59, 1º e 60, que restou autorizado ao Poder Judiciário realizar a análise da validade constitucional de leis e atos normativos. A evolução do controle de constitucionalidade na legislação constitucional será analisada em tópico específico.

²⁰⁶ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 160.

²⁰⁷ KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1464.

²⁰⁸ GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, No. 5, p. 1219, 2009.

²⁰⁹ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: as experiências norte-americanas, alemã e brasileira**. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011.

Ou seja, o próprio direito constitucional, com o passar dos anos, foi concedendo ao Poder Judiciário a competência para o exercício do controle de constitucionalidade e de anular as leis consideradas como inconstitucionais. Nesse ínterim, o mero exercício da Jurisdição Constitucional não pode ser considerado como o exercício do ativismo judicial tanto no Brasil como nos Estados Unidos, tendo em vista que, não raras as vezes, os motivos que fundam o exercício do controle de constitucionalidade se dão baseado em critérios legítimos.²¹⁰

Porém, seja no exercício do controle de constitucionalidade ou mediante o mero exercício da judicatura, a concepção de ativismo em decorrência de julgamento orientado pelo resultado é, sem sombra de dúvida, a concepção mais difundida e combatida.

No julgamento orientado pelo resultado ocorre o envolvimento político-ideológico do juiz, tendo em vista que este magistrado desempenha a função jurisdicional a partir de seus valores pessoais que são, dessa forma, inseridos na decisão judicial. Tal postura por parte de alguns juízes demonstra a sua falta de compromisso com a imparcialidade, que é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, ao passo que ao se valer das suas íntimas convicções o que ocorre, em verdade, é uma politização da justiça.²¹¹

²¹⁰ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. P.35

²¹¹ Idem. P. 58-59. O termo “politização da justiça” foi difundido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em um artigo publicado no ano de 1994 intitulado “Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça”. No referido artigo, Manoel Gonçalves afirma que a Constituição de 1988 empregou o termo controle para designar a atividade que exerce o Judiciário. Além disso, o mesmo autor expõe que o referido termo pode ser compreendido de duas formas: uma fraca e outra forte. Na forma fraca, que advém da língua francesa, controle tem o sentido de fiscalização, ao passo que na forma forte, controle vem da língua inglesa, transparecendo a ideia de comando. Dessa forma, o autor expõe aquilo que é senso comum no estudo acerca da judicialização da política: o fato de que o Judiciário goza de uma confiabilidade maior em relação aos poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista que estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, a qual os encara como corruptos que não trabalham pelo bem comum. Porém, de acordo com o autor, a Judicialização da política tem como outro lado a politização da justiça, a qual consiste no fato de que magistrados guiam seus votos e decisões com base na opinião pública – leia-se “meios de comunicação de massa”-. Assim, o autor afirma que “A politização da justiça é desejada por muitos no Brasil atual. São os que batalham para a adoção do “controle externo” do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra. Trata-se de politizar a justiça no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando - perdoe-se o pleonasma - no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial. E em favor disto invoca-se a democracia. Os juízes não são eleitos pelo povo, constituem uma aristocracia. Devem ser controlados pelos representantes desse povo. Exatamente o contrário do que deseja a elite bem pensante que, talvez sem perceber, é aristocrática...”

Kmiec²¹² também aborda a questão envolvendo o julgamento orientado pelo resultado, afirmando que essa espécie de ativismo judicial possui um elemento científico, tendo em vista que, conforme expõe a partir do pensamento do Juiz Diarmuid O'Scannlain, o ativismo judicial não significa apenas a falha em agir com deferência ao legislativo, mas sim quando o juiz tem motivos ulteriores para decidir de determinada maneira e quando a decisão se afasta de uma certa "linha de base" de correção.

O mesmo juiz segue afirmando que o ativismo judicial nem sempre é facilmente detectado, tendo em vista que os elementos fundantes do ativismo judicial são subjetivos ou desafiam uma definição clara e concreta. Raramente há evidências claras de um motivo ulterior, e pode ser extremamente difícil estabelecer um referencial não controverso pelo qual avaliar o quão longe da decisão 'correta' o juiz supostamente ativista se afastou.²¹³

Ou seja, em que pese as manifestações que podem ser consideradas ativistas acima explicadas e acompanhando o raciocínio desenvolvido por RAMOS²¹⁴, tem-se que uma concepção amplamente difundida do ativismo judicial seria que este seria uma deturpação das funções do Poder Judiciário, invadindo a esfera de atuação do Poder Legislativo.

A questão envolvendo a invasão, por parte do Poder Judiciário, na esfera de atuação do Poder Legislativo esbarra, por consequência óbvia, nos fundamentos da separação dos poderes desenvolvidos por Montesquieu, no século XVIII.

Mas a verdade é que o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (1994). **Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça**. *Revista De Direito Administrativo*, 198, 1-17. P. 15-16.

²¹² KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1476.

²¹³ Idem.

²¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 283-284. Acerca da invasão da esfera de atuação do Poder Legislativo, KMIEC a refere, em determinadas situações, como sendo um exercício do chamado "Judicial Legislation", e isso se dá quando, de acordo com ele, juízes legislam em suas decisões. Porém, em que pese o fato de que ele assumia, citando outros autores, que pode ser conveniente em algumas circunstâncias, porém, ele concluiu pelo rechaçamento desta forma de ativismo judicial, pois os tribunais são o ramo menos competente para fornecer soluções de longo alcance aceitáveis para o público. KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477. P. 1472.

De acordo com Ramos²¹⁵, o princípio da separação dos poderes parte da premissa de que as funções desempenhadas pelo Estado devem ser distribuídas para que a consecução dos fins estatais possa ser legitimamente alcançada. Nesse sentido, não há que se impugnar o modelo proposto por Montesquieu, tendo em vista que este data do século XVII e que, por exemplo, no Brasil, há a implementação do Estado Democrático de Direito e com os olhos voltados para o *Welfare State*.

Além disso, tais atribuições, em respeito ao princípio da separação dos poderes, devem ser atribuídas a Poderes independentes entre si, estando a tais poderes vedado a participação em funções estranhas às atribuições a eles determinadas. Porém, há de se reconhecer que cada um desses Poderes deve exercer suas atribuições predominantemente, sendo permitido certo nível de compartilhamento de funções. Todavia, em que pese a possibilidade de compartilhamento nos casos e termos prescritos pela Constituição, sempre haverá um núcleo essencial das funções dos Poderes, núcleo esse que não pode vir a ser exercido por outros Poderes.²¹⁶

Dessa forma, Ramos²¹⁷ afirma que

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem limitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição ou órgão superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Porém, como bem relembra Barcelos, a questão do ativismo judicial não é um fenômeno local, especialmente quando abordamos o período pós-Segunda Guerra no Tribunal Constitucional Alemão e da Jurisprudência dos Valores. Com o término da Segunda Guerra Mundial, foi imposta à Alemanha uma nova Constituição sem a participação popular e com uma característica muito clara: uma legalidade extremamente fechada.²¹⁸

²¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 115.

²¹⁶ Idem. 115-118.

²¹⁷ Idem. P. 119.

²¹⁸ BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review. O nascedouro do controle judicial de constitucional, de Sir Edward Coke a John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018. Pgs. 255-257. TRINDADE, acerca da jurisprudência dos valores, afirma que “[...] logo após final da guerra, em 1946, quando Gustav Radbruch reformula seu pensamento, em razão da experiência sem precedentes proporcionada pelo regime nazista, e publica um polêmico artigo [...] através do qual busca a superação do positivismo, sob o argumento de que tal matriz teórica é incapaz de tratar da questão

Foi nesse contexto que ocorreu a promulgação da Lei Fundamental de Bonn e a consequente postura estratégica do Tribunal Constitucional Alemão, ante a imposição da referida Constituição, postura essa que ficou conhecida como a já mencionada jurisprudência dos valores, a qual é um movimento de atividade exercido pelo referido Tribunal e que evidencia um forte protagonismo judicial com o escopo de romper com a ordem jurídica constitucional imposta pelos aliados.²¹⁹

Nesse ínterim, a Jurisprudência dos valores pregava a existência de um direito distinto daquele ideário legalista exegético. Ou seja, o direito deixaria de ser concebido como lei para passar a ser compreendido como uma ordem positiva de valores, ao passo que a decisão prolatada pelo magistrado estaria orientada por tais valores e que, de uma forma ou de outra, autorizaria o juiz a ir além daquilo que se encontrava no próprio texto legal.²²⁰

Assim, a jurisprudência dos valores tinha como objetivo, por intermédio da invocação dos “valores do povo alemão” legitimar uma Constituição que foi criada sem a participação desse povo como uma nítida tentativa de se propiciar a aberturar de uma legalidade fechada. Streck²²¹ afirma que a Jurisprudência dos do Valores pode ser considerada como uma continuação da Jurisprudência dos interesses, pois

da validade por causa da separação que estabelece entre direito e moral. [...] Radbruch reitera que o direito deve ser entendido como uma ordem ou instituição cujo sentido é servir à justiça, pode ser dividido em duas partes: na primeira, o autor comenta as consequências da *legalidade* do regime nazista, descrevendo casos que exemplificam esta problemática; na segunda, o autor concentra-se na superação do positivismo jurídico – que não consegue explicar a validade das leis –, apresentando sua conhecida fórmula *injustiça extrema não é direito* – segundo a qual a maior parte do *direito* produzido pelo regime nazista não mereceria sequer a qualidade de direito –, aplicada pelos tribunais alemães do segundo pós-guerra e adotada, mais recentemente, por Robert Alexy. Tais mudanças implicam o surgimento de novas propostas jusfilosóficas dispostas a reconhecer o fracasso do direito – o que se verificara, lamentavelmente, durante os regimes totalitários – e, então, repensar o seu sentido e vínculos com o agir humano, levando em conta a necessidade de se afirmar sua autonomia, sobretudo em relação à política, para além dos procedimentos lógico-formais que tentavam garantir as especificidades do direito.” TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. P.144-145.

²¹⁹ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. P.145.

²²⁰ TOVAR ZEHURI, Leonardo. **Teoria do Direito e Decisão Judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: Juspodvum, 2018. P. 112. TOVAR ainda vai além, afirmando que “la-se além de textos, abrindo-se espaço para a *razão prática*, de forma que se pode afirmar que a Jurisprudência dos Valores faz ressurgir a imbricação existente entre a ética e direito e cria, desta forma, o ambiente à virada kantiana, bem como ao resgate das teorias dos direitos fundamentais e da justiça”. Idem.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. Pgs. 116-117.

Diferenciam-se apenas diante do caráter sociológico desta (interesses em conflito que levaram o legislador a editar a norma), ao passo que aquela possui um caráter mais filosófico, voltado a identificação dos valores em conflito naquele caso.

Todavia, como leciona Barcelos²²²,

Ao buscar fundamentos para a decisão em valores tidos como absolutos, os quais constituiriam os princípios norteadores da aplicação do direito, é inevitável uma apropriação subjetiva destes valores por parte do intérprete. Tais valores serão condicionados, em sua explicitação, pela historicidade do juiz, uma vez que este os interpreta para compreendê-los. A simples suposição de que tais valores existem e servem de ponto de partida para a construção da ordem jurídica, sem que haja a devida institucionalização destes no direito, quando evocados para legitimar uma decisão, esta será sempre calcada em argumentos de valores, os quais assumem maior importância que os argumentos de direito, como se estes valores, que no final serão a expressão arbitrária do julgador, estivessem acima da política que institui o direito.

Em sentido de continuidade ao exposto por Barcelos, Trindade²²³ leciona que quando na fundamentação de suas decisões, os Tribunais, mas principalmente o Tribunal Constitucional Alemão, passaram a se valer de argumentos fundamentados em princípios axiológicos, buscando estabelecer um direito que ultrapassava os limites da lei e, para tanto, foram criados mecanismo como as cláusulas gerais e os enunciados abertos, além de uma proliferação em massa de princípios, para que fosse possível justificar, na prática, suas decisões.

Assim, o referido professor afirma que é possível distinguir dois momentos distintos da jurisprudência dos valores:

(a) no primeiro, há uma espécie de *restauração* do jusnaturalismo – fundada em uma *ontologia de valores*, nos termos propostos por Max Scheler e Nicolai Hartmann, ou em uma *filosofia transcendental dos valores*, conforme sustentava Gustav Radbruch, adotando a linha neokantista da Escola de Baden –, que afirmava a existência de conteúdo axiológico ou ético-material de natureza suprapositiva como fundamento constitutivo do direito

(b) no segundo, por sua vez, ocorre a construção de mecanismos e procedimentos – e, aqui, surge a *ponderação de princípios (Abwägung)*, mais tarde aperfeiçoada por Alexy – capazes de justificar racionalmente as decisões e, assim, afastar a crítica do relativismo, tendo em vista que sua finalidade é, precisamente, minimizar a discricionariedade da atividade jurisdicional.²²⁴

Dessa forma, Robert Alexy tentou racionalizar a jurisprudência dos valores com a sua teoria da argumentação, a qual recebeu uma leitura superficial por grande parte da comunidade jurídica brasileira. É justamente por isso que se diz que no

²²² BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review. O nascedouro do controle judicial de constitucional, de Sir Edward Coke a John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018. P. 259.

²²³ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. P.146.

²²⁴ Idem. P. 147.

neoconstitucionalismo existem mais princípios do que regras e, conseqüentemente, mais ponderação e menos subsunção e que casos difíceis se resolvem na base da ponderação e os fáceis com a subsunção.²²⁵

Nesse ínterim, da jurisprudência dos valores os teóricos brasileiros tomaram emprestado somente o cerne desta, ou seja, de que a Constituição é uma ordem concreta de valores e que é o papel do intérprete de encontrar e revelar esses interesses ou valores.²²⁶

Assim, Sreck²²⁷ afirma que

No modo como a ponderação vem sendo convocada e “aplicada” no Brasil, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”, misturando-se, por vezes, à Jurisprudência dos Valores. [...] Por sinal, a não superação da discricionariedade é reconhecida pelo próprio Alexy, no posfácio que compõe a edição da tradução para o português, corroborando, assim, aquilo que importantes adeptos de sua teoria da argumentação, como Prieto Sanchís e Manuel Atienza, já afirmavam/aceitavam de há mutio. Esse é o ponto que liga a teoria alexyana ao protagonismo judicial, isto é, o sub-jectum da interpretação termina sendo o juiz e suas escolhas.

Nesse sentido, Lenio Streck concorda com FERRAJOLI²²⁸ quando este afirma que a ponderação fragiliza a força normativa da constituição, ficando claro que ao se apostar na ponderação de valores, o neoconstitucionalismo busca superar a forma exegética do positivismo.

3.3.3 Judicialização da política: uma situação contingencial

Antes de tudo, é importante frisar dois pontos que serão vitais para a compreensão da judicialização da política, quais sejam: se está a tratar de um fenômeno que possui uma interação entre Direito, Política e Judiciário²²⁹ e que no Poder Judiciário reina a máxima latina *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor), o que significa dizer que o magistrado somente poderá agir mediante provocação da parte interessada.²³⁰

²²⁵ FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 71-72.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis***. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. P. 10.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 153.

²²⁸ Idem. p. 75

²²⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P.28

²³⁰ ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicação? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde**. Revista de Saúde Coletiva: Rio de Janeiro, 20 [1]: 33-55, 2010. P. 37. Acerca

Tendo em vista que o Poder Judiciário possui essa característica estática, foram criadas instituições dinâmicas que podem agir de maneira espontânea na defesa e promoção dos direitos e garantias individuais e/ou coletivos. Essas instituições são denominadas funções essenciais da justiça, tais como a Advocacia Pública e a Defensoria Pública.²³¹

Todavia, a expansão dos espaços de atuação do Poder Judiciário é algo que somente tomou proporções relevantes no século XX, tendo em vista que grande parte dos países ocidentais democráticos adotaram o Tribunal Constitucional como um mecanismo de controle dos demais poderes.²³²

Ademais, Carvalho aponta que essa expansão do poder judicial, em verdade, possui raízes na queda do comunismo no leste europeu e ao fim da União Soviética. Com o colapso do socialismo real e a ascensão do capitalismo – somado ao fato de que os Estados Unidos se tornaram a maior superpotência do planeta – o desenvolvimento da revisão judicial e dos demais mecanismos institucionais dos Estados Unidos ficaram em evidência²³³.

Além disso, o período Pós-Segunda Guerra Mundial também pode ser considerado um marco para o Direito, tendo em vista que houve um rompimento com toda a estrutura legislativa que, de uma forma ou de outra, legitimou os regimes totalitários nazifascistas. Foi com o fim da guerra que houve uma preocupação em se assegurar direitos fundamentais nas Constituições, ocorrendo a chamada transição

da judicialização da política, STRECK afirma que "pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos." STRECK, Lenio Luiz.; TASSINARI, Clarissa.; LEPPER, Adriano Obah. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 51-61, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021. P. 56

²³¹ ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicação? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde**. Revista de Saúde Coletiva: Rio de Janeiro, 20 [1]: 33-55, 2010. P. 37.

²³² CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista Sociologia Política: Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. P.115.

²³³ Idem.

do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, fazendo com que as Constituições fossem juridicamente vinculantes.²³⁴

É nesse sentido o magistério de Tassinari²³⁵ quando afirma que

A partir destas mudanças, então, surge a noção de constitucionalismo democrático, que ensejou transformações que atribuíram, inclusive, uma nova resposta à pergunta pelo conceito de Direito. Isto é, este fato na história da civilização não apenas proporcionou alterações estruturais na organização política e jurídica dos mais variados países, mas também – e fundamentalmente – exigiu um novo modo de conceber o fenômeno jurídico, que passa a ser percebido sob um viés de materialidade (de substancialidade). Tudo isso através da inclusão de dois elementos centrais: do reconhecimento da força normativa da constituição (Konrad Hesse) e de seu caráter prospectivo, que condiciona materialmente a legalidade.

Foi a partir desse momento que as constituições abandonaram, como bem leciona OLIVEIRA, sua tradicional concepção em que lhe era atribuída a função de realizar a conformação política do Estado, se estabelecendo o procedimento para produção legislativa e demais atos do Poder Público, passando, a partir de então, a prever um rol de direitos fundamentais que determinavam o conteúdo da mesma produção normativa.²³⁶

Cada vez mais o Judiciário vem ganhando espaço na sociedade. Isso é fato. A postura participativa do Judiciário pode ser vista, por exemplo, em matérias polêmicas como na ADI 3510, em que foi declarada a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança; a ADC 12, na qual se declarou a constitucionalidade da Resolução n.º 7 de 2005 do CNJ, vedando o nepotismo no Poder Judiciário e diversos outros casos.²³⁷

Esse maior espaço do Judiciário se deve, em um primeiro momento, à experiência ditatorial experimentada pelo Brasil no Regime de Exceção iniciado em 1964, em que os principais direitos e garantias fundamentais foram relativizados. Após a restauração da democracia, com o escopo de se assegurar tais direitos e garantias,

²³⁴ FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. **Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 831.

²³⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 40.

²³⁶ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação.** Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012, p. 274.

²³⁷ FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. **Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 826.

estes foram inculpidos na Constituição Federal. Uma nítida resposta a um período autoritário.²³⁸

É justamente em decorrência de uma forte preocupação com a proteção dos direitos fundamentais que a Constituição Federal Brasileira de 1988 é tratada como uma constituição dirigente, tendo em vista a sua clara preocupação com a transformação social, estabelecendo diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, objetivos e fins estes que vinculam também o legislativo quando da elaboração de Leis e à realização de políticas públicas.²³⁹

Assim, Oliveira afirma que essa tendência de uma maior intervenção do Judiciário em questões eminentemente políticas que se verifica é uma característica típica das democracias de massas e a sua manifestação não depende dos desejos do órgão judicante, se apresentando, apenas, como fruto de contingências político-sociais. Ademais, no âmbito político, fenômenos como o dirigismo constitucional, acima elencado, e a inflação legislativa contribuem para aumentar o espaço de interferência do Judiciário no âmbito dos demais poderes.²⁴⁰

No que se refere à inflação legislativa, o autor acima citado aduz que tal inflação significa um aumento da atividade legislativa de todo aparelho burocrático estatal. Ou seja, aquilo que antes era matéria de amplo debate no ambiente político, passa a ser incorporado rapidamente pelo congresso e parlamento para que seja possível se dar uma resposta rápida a situações concretas.²⁴¹

A conclusão do acima afirmado caminha no sentido do posicionamento defendido por Tassinari²⁴², ao dizer que

Os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. [...] e pelos regimes democráticos que se acentua a conflituosidade social, porque neles o poder é distribuído de forma mais ampla (difusa). [...] Com isso, surge um cenário um tanto quanto contraditório, pois, ao mesmo tempo que o atual contexto faz surgir a tutela de direitos difusos e coletivos,

²³⁸ POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. **Apontamentos acerca da judicialização da política no Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 723.

²³⁹ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012, p. 275.

²⁴⁰ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012, p. 272.

²⁴¹ Idem. p. 277-278.

²⁴² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P.46-47.

em contrapartida, a busca por sua efetivação predominantemente se dá pela via do litígio individual.

Carvalho²⁴³ enuncia que o debate em torno da judicialização da política pode se expresso de duas formas:

1) normativa, que aborda a chamada supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias. Essa discussão é de grande importância teórica e avalia, entre outras coisas, os dilemas da evolução do constitucionalismo sobre o modelo tradicional (Westminster) de fazer-se política, ou seja, o vasto debate entre democracia e constitucionalismo. Nessa linha e de modo resumido, podemos destacar o debate normativo entre os que são a favor da judicialização, como Dworkin (2001) e Cappelletti (1993), os que são a favor desde que sejam expressos certos limites, como Habermas (1997) e Garapon (1999) e os que são contra, como Ely (1980) e

2) analítica, que se preocupa com o ambiente político e institucional, com as “polias e engrenagens” do processo político em questão. Portanto, está preocupada em como definir, medir e avaliar o processo de judicialização da política

Barroso²⁴⁴, que afirma ser a judicialização da política uma judicialização da vida, conceitua o fenômeno como

“Questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral (que) estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”.

Já por ativismo judicial, afirma o referido autor supracitado que consiste em

“Uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. [...] no Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Entre elas se incluem:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação ao nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critério menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplo as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.”

Porém, acompanhando o entendimento de Tassinari²⁴⁵, os elementos trazidos por Barroso que, em tese, caracterizariam o ativismo, devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições, tendo em vista que não seria nenhuma novidade que o juiz deveria se mostrar preocupado com a aplicação imediata da Constituição,

²⁴³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Revista Sociologia Política: Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. P.116.

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 44.

²⁴⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P.31

com a realização do controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais.

No mesmo sentido, Oliveira²⁴⁶ faz uma crítica à Barroso, especificamente no que se refere a afirmação de que, para o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial e a judicialização da política são primos e provenientes da mesma família. Todavia, de acordo com Oliveira, as origens dos fenômenos são distintas e não há uma relação de “parentesco” entre ambos.

Dessa forma, Tassinari²⁴⁷ afirma que a judicialização da política se apresenta como uma questão social, pois

A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguem no aumento da litigiosidade – característica das sociedades de massa.

No mesmo sentido, Vischinkeski²⁴⁸ afirma que

A judicialização da política na experiência brasileira não é, portanto, resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, já que deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que tem encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Verifica-se que a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social, que foi provocado, no caso brasileiro, entre outros fatores, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social e pelo aumento da litigiosidade.

Assim, resta evidente que judicialização da política resulta, não somente, da insuficiência do estado quando na aplicação de políticas públicas, o que acarreta na deficiência da prestação de serviços de saúde, educação, previdência social, segurança pública e etc. Além disso, o descrédito cada vez maior com os parlamentares em decorrência da inaptidão de diminuir as desigualdades e injustiças

²⁴⁶ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012, p. 271.

²⁴⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P.32; No mesmo sentido, OLIVEIRA afirma que *“as razões sociais para a aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas deve-se ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, na maioria dos países. Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político. Muitos fatores contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos, passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, o ‘juiz passa a ser uma referência da ação política’”*. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012, p. 271.

²⁴⁸ VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson; FERREIRA NEVES, Isadora. **As influências do Neconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. P. 172.

sociais faz com que a sociedade se valha dos mecanismos de acesso à justiça para acionar o Judiciário para que seus direitos sejam satisfeitos.²⁴⁹

Assim, Carvalho²⁵⁰ afirma que

Toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada. Alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político.

Dessa forma, pelos fatores acima mencionados, e não apenas estes, ocorre um aumento da litigiosidade no país em decorrência da transferência do poder de decisão das instituições majoritárias para os tribunais. Não é de outra forma que grandes partidos políticos transferem a discussão de temas altamente controversos para o Judiciário, pois caso decidam desta ou daquela forma, o custo político será extremo para eles. A transferência da discussão para o Judiciário evita tais desgastes e custos.²⁵¹

Não é de outra forma que Poli²⁵² afirma que

O controle de constitucionalidade tem servido como artifício para a delegação do debate político ao Poder Judiciário e, por mais que a doutrina, quase à unanimidade, enquadre tal fato como uma das causas da judicialização da política no Brasil, cogita-se que a própria expansão das atividades jurídicas torna a jurisdição (pelo STF) uma 'arena hábil', perante a sociedade civil e as instituições, para discussões de viés unicamente legislativo e administrativo, confundindo a mencionada situação, em que pesem as opiniões adversas, com mais um 'produto', declaradamente arquitetado, do ativismo judicial.

Porém, como bem ressalta Asensi, em que pese o fato de que a expressão judicialização da política possa trazer uma ideia de interpenetração entre política e justiça, esta não é homogênea, principalmente em decorrência do fato de que não há um consenso entre os estudiosos da área no que tange aos métodos e técnicas de

²⁴⁹ POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. **Apontamentos acerca da judicialização da política no Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 729; no mesmo sentido, VICHINKESKI afirma que "diversos processos de globalização culminaram na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para a solução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade". VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson; FERREIRA NEVES, Isadora. **As influências do Neoinstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. P. 170.

²⁵⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista Sociologia Política: Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. P. 120.

²⁵¹ FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. **Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P. 836.

²⁵² POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. **Apontamentos acerca da judicialização da política no Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. P.732-733.

investigação da interpenetração entre política e justiça, aos pressupostos analíticos e categoriais de pesquisa, a investigação empírica e aos referenciais teóricos de coleta e análise dos dados e ao grau e escala da investigação.²⁵³

Nesse sentido, aduz ASENSI²⁵⁴ que

No cenário contemporâneo, o que se observa é a transformação de “Poder ‘mudo’ a Terceiro Gigante” (VIANNA et al., 1997, p. 39), sobretudo a partir da mútua influência entre direito e política, que foi possível em razão de uma série de fatores, destacando-se os seguintes: a) a ampliação da possibilidade de controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário por meio da via concentrada (ex.: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, etc.) e pela via difusa (por meio incidentes processuais a serem julgados por juízes monocráticos e tribunais); b) a intensificação dos mecanismos e estratégias de ampliação do acesso à justiça (ex.: Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Justiça Itinerante, Defensoria Pública, etc.); c) o incremento do poder político que as associações de magistrados passaram a exercer no contexto brasileiro de efetivação de direitos, principalmente por meio de manifestos e estratégias de pressão (ex.: Associação dos Juizes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Magistrados Brasileiros, etc.).

Dessa forma, diante de todo o acima exposto, fica claro que o fenômeno da judicialização da política é algo que independe da vontade daquele responsável pelo julgamento, tendo em vista que está completamente atrelado a fatores contingenciais. Oliveira²⁵⁵ sintetiza os fatores políticos que condicionam o grau de judicialização vivenciado em uma sociedade: a) o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais; b) o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; c) o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade.

3.5 Os fatores de impulso do ativismo judicial no Brasil

3.5.1 O modelo de Estado intervencionista

O primeiro fator de impulso do ativismo judicial no Brasil consiste no modelo de Estado adotado desde 1934 com a chamada Era Vargas: o Estado Democrático-Social.²⁵⁶ No que se refere a Constituição de 1934, para o que interessa a este

²⁵³ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicação? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde**. Revista de Saúde Coletiva: Rio de Janeiro, 20 [1]: 33-55, 2010. P.40.

²⁵⁴ Idem. p. 40-41

²⁵⁵ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012, p. 271. P. 282

²⁵⁶ SARLET *et al* afirmam que “no campo dos direitos e garantias do cidadão, muito embora a existência, na Carta Imperial de 1824, de algumas posições jurídicas, isoladas e pontuais, atinentes à categoria dos direitos sociais, foi apenas a Constituição de 1934 que o comprometimento (ao menos formal) com a noção de um Estado Social e com a ideia de direitos sociais passou a ser incorporada, de forma perene, ao constitucionalismo brasileiro”. SARLET, Ingo Wolfgang; *et al*. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 251.

trabalho, ela se mostra com de suma importância, tendo em vista que é a partir dela que um novo compêndio de princípios é inserido na ordem constitucional e que até aquele momento eram ignorados. Ademais, há de se ressaltar a forte influência das Constituições de Weimar e Bonn no que se refere ao aspecto social.²⁵⁷

Se referindo às Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1988, Bonavides²⁵⁸ afirma que

Nesses textos colhe-se um profundo influxo do constitucionalismo alemão do século XX nas Constituições brasileiras; influxo que parte tanto da Constituição de Weimar como da Lei Fundamental, sobretudo da primeira, cuja atuação ocorreu de forma mais concentrada, direta e decisiva na caracterização dos rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro de 1934, ao passo que a segunda fez sentir sua ação de modo menos direto, porém não menos eficaz, mormente em termos doutrinários.

Todavia, para que se possa ter uma compreensão dos motivos que levaram a implementação desse modelo de Estado e toda a carga principiológica que este nos trouxe, há de se fazer um breve resgate histórico dos modelos de Estados Modernos que o antecederam, quais sejam, o modelo absolutista e o liberalismo.

A primeira manifestação do Estado Moderno se deu através do Estado Absolutista, que possui como característica primordial a concentração de poderes nas mãos do monarca, surgindo, dessa forma, as monarquias absolutistas. Não é de outra forma que a partir da concentração desses enormes poderes nas mãos de um único indivíduo a realeza passasse a associar as concepções latina e feudal de autoridade, ocasionando na personificação do Estado na figura do rei.²⁵⁹

Em que pese a variedade de regimes absolutistas que o mundo já experimentou, cumpre destacar a existência de uma característica comum a todos eles, qual seja: a sobreposição do monarca sobre as leis e o controle dos outros poderes existentes. No mesmo sentido, Bolzan de Moraes afirma que o Estado absolutista seria aquela

²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 378.

²⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 380. O mesmo autor segue afirmando que “em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. [...] O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo, porém, indissoluvelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade”.

²⁵⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Pgs. 45-46.

forma de governo em que o detentor do poder estaria acima de qualquer tipo de controle dos outros poderes e completamente independente destes.²⁶⁰

Um dos motivos que podem ser elencados para demonstrar a evolução do Estado absolutista para o liberal consiste no fato de que o poder público passou a ser visto como inimigo das liberdades individuais e, nos dizeres de DALLARI, passou-se a defender o ideal de que qualquer restrição na esfera individual em favor do coletivo seria considerada como ilegítima.²⁶¹

Todavia, como bem relembra Bolzan de Moraes, o Estado absolutista foi de extrema importância para que objetivos da burguesia fossem alcançados naquele período em que esta classe social renunciou ao poder político e entregou nas mãos do soberano, no melhor estilo proposto por Hobbes em “Leviatã”.²⁶²

Porém, com a burguesia acumulando um capital exorbitante, esta passou a não se contentar somente com o exercício do poder econômico, passando, dessa forma, a almejar também o exercício do poder político, que antes era um privilégio da aristocracia. Assim, a burguesia lutava por um estado mínimo, ou seja, uma intervenção reduzida do estado na vida social, partindo da premissa de que o direito à liberdade contratual era tido como direito natural do homem.²⁶³

Para os pensadores do jusnaturalismo, dentre eles o seu grande expoente, John Locke, o Estado seria um artifício da vontade do homem. Antes da existência do Estado, o homem teria vivido sem um mecanismo que garantisse o exercício dos seus direitos naturais, dentre eles, a vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ou seja, justamente pela impossibilidade do homem de garantir o exercício de seus direitos naturais é que o Estado é constituído pela razão dos homens.²⁶⁴

Com a difusão dos ideais jusnaturalistas, Stuart Mill²⁶⁵ viria a apresentar três objeções à interferência do governo:

²⁶⁰ **Curso de teoria geral do Estado.** Alcimor Rocha Neto; et al. Org: Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro :Elsevier, 2009. P. 16; no mesmo sentido, ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Pgs. 46.

²⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 271.

²⁶² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 51.

²⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 271.

²⁶⁴ NETO, Alcimor Rocha; et al. **Curso de teoria geral do Estado.** Org: Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro :Elsevier, 2009. P. 17.

²⁶⁵ CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verdum Cardoso. **Do Estado Liberal ao Estado de Direito Social: uma redefinição de Estado a partir de Georges Gurvitch.** XII seminário

- a) Ninguém é mais capaz de realizar qualquer negócio ou determinar como ou por que deva ser realizado do que aquele que está diretamente interessado;
- b) Mesmo que os indivíduos não realizem tão bem o que se tem em vista, como o fariam os agentes do governo, é melhor ainda que o indivíduo o faça, como elemento da própria educação mental;
- c) A terceira razão, que ele considera “a mais convincente de todas”, refere-se “ao grande mal de crescer-lhe o poder sem necessidade. Cada função que se acrescenta às que o governo já exerce, provoca maior difusão da influência que lhe cabe sobre esperanças e temores, convertendo, cada vez mais, a parte ativa e ambiciosa do público em parasitas do poder público, ou de qualquer partido que aspire ao poder.

Assim, com a eclosão da Revolução Francesa passaria a se defender os ideais da liberdade, direitos individuais, consentimento, separação das esferas públicas e privada, contrato, governo limitado e moderado e, dentre outros pontos, a soberania popular.²⁶⁶

Todavia, o problema surge quando tentamos conceituar o liberalismo, tendo em vista que este modelo de estado passou por diversas alterações no decorrer da história, sendo mais apropriado se falar em liberalismos. Todavia, abordar os tipos de liberalismo escaparia do foco deste trabalho, motivo este que me limitarei a uma análise superficial do fenômeno.²⁶⁷

O modelo liberal de Estado surgiu em um período de transição em que a sociedade vivenciava um modelo de Estado absolutista, fato este que ensejou uma limitação do poder do soberano, característica própria esta do modelo liberal. Dessa forma, seria possível estabelecer que o Estado liberal seria uma limitação negativa do Estado, ou seja, seria uma garantia dos cidadãos frente à atuação do Estado. A este somente caberia estabelecer instrumentos jurídicos que assegurassem o desenvolvimento das pretensões individuais.²⁶⁸

internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea: VIII mostra de trabalhos jurídicos científicos, 2015. P. 6. CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verдум Cardoso. **Do Estado Liberal ao Estado de Direito Social: uma redefinição de Estado a partir de Georges Gurvitch**. XII seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea: VIII mostra de trabalhos jurídicos científicos, 2015. P. 6.

²⁶⁶ NETO, Alcimor Rocha; et al. **Curso de teoria geral do Estado**. Org: Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro :Elsevier, 2009. P. 17.

²⁶⁷ Para um maior aprofundamento dos tipos de liberalismo, vide BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 56. CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verдум Cardoso. **Do Estado Liberal ao Estado de Direito Social: uma redefinição de Estado a partir de Georges Gurvitch**. XII seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea: VIII mostra de trabalhos jurídicos científicos, 2015. P. 6.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 96.

Assim, com o escopo de alcançar uma menor intervenção estatal na economia, o Estado Liberal garantiu a segurança jurídica às trocas mercantis, a mão de obra barata cresceu exponencialmente em decorrência do surgimento de grandes centros urbanos e a iniciativa privada passou a poder exercer qualquer atividade potencialmente lucrativa.²⁶⁹

No mesmo sentido argumenta Dallari, afirmando que houve um progresso econômico acentuado que abriu caminho para Revolução Industrial; houve também, dentre outras mudanças consideráveis, uma hiper valorização do indivíduo em decorrência dos ideais jusnaturalistas que pregavam a liberdade humana.²⁷⁰

Todavia, como já mencionado neste texto, as ideias liberais sofreram diversas mutações com o passar do tempo para se adequar às novas demandas que lá se apresentavam. Com o advento das sociedades de massas e graças aos indivíduos estimulados por uma doutrina ultra individualista ocorreu o surgimento de doutrinas antiliberais – no sentido econômico – por diversos motivos.²⁷¹

Dallari expõe que o próprio ultra individualismo do liberalismo, justamente em decorrência da hipervalorização deste, acabou por fazer surgir um indivíduo com comportamento extremamente egoísta, ou seja, um ambiente extremamente favorável para os sagazes. Além disso, também vinculado ao ultra individualismo, o Estado se via impedido ou, no mínimo, dificultado de garantir a segurança dos mais desafortunados, o que acabou por gerar uma forte onda de injustiça social, tendo em vista que se garantia o direito de ser livre, mas não se dava o poder, ou seja, os mecanismos necessários para se exercer a liberdade. Na prática, somente os economicamente mais fortes podiam exercer o direito à liberdade²⁷²

Assim, com a formação dos grandes centros urbanos a mão de obra começou a se tornar precária, justamente em decorrência da alta quantidade de trabalhadores, o que levou a uma precarização dos ambientes de trabalho e baixa remuneração. Todavia, enquanto no Estado Absolutista a burguesia somente possuía o poder

²⁶⁹ MORAES, Ricardo Quartim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Revista de Informação legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. P. 272.

²⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 273.

²⁷¹ NETO, Alcimor Rocha; et al. **Curso de teoria geral do Estado**. Org: Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimir Lombardo Jorge. Rio de Janeiro :Elsevier, 2009. P. 19.

²⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 273.

econômico, agora eles almejavam, também, o poder político, não admitindo uma interferência estatal para corrigir as desigualdades sociais.²⁷³

Como bem afirma Caran, a Revolução Industrial foi responsável por uma grande transformação nos cenários econômico, social e político. Isso é possível afirmar pois o que ocorreu, em verdade, foi a criação de duas classes sociais, quais sejam, a dos proprietários dos meios de produção e a dos operários, lembrando, aliada ao posicionamento de Dallari, que tal mão de obra acabou na beira da escravidão dos detentores do poder econômico, pois o Estado era visto como mero instrumento garantidor das liberdades individuais e econômicas.²⁷⁴

A passagem do modelo de Estado Liberal para o Social pode ser claramente vista em meados do século XIX, tendo em vista que o Estado passou a atuar positivamente, ou seja, passou a assumir prestações públicas, como assegurar direito à cidadania, por exemplo.²⁷⁵

Como bem relembra Moraes, o abandono do pensamento liberal pode ser constatado em decorrência de uma transformação da estrutura econômica, em decorrência do crescimento das empresas e por questões de transformação social, tendo em vista que a classe do proletariado passava a reivindicar direitos trabalhistas, previdenciários e sociais em geral.²⁷⁶

Nesse contexto de reivindicações, Moraes demonstra que tal anseio social ensejou na adoção de novas estratégias dos entes políticos para atender as necessidades lá presentes, pois, por exemplo, o movimento dos operários lutava pela

²⁷³ Ibid. 274.

²⁷⁴ CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verдум Cardoso. **Do Estado Liberal ao Estado de Direito Social: uma redefinição de Estado a partir de Georges Gurvitch**. XII seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea: VIII mostra de trabalhos jurídicos científicos, 2015. P. 6.

²⁷⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 64. Acerca do modelo de Estado Social, BONAVIDES afirma que “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercícios de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado Liberal, outra a Constituição do Estado Social. A primeira é uma Constituição antigoverno e antiestado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 383.

²⁷⁶ MORAES, Ricardo Quartim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Revista de Informação legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. P. 273-274.

regulação das relações produtivas e pela regra dos três oitos (8 horas de sono, 8 horas de lazer e 8 horas de trabalho).²⁷⁷

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a classe do proletariado foi fortemente atacada no sentido de precarização do trabalho. Dessa forma, a forma de conter as injustiças sociais foi através de medidas socializantes. MORAES, ao abordar os motivos que levaram à superação do Estado liberal, afirma que a Primeira Guerra Mundial demandou dos estados um forte planejamento econômico para arcar com os custos armamentistas e uma consequente mobilização em massa da mão de obra.²⁷⁸

Ou seja, todas as funções típicas do Estado se voltaram para manter os recursos necessários à Guerra. Tais acontecimento são naturais em períodos de guerra, tendo em vista que o que define a vitória, além da quantidade de soldados, é a quantidade de equipamentos para travar as lutas.²⁷⁹

Além disso, foi graças a situação precária dos trabalhadores que determinou o surgimento do partido nazista na Alemanha e a implementação de um estado intervencionista nos Estados Unidos.²⁸⁰

Não é de outra maneira que uma das filosofias do Estado nazista era a proeminência do Estado sobre o indivíduo e um forte caráter discriminatório sobre os judeus. Ou seja, se após o predomínio do liberalismo na sua concepção pura a consequência foi a implementação de Estados autoritários, no período pós- crise de 1929 e pós Segunda Guerra Mundial, é possível afirmar que surgiu, dessa forma, o Estado de Bem-estar Social, que tinha como objetivo buscar uma melhor qualidade de trabalho e de vida para, principalmente, a classe trabalhadora europeia.²⁸¹

Assim, Bolzan de Moraes afirma que o Estado Liberal passou a intervir mais ativamente em decorrência de um sentimento de ameaça que rondava no interior da sociedade burguesa e que, dessa forma, acabou gerando uma maior flexibilização do regime liberal. Todavia, a própria burguesia acabou se beneficiando com tal

²⁷⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 65.

²⁷⁸ MORAES, Ricardo Quartim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Revista de Informação legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. P. 275.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 274.

²⁸¹ NETO, Alcmir Rocha; et al. **Curso de teoria geral do Estado**. Org: Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro :Elsevier, 2009. P. 19.

flexibilização, tendo em vista que a infraestrutura básica para o desenvolvimento e expansão do capital foi em sua grande maioria financiado com verbas públicas.²⁸²

Todavia, esse processo de intervenção não se deu uniformemente, ao passo que poderia ser classificado da seguinte forma:

- a) *Intervencionismo* – fase inicial da decadência do regime liberal. Caracterizou-se por medidas esporádicas e sempre circunscritas a ocasiões específicas. Visava a solucionar problemas concretos que surgiam e podiam colocar em risco a manutenção do regime.
- b) *Dirigismo* – nesta segunda fase, a atuação estatal passa a ser mais firme e coerente, com atos sistemáticos de ajuda e reforço à iniciativa privada, inclusive com objetivos político-econômicos predeterminados.
- c) *Planificação* – representa o último e mais acabado estágio de atuação do Estado, inclusive com previsões que abrangem longo período temporal, e com análise econômica global.²⁸³

Assim, o *Welfare State* tem como uma de suas primeiras manifestações no *New Deal* de Franklin Roosevelt, programa este tipicamente intervencionista. Ao assumir o cargo de Presidente dos Estados Unidos em 1932, a situação encontrada pelo então Presidente era caótica, pois havia milhões de desempregados, uma economia acuada e famílias sem abrigo. Tendo em vista os resultados positivos que tal intervencionismo estava obtendo, este se tornou irreversível.²⁸⁴

Com o advento da Segunda Guerra Mundial ocorreu um aumento deste intervencionismo estatal, tendo em vista a necessidade de utilizar os recursos com o maior proveito possível e o menor gasto. Todavia, com o fim da guerra, este intervencionismo não cessou, pois ainda caberia ao estado implementar políticas para restaurar os meios de produção, reconstrução de cidades, readaptação das pessoas etc.²⁸⁵

Não é de outra que Bolzan de Moraes afirma que o liberalismo clássico foi corrigido através da junção dos ideais do capitalismo e da busca pelo bem-estar social, principalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial. Assim, é com o advento do Estado Social de Direito que o desenvolvimento social e o bem-estar social pautam as ações da administração pública.²⁸⁶

²⁸² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 77.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 274.

²⁸⁵ Ibid. P - 275.

²⁸⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 97.

Todavia, a questão da igualdade não é atingida pelo Estado Social de Direito, motivo este que leva ao desenvolvimento de um novo conceito que pautaria os atos do Estado, qual seja, o do Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, o que se deve ter como ponto de partida é de que o Estado Democrático não veio para superar por completo o Estado Liberal e o Estado Social, rejeitando todas as suas premissas teóricas e conquistas sociais, políticas e econômicas. Em verdade, não se pode falar em Estado Democrático de Direito como a soma dos dois modelos de Estados acima citados.²⁸⁷

Assim, Bolzan de Moraes²⁸⁸ afirma que

Se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio em que estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*.

Se num Estado de Direito temos a liberdade na sua faceta negativa, ou seja, uma distanciação do Estado, a liberdade positiva, inerente ao Estado Democrático de Direito é a liberdade assente ao exercício democrático do poder que o legitima. É justamente por isso que, no Estado Liberal, a liberdade negativa tem maior peso em relação à liberdade positiva, pois as liberdades pessoais e de consciência teriam maior relevância do que as liberdades políticas.²⁸⁹

Assim é Bolzan de Moraes²⁹⁰ afirma que

O Estado Democrático de Direito [...] ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como um fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.

Temos, dessa forma, que o Estado liberal de direito veio como forma de superação do Estado absolutista, sendo formalizado pelo Estado de Direito. A partir do momento este é transmutado em um Estado Social, é acrescentado ao seu conteúdo liberal o social, ou seja, uma maior intervenção estatal para a implementação de medidas necessárias para reduzir as desigualdades sociais. Com

²⁸⁷ MORAES, Ricardo Quartim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Revista de Informação legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. P. 277.

²⁸⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 98.

²⁸⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2006. P.99.

²⁹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 98.

o advento do Estado Democrático de Direito, temos como objetivo a igualdade material, não bastando para ele a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas sim a transformação do *status quo* através da lei.²⁹¹

No que se refere à intensificação da criatividade judicial, tem-se que esta é fenômeno que passou a ter maior presença no século XX, tendo em vista que em tempos passados beirava o absurdo dizer que ao juiz era permitido criar o direito, e não simplesmente declará-lo. Essa criatividade judicial tem como fonte o que Cappelletti, citando Morton G. White, chama de “revolta contra o formalismo”.²⁹²

Nesse íterim, Cappelletti²⁹³ afirma que

O formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *interessejurisprudenz* e a *Freirechsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Gény e de seus seguidores na França - foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da idéia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal.

Porém, quais seriam as razões para tal revolta contra o formalismo? Ou melhor, o que fez com os juízes abandonassem o formalismo em prol de uma postura mais criativa? Não é de grande dificuldade identificar que a Constituição Federal de 1988 é em grande parte uma Constituição do Estado Social, o que demanda que todas as questões envolvendo direitos fundamentais e a relação entre os poderes devem ser encaradas a partir da lógica desse modelo constitucional.²⁹⁴ Ramos²⁹⁵, ao fazer uma análise da Constituição Federal de 1988, compreende que

Em diversas passagens, a Carta de 1988 indica que a qualificação da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art 1º, caput) teve o propósito de conciliar a tradição liberal democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã, razão pela qual “os princípios do Estado de Direito, no ordenamento brasileiro, hão de estar conectados à dimensão substantiva da legalidade, que aponta para construção de uma ordem social e econômica inspirada por critérios de justiça, impositivos de certa igualdade de condições

²⁹¹ Ibid. p.100-101.

²⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P.31.

²⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P.32-33.

²⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 383.

²⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 283-284.

materiais, a qual não deve, entretanto, se converter em igualitarismo que sufoque a liberdade”.

Não seria equivocada a afirmação de que o Estado Liberal, típico do século XIX, não possui mais espaço na nossa ordem constitucional vigente, tendo em vista que o próprio texto da carta magna indica que o nosso Estado Democrático de Direito se encontra fundado no *Welfare State*. Os motivos pelos quais é possível fazer tal afirmação é bem exposto por Ramos²⁹⁶, que enumera, dentre outros, os principais motivos pelos quais é possível se verificar o *Welfare State* em *terrae brasilis*:

Os objetivos fundamentais da República brasileira, assinalados no artigo 3º; o generoso elenco de direitos sociais, boa parte deles consubstanciando créditos a prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; e os poderosos e variados instrumentos de intervenção no domínio econômico, *stricto sensu*, assegurados ao Poder Público, abrangendo desde o exercício direto de atividades econômicas que, a princípio, seria reservadas à iniciativa privada, até o planejamento e direção da economia, aparelhado por medidas monetárias, cambiais, creditícias e de incentivo ao investimento e à produção (sem contar os mecanismos indiretos, tais como a tributação e o consumo de bens e serviços pelo Estado), além dos poderes regulatórios em relação ao mercado.

No que se refere ao *Welfare State*, Cappelletti²⁹⁷ afirma que este foi resultado da atividade legislativa, tendo em vista que os primeiros passos foram tomados na seara da política social mediante legislação atinente ao direito do trabalho, saúde e segurança social. Após certo período, a legislação se tornou mais abrangente, atingindo também a economia, com o escopo de impedir o monopólio, leis sobre concorrência, transporte e agricultura. Por fim, ocorreu a extensão do setor público, o controle generalizado do Estado sobre a economia, a responsabilidade do Estado sobre questões envolvendo emprego, elaboração de planos de assistência social e o financiamento de atividades sem fins lucrativos.

Ou seja, a partir do momento que uma sociedade passa a se tornar mais próspera nos mais diversos ramos, e Cappelletti²⁹⁸ menciona especificamente o campo da química, maior é o problema por ele nomeado de *externalities*, ou seja, o modo de controlar os efeitos colaterais e não desejados em matérias que dizem

²⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 284.

²⁹⁷ Ainda sobre o mesmo tema, o pensador italiano afirma que “quando mais a sociedade se torna próspera, urbana, tecnologicamente avançada, economicamente dinâmica, e inovadora no campo da química, mais complexo e urgente se torna o problema das externalities, pelo que se acentua a necessidade de intervenção e controle governamental.” CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P.35-36.

²⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P. 36

respeito a produção e consumo, maior é também a necessidade de um controle e intervenção estatal.

Dessa forma, é de fácil constatação que na medida em que uma sociedade se desenvolve, por mais que novas tecnologias sejam criadas para facilitar a vida humana, tem-se que, naturalmente, novas formas de poluição são criadas justamente porque os processos industriais estão em constante movimento e os *standards* ambientais tendem a acompanhar tais avanços e a eles se adaptar.²⁹⁹

Assim, Cappelletti³⁰⁰ afirma que

Torna-se inevitável, portanto, para o governo de todo estado economicamente avançado, intervir em todos esses domínios, por mais difíceis e até arriscadas que possam ser essas intervenções. [...] Inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno, caracterizado incisivamente pelo conhecido jurista americano Grant Gilmore, como “orgia das leis”. Obviamente, contudo, um aparelho administrativo sempre mais complexo foi e deve ser criado, com o fim de integrar e dar atuação prática a tais intervenções legislativas. O *welfare state*, na origem essencialmente um “estado legislativo”, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em “estado administrativo”, na verdade em “estado burocrático”, não sem o perigo de sua perversão em “estado de polícia”.

Segue o autor italiano afirmando que o papel do governo no Estado Social não pode se limitar ao que ele chama de “*night watchman*”, mas sim, partindo da premissa que o governo está inserido no contexto do Estado Social, fazer valer técnicas de cunho promocional, promovendo programas de desenvolvimento futuro com o passar do tempo.³⁰¹

²⁹⁹ Ibid. p. 37.

³⁰⁰ Ibid. p. 39. No mesmo sentido, RAMOS afirma que “ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. [...] o próprio modelo Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 286.

³⁰¹ Afirma CAPPELLETTI que “os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente prolongada no tempo. [...] os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas. [...] Em face de legislação social que se limita frequentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir [...] a posição de negar o caráter preceptivo, ou *self-executing*, de tais leis ou direitos programáticos. [...] será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim para fornecer concreto conteúdo àquelas finalidades e princípios: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de

Portanto, não restam dúvidas de que um dos fatores que impulsionam o ativismo judicial no Brasil consiste na adoção do Estado-providência, o *Welfare State*, tendo em vista que a partir da constatação de um evidente descompasso entre a situação econômica e social da população e as promessas constitucionais o Judiciário vê aí uma força para a prática do voluntarismo, ignorando os limites preestabelecidos pelo próprio texto constitucional.³⁰²

3.5.1.1 Um resgate histórico do Supremo Tribunal Federal em períodos de forte intervenção na sua autonomia decisória

Porém, ainda que o ativismo judicial possa ter como seu propulsor o modelo de Estado adotado desde a Era Vargas, cumpre afirmar que o Supremo Tribunal Federal teve grande participação quando na impulsão deste fenômeno. Foi através do Decreto 848 de 1890, com uma nítida inspiração na Suprema Corte Americana, que o Supremo Tribunal Federal foi criado, iniciando, dessa forma, uma trajetória extensa de submissão ao poder político nos mais diversos cenários econômicos que o Brasil vivenciou desde o século XIX.

Após a renúncia do então presidente Deodoro da Fonseca, assume, dessa forma, o Vice-Presidente e inimigo político daquele, Floriano Peixoto. Em meados de abril de 1892, Floriano Peixoto decretou o Estado de Sítio após a ocorrência de manifestações na capital federal.³⁰³

Após diversas prisões e findo o Estado de Sítio, Rui Barbosa impetra Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal em prol dos presos políticos. Antes do julgamento propriamente dito, Floriano Peixoto afirma que “se os juízes do tribunal concederem Habeas Corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o Habeas Corpus de que, por sua vez, necessitarão”.³⁰⁴

intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar. É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. [...] nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa de acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P. 41-42.

³⁰² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 288.

³⁰³ VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 93.

³⁰⁴ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 223.

Não foi de outra maneira que o julgamento ocorreu. Foi denegado por maioria o Habeas Corpus. Em 1893, Rui Barbosa impetra três Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal em favor de presos políticos. Após o julgamento favorável dos dois primeiros, o Presidente da República publicou uma nota no Diário Oficial demonstrando sua insatisfação com a decisão da corte.³⁰⁵

No julgamento do terceiro Habeas Corpus, que foi impetrado em favor de Eduardo Wandenkolk e de outros militares, a corte foi alertada de que, caso o pedido fosse julgado procedente, esta seria dissolvida. Receosa, a corte julgou com prejudicado o pleito defensivo, tendo em vista que os pacientes estariam sujeitos à Jurisdição Militar.³⁰⁶ Todavia, a decisão foi revista no ano seguinte e, ao Floriano Peixoto tomar ciência desta, se recusou a cumpri-la, tendo em vista que a considerou contrária as leis e aos imemoriais militares.

O início do século XX ficou marcado como a luta do Supremo Tribunal Federal contra o fortalecimento dos estados, política está iniciada por Campos Sales. Foi com a revolução de 1930 que ministros foram aposentados e a atuação dos remanescentes foi extremamente limitada.

A partir da Reforma Constitucional de 1926, o texto do artigo 72, §22³⁰⁷ foi alterando, limitando o alcance do Habeas Corpus, além da inclusão do §5º ao artigo 60³⁰⁸, excluindo do controle judicial os atos de intervenção nos estados, os atos praticados pelo Legislativo e Executivo durante o Estado de Sítio.

O período do Estado Novo, por meio da Constituição de 1937, foi desastroso para a história do Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista que o Mandado de Segurança e o Habeas Corpus perderam seu status constitucional, o Supremo

³⁰⁵ *Idem.* P.224.

³⁰⁶ *Idem.*

³⁰⁷ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...) § 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.

³⁰⁸ Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...) § 5º Nenhum recurso judiciario é permittido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigencia do estado de sitio, não poderão os tribunaes conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.

Tribunal Federal teve de aceitar que os atos políticos do Executivo ficassem cada vez mais excluídos da apreciação judicial.³⁰⁹

Foi em 31 de março de 1964 que os militares assumiram o poder, instaurando uma ditadura que perduraria por 21 anos. Já no ano seguinte fora editado o Ato Institucional n.º 2, aumentando o número de ministros no Supremo Tribunal Federal para 16, sendo nomeados, dessa forma, 5 juizes com nítida vinculação aos ideais políticos do governo.³¹⁰

Através do Ato Institucional n.º 5, foram aposentados compulsoriamente quatro ministros. Após tais aposentadorias, outros dois ministros renunciaram aos cargos no Supremo Tribunal como ato de protesto, restando, dessa forma, apenas 11 ministros nomeados por Presidentes militares. Com o ato institucional n.º 6, foi reduzido o número de ministros para onze.³¹¹

Com uma corte completamente militarizada, não houve qualquer tipo de oposição aos atos do governo, situação essa que somente mudaria após o processo de redemocratização instaurado com a constituição de 1988.

Como já foi demonstrado, o período anterior à 1988 foi marcado por um Supremo Tribunal Federal que constantemente sofria ataques por parte do Executivo e que, como consequência, acarreta um baixo poder decisório. Ou seja, os líderes políticos constroem a independência do Supremo Tribunal Federal em prol dos seus próprios interesses.³¹²

Em que pese a constituição de 1988 tenha instaurado um processo de redemocratização do país, o passivismo judicial persistiu por um certo tempo, o que era de se esperar, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal passou a atuar com cautela por desconhecimento do cenário político que lá estava.

Com o passar do tempo, o cenário político, tanto por parte do Congresso Nacional quanto por parte do próprio Poder Executivo, demonstrou uma certa tolerância com as decisões da corte, fator este determinante para estimular a liberdade decisória dos ministros.³¹³

³⁰⁹ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 227.

³¹⁰ *Idem.* p. 229.

³¹¹ *Idem.* p. 230.

³¹² AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 258.

³¹³ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 260.

Não foi de outro jeito que desde o fim da Ditadura Militar de 1964 não houve nenhum presidente que praticou atos atentatórios com a autonomia da mais alta corte do Judiciário. Ou seja, o próprio Executivo garantiu um ambiente favorável para o desenvolvimento do ativismo judicial dentro da cúpula do Supremo Tribunal Federal.³¹⁴

Ainda, outro motivo que pode justificar o avanço do ativismo no Supremo Tribunal Federal é de ordem sociológica. A tarefa legislativa, ainda mais quando se trata de assuntos extremamente controversos (aborto, legalização da maconha, morte de fetos anencefálicos...) tem um custo político enorme para os representantes do Poder Legislativo e, dessa forma, transferem esse ônus decisivo para a Corte Suprema.³¹⁵

Somado ao fator acima exposto, é de se destacar uma nítida alteração do respeito à literalidade da lei a uma acentuação da criatividade decisória. Como já demonstrado nesse trabalho, o Supremo Tribunal sofreu com a censura por parte do Poder Executivo Federal, o que acarretou, pelo menos no início da constituição de 1988, a uma postura autorrestritiva da corte.

Todavia, como bem salienta Azevedo Campos, tal prática autorrestritiva não era compatível com a aspiração normativo-trasformativa da nova constituição que aí estava. Eram necessárias reflexões e práticas interpretativas para oxigenar o comportamento adjudicatório do Supremo Tribunal Federal.³¹⁶

Portanto, podemos concluir que o perfil do Supremo Tribunal Federal pré-constituição de 1988 é de uma corte submetida ao controle da autoridade do Poder Executivo Federal e com baixo poder decisório, ao passo que, a partir do processo de redemocratização da constituição de 1988, a corte alterou sua postura com o passar dos anos para uma ativista, ampliando seu papel institucional, invadindo a esfera do Poder Legislativo, se valendo de interpretações criativas e argumentos de ordem moral, fato este que acaba por refletir na postura dos Tribunais hierarquicamente inferiores.

³¹⁴ *Idem.* p. 264.

³¹⁵ *Idem.* p. 270.

³¹⁶ *Idem.* p. 271

3.5.2 A expansão do controle abstrato de normas

A partir do momento em que o constitucionalismo assume a forma social, tem-se que o Estado passa a possuir uma força muito maior justamente para que seja possível dar conta dos compromissos constitucionais. Dessa forma, é quase que natural que com o aumento do campo de ação estatal iria ocorrer um aumento quase que exponencial de leis, porém, com a seguinte peculiaridade: com menor tempo de vigência, particularismos, tecnicidade do conteúdo e pela perda de qualidade formal.³¹⁷

Nesse sentido, afirma Cappelletti³¹⁸ que

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a interferir em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. [...] a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.

Porém, na visão de Ramos³¹⁹, o controle concentrado de constitucionalidade ou o controle abstrato nos sistemas difusos induziriam a um aumento do ativismo judicial justamente pelo fato de que o controle de constitucionalidade tem grande proximidade do exercício da função legislativa, em que pese o fato de que esteja se tratando de uma função jurisdicional. Além disso, o autor aponta que a indução do ativismo no controle de constitucionalidade também se dá em decorrência do fato de que as normas parâmetro utilizadas pela Corte Constitucional são, na maioria das vezes, princípios que permitiriam, na visão do autor, um maior espaço interpretativo.

Dessa forma, há de se verificar, ainda que brevemente, o avanço do controle de constitucionalidade ao longo da nossa história constitucional e a conseqüente expansão do controle abstrato de normas.

³¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 288.

³¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P. 46-47.

³¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 292. No que se refere ao posicionamento do autor referente a abertura interpretativa que os princípios proporcionariam, será apontado o equívoco que é defender tal posicionamento em momento oportuno.

3.5.3 Constituição Política do Império do Brasil de 1824

No que se refere à Constituição de 1824, não foi adotado nenhum tipo de controle de constitucionalidade dos atos e omissões do Poder Público, tendo em vista que a referida Constituição teve uma forte influência do Direito Inglês no que se refere à separação dos poderes³²⁰, conforme é possível verificar no art. 15 da antiga carta magna, principalmente nos incisos VIII e IX:

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral

- I. Tomar Juramento ao Imperador, ao Principe Imperial, ao Regente, ou Regencia.
- II. Eleger a Regencia, ou o Regente, e marcar os limites da sua autoridade.
- III. Reconhecer o Principe Imperial, como Successor do Throno, na primeira reunião logo depois do sem nascimento.
- IV. Nomear Tutor ao Imperador menor, caso seu Pai o não tenha nomado em Testamento.
- V. Resolver as duvidas, que occorrerem sobre a successão da Corôa.
- VI. Na morte do Imperador, ou vacancia do Throno, instituir exame da administração, que acabou, e reformar os abusos nella introduzidos.
- VII. Escolher nova Dynastia, no caso da extincção da Imperante.
- VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.
- IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.
- X. Fixar annualmente as despesas publicas, e repartir a contribuição directa.
- XI. Fixar annualmente, sobre a informação do Governo, as forças de mar, e terra ordinarias, e extraordinarias.
- XII. Conceder, ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra e mar dentro do Imperio, ou dos portos delle.
- XIII. Autorisar ao Governo, para contrahir emprestimos.
- XIV. Estabelecer meios convenientes para pagamento da divida publica.
- XV. Regular a administração dos bens Nacionaes, e decretar a sua alienação.
- XVI. Criar, ou supprimir Empregos publicos, e estabelecer-lhes ordenados.

³²⁰ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. P. 241.**

XVI. Determinar o peso, valor, inscrição, typo, e denominação das moedas, assim como o padrão dos pesos e medidas.

Ademais, outra característica primordial dessa Constituição foi a instituição do Poder Moderador³²¹, atribuído ao Imperador, nos termos do art. 98 da Constituição de 1824:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Tal ausência de um sistema de um controle de constitucionalidade pode ser explicada pelo fato de que era de responsabilidade da Assembleia Geral velar pela guarda da Constituição e promover o bem geral da nação, somado ao fato da existência do Poder Moderador, que era considerado a chave de toda a organização política e tinha como função primordial manter a harmonia dos demais poderes políticos.³²²

Portanto, a existência de um controle de constitucionalidade por parte do Judiciário nesse período constitucional era impossível, tendo em vista que caso não o fosse realizado pela Assembleia Geral, então tal função seria exercida pelo Imperador no exercício do Poder Moderador.³²³

3.5.4 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Foi com o advento da República que o sistema constitucional brasileiro abandonou sua matriz inglesa para aderir a uma forte inspiração oriunda do direito constitucional norte-americano, sendo importante ressaltar que tal mudança foi graças aos esforços realizados por Rui Barbosa.³²⁴

³²¹ Sobre o Poder Moderador, CUNHA JR afirma que “praticamente inviabilizava o exercício de qualquer controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, além do que, nos termos daquela Constituição, cabia ao Imperador, no exercício do Poder Moderador, resolver os conflitos envolvendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo”. CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. P. 242.**

³²² AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 214.**

³²³ CUNHA JR ainda afirma que “em face dessa suprema inspeção exercida pelo Imperador sobre os três poderes, é certo que não haveria clima político e jurídico de se confiar ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Ante a arquitetônica constitucional, esse controle, se previsto, só poderia caber, evidentemente, ao Poder Moderador. CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. P. 242.**

³²⁴ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 214.**

Dessa forma, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 passou a prever o controle judicial de constitucionalidade das leis concomitantemente à criação do Supremo Tribunal Federal. Tal previsão constou no Decreto n.º 510 de 22 de junho de 1890, constando que

Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º Das sentenças da justiça dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.

Com o advento da Lei n.º 221 de 1824, restou finalizada a organização da Justiça Federal, ao dispor que

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

Todavia, foi a partir da reforma de 1926 que passou a constar na Constituição de 1891 a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recursos que questionassem sobre a vigência ou a validade das leis federais, em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negasse aplicação, nos termos do art. 60, §1º, alínea “a”, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Ou seja, foi a partir de 1926 que o Brasil pode usufruir do modelo americano de controle de constitucionalidade difuso e incidental, modelo este que perdurou até a Constituição vigente. Porém, como bem alerta CUNHA JR:

O sistema, como originalmente moldado, apresentava deficiências, pela possibilidade de existirem decisões conflitantes entre vários órgãos judiciários competentes para o controle de constitucionalidade, circunstância que propiciava um estado de incerteza no direito e uma plethora de demandas judiciais, que congestionavam as vias judiciais ordinárias, já que as decisões sobre a constitucionalidade das leis proferidas pelos juízes e tribunais operavam efeitos somente *inter partes*.

3.5.5 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 manteve o controle judicial difuso, incidental e sucessivo de leis e atos normativos do poder público, tendo em vista que no artigo 76 restava estabelecido que competia à Corte Suprema julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância quando a decisão fosse contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se houvesse questionado; quando se questionasse sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negasse aplicação à lei impugnada; quando se contestasse a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgasse válido o ato ou a lei impugnada;

Além disso, foram realizadas inovações, tendo em vista que aos poucos o sistema se afastava do puro critério difuso com a doção de aspectos do método concentrado.³²⁵ Não é de outra forma que de acordo com o artigo 179 ficou estabelecido que só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público; competia ao Senado Federal, nos termos do art. 91, IV, suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário e que, nos termos do artigo 96, quando a Corte Suprema declarasse inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicaria a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

3.5.6 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, Constituição essa que foi outorgada ao povo brasileiro, manteve o modelo de controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1891, conforme é possível verificar no art. 101, III, alíneas “b” e “c”:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

³²⁵ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. P. 243.**

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

Além disso, a carta constitucional deixou claro em seu artigo 94 que era vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. Todavia, o maior retrocesso desse período constitucional se deu através do art. 96, parágrafo único.

De acordo com o referido texto constitucional, restava estabelecido que só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República, e seguia, em seu parágrafo único, estabelecendo que no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.

3.5.7 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Com o advento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi derrubada a norma arbitrária contida no artigo 96, parágrafo único, da Constituição anterior e foi mantido o modelo difuso-incidental, como é possível verificar no artigo 101, inciso III, alíneas “b” e “c”.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal foi mantido como a cúpula do Poder Judiciário e era então composto de onze Ministros, nos termos do artigo 98 da Constituição. Todavia, a partir do Ato Institucional n.º 2 esse número foi elevado para dezesseis, em que pese o fato de qual número somente poderia ser alterado mediante proposta do próprio Tribunal.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, introduzindo o chamado controle abstrato de normas, por meio da ação genérica declaratória de inconstitucionalidade³²⁶ e que em seu art.

³²⁶ Todavia, RAMOS afirma que “Tal mecanismo, contudo, somente adquiriu maior relevância em nosso sistema difuso de controle a partir da entrada em vigo da atual constituição, complementada, nesse

2º fez uma alteração nas alíneas “c”, “f”, “i”, “e” e “k” do art. 101, inciso I, passando a constar da seguinte forma:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- c) os Ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do artigo 92;
- f) os conflitos de jurisdição entre juízes ou tribunais federais de justiças diversas, entre quaisquer juízes ou tribunais federais e os dos Estados, entre Juízes federais subordinados a tribunal diferente, entre juízes ou tribunais de Estados diversos, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios;
- i) os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, do Senado e da Câmara dos Deputados ou das respectivas Mesas, do próprio Supremo Tribunal Federal, de suas Turmas ou de seu Presidente do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas e dos Tribunais Federais de última instância (art. 106, art. 109, I, e art. 122, I);
- k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

A mesma Emenda Constitucional autorizou os Tribunais de Justiça dos Estados a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a respectiva Constituição, autorização está inserida no art. 124, inciso XIII da Constituição de 1946.

3.5.8 Constituição do Brasil de 1967/69

O controle difuso restou mantido com o Supremo Tribunal Federal decidindo em sede de Recurso Extraordinário, sujeito à Arguição de Relevância, nos termos do art. 119, inciso III, alíneas “a” e “d” da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.

ponto , pelas Emendas n.º 3, de 1993, e 45, de 2004, em virtude de uma série de fatores: em primeiro lugar, a ampliação da legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*); em segundo lugar, o alargamento do objeto dessas ações, de modo a abranger, também, “a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” (art. 103, §2º); a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, configurada pela Lei Federal n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999, como uma autêntica ação direta de inconstitucionalidade de caráter subsidiário; a criação da ação direta declaratória de constitucionalidade (EC n.º 3/93, com as alterações promovidas pela EC n.º 45/04).” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 291-292.

Além disso, foi preservada a competência originária da Suprema Corte para julgar Habeas Corpus quando o coator ou o paciente fosse Tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estivesse sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se tratasse de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância (art. 119, inciso I, alínea “h” da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969); e Mandado de Segurança contra atos do Presidente da República, das mesas da Câmara e do Senado Federal, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, bem como os impetrados pela União contra atos de governos estaduais (art. 119, inciso I, alínea “i” da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.);

Mediante a Emenda Constitucional n.º 7 de 1977, foi incluído no texto constitucional duas inovações: a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, inciso I, alínea “l” da Emenda Constitucional n.º 7 de 1977), inovação esta excluída da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; e a segunda, consistente no pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República (art. 119, inciso I, alínea “p” da Emenda Constitucional n.º 7 de 1977).

3.5.9 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Rompendo com o modelo autoritário instaurado pelo regime militar e restaurada a democracia no país, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aperfeiçoou o sistema do controle de constitucionalidade, mantendo a combinação de métodos difuso-incidental e concentrado-principal.³²⁷

Assim, de acordo com Cunha Jr³²⁸,

Pelo método difuso-incidental, todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer, por ocasião de uma demanda judicial concreta, o controle de constitucionalidade dos atos e da omissão do poder público [...] Pelo método concentrado-principal, por sua vez, só o Supremo Tribunal Federal pode exercer, em sede de ação direta, e em abstrato, o controle da constitucionalidade dos atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal e somente os Tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer, também diante de uma ação direta, o controle da constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

³²⁷ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. P. 245.**

³²⁸ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014. P. 246.**

Dessa forma, temos que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o controle de constitucionalidade das leis compreende, a um, o controle difuso-incidental, provocado por via de exceção ou defesa, em um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal e, a dois, o controle concentrado-principal, provocado pelas seguintes ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal: ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.³²⁹

Todavia, caberia ainda o seguinte questionamento: por que o controle de constitucionalidade, de forma geral, ocasiona num incremento do ativismo judicial? De acordo com Ramos³³⁰, a principal razão pela qual o controle de constitucionalidade acaba por impulsionar o ativismo judicial se dá em decorrência do fato de que, em que pese estejamos tratando de uma função jurisdicional, ele se aproxima e muito do exercício da função legislativa, e segue afirmando que

Quer em uma hipótese como noutra, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos gerais, ou erga omnes; de outra parte, quer no controle concentrado, quer no controle abstrato em sistema difuso, registra-se a tendência a se admitir a modulação de efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados.

Não é de outra forma que Azevedo Campos³³¹ afirma que um dos fatores que explicam o ativismo judicial no período pós 1988 se deu através dos novos desenhos institucionais estabelecidos pela Constituição vigente, por emendas constitucionais e por leis ordinárias, que, de uma forma ou de outra, ampliaram o acesso ao e o poder decisório do STF, oportunizando, dessa forma, sua ascensão institucional.

3.6 O neoconstitucionalismo

Não é somente o termo Neoconstitucionalismo que é rodeado de uma plêiade de conceitos, o próprio constitucionalismo padece de tal patologia. Não é de outra forma que a própria Rossi afirma que há uma dificuldade extrema em se chegar numa definição precisa do que consistiria o constitucionalismo e, dessa forma, seria mais recomendável se fazer um exercício de generalização, considerando o

³²⁹ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 204. P. 246.

³³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 292.

³³¹ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.258

constitucionalismo como um movimento doutrinário que estabeleceu a necessidade e garantiu limites jurídicos ao exercício do poder político.³³²

Assim, Rossi³³³ afirma que

Foi com John Locke e a sua original noção de separação e limitação dos poderes que essa distinção tornou-se mais clara e essencial. O poder absoluto se estabelece quando um único sujeito detém o poder legislativo e executivo; já o poder moderado implica que se possa distinguir não apenas a função executiva da legislativa, mas também que estas estejam atribuídas sempre a sujeitos distintos. [...] O Constitucionalismo se inicia, assim, em oposição à soberania, ou melhor, às formas absolutas de poder.

De acordo com Vieira Luiz³³⁴, a ideia de constituição nasce a partir das revoluções americana e francesa, tendo ambas o claro objetivo de limitar e controlar os poderes do Estado que, até antes daquele momento, eram absolutos. O constitucionalismo, dessa forma, é moldado a partir da noção de limitação do poder constituído. O monarca absolutista, que representava o Estado, deixa de existir para dar lugar a Constituição, representação da vontade do povo.

Nesse momento é importante fazer, ainda que de maneira breve, tendo em vista que não é o escopo deste trabalho, uma pequena diferenciação e contextualização histórica do constitucionalismo liberal e social.

De início, o Constitucionalismo Liberal, que teve início no final do século XVIII, tinha como característica predominante a criação de constituições escritas com o escopo de se estabelecer um equilíbrio entre o poder e a liberdade. Ou seja, as constituições desse período histórico tinham uma enorme preocupação estabelecer

³³² ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 133. Não é de outra forma que SANTOS afirma que “O status da Constituição na vida política dos países foi expressamente alterado com a evolução das primeiras formas liberais de Estado, de quem mais se exigia a abstenção do que atividade, ao tipo de estrutura de Estado existente nos nossos dias, que assume tarefas de promotor de direitos econômicos, sociais e culturais. De início, o papel desempenhado pela lei era de evidente destaque. Esse papel decorria das algumas características que marcavam o chamado Estado de direito. SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais.** Curitiba, Juruá Editora 2011. P. 24.

³³³ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 134. No mesmo sentido, SANTOS afirma que “A proeminência da lei no pensamento liberal decorre do fato de que os Parlamentos afirmaram-se, à época do absolutismo, como instrumentos de defesa da liberdade perante o poder, especialmente na experiência inglesa. No conceito de Estado de direito novecentista não está presente o medo do Parlamento, mas sim, o do arbítrio da administração ou, em algum grau, o dos juízes. O próprio conceito de Estado de direito traz em si a ideia de que só a lei é o instrumento adequado para a restrição de direitos individuais.” SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais.** Curitiba, Juruá Editora 2011. P. 25.

³³⁴ VIEIRA LUIZ, Fernando. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 128.

mecanismos de contenção de poder e de reconhecer formalmente as garantias de liberdade.³³⁵

A partir da segunda metade do século XIX os trabalhadores passaram a se conscientizar acerca da exploração da classe e do fato de que eram excluídos das esferas políticas de decisão. Dessa forma, tais fatos, com o passar do tempo, ensejaram transformações sociais que acarretaram inclusive uma mudança no próprio constitucionalismo, o qual se viu obrigado a se readaptar à nova realidade.³³⁶

Então, no início do século XX ocorre a transição do Constitucionalismo Liberal para o Constitucionalismo Social, ficando aparente a chamada “questão social”. É nesse período histórico também que ocorrem mudanças nas estruturas jurídicas e políticas, tendo em vista que o Estado passa a intervir de maneira mais ativa no âmbito econômico, tanto com o escopo de regulação do mercado como agente econômico.³³⁷

Assim, é a partir do constitucionalismo social que as constituições passaram a dar menos importância para a questão dos limites do poder e passam a assumir uma postura prospectiva, ou seja, estabelecendo programas de ação e metas a serem cumpridas pela sociedade através desta constituição, tendo em vista que o próprio

³³⁵ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 136. O autor segue afirmando “[...] as primeiras Constituições escritas da época passam, no entanto, a se entendidas com o caráter de meras Cartas Políticas de recomendações e orientações, sem o devido cunha de eficácia normativa. Não se pode esquecer que o capitalismo nascente em fins do século XVIII promoverá a separação entre a esfera política e a esfera econômica, típica do modelo liberal de Estado de Direito, [...] neste modelo de organização, o Estado se limita a garantir a segurança e a propriedade por meio de sua estrutura jurídica. Assim, o direito liberal burguês foi míope, na construção de suas normas gerais e abstratas, às diferenças concretas entre os indivíduos e os seus respectivos contextos de vida. Nesse contexto, a organização dos Tribunais se faz com vistas a manter-se a neutralidade na aplicação da lei. Conforme a já consagrada expressão, os juízes passam a ser a boca que pronuncia as palavras da lei, sem nada acrescentar ao direito legislativo. Nasce aí a concepção silogística da decisão judicial, na qual a sentença passa a ser o resultado de um raciocínio lógico silogístico, garantindo-se, assim, que a função de julgar não ofereça risco para a certeza e segurança jurídicas”. Idem. P. 136-138. No mesmo sentido, VIEIRA LUIZ afirma que “A conjugação da superação do absolutismo, do princípio da legalidade e da divisão dos poderes fortaleceu o papel dos Parlamentos, que, como representantes do povo, passaram a decidir os rumos das nações. O constitucionalismo surgiu, portanto, com cariz liberal – por meio de revoluções burguesas -, objetivando afastar o Estado das relações privadas (principalmente as comerciais), enaltecendo, assim, a liberdade do cidadão. Os direitos reconhecidos e protegidos, portanto, foram os de liberdades (direitos de primeira geração/dimensão), que significavam deveres negativos ao Estado, ou seja, abstenções, para que, com isso, cada indivíduo pudesse agir com ampla possibilidade de escolha na busca do ideal da “vida boa”. A liberdade de mercado e a proteção à propriedade são molas-chaves deste período do constitucionalismo, baseado no liberalismo econômico, fruto ideológico da burguesia dominante. Portanto, neste período, o Direito tem um caráter normativista-individual. VIEIRA LUIZ, Fernando. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 129.

³³⁶ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 139.

³³⁷ Idem. P. 134.

teor da lei magna passa a ser visto como um comando normativo. Passa-se, dessa forma, a reconhecer a diferença entre os indivíduos e é justamente através de programas prospectivos que se busca a diminuição de tais diferenças.³³⁸

O termo neoconstitucionalismo foi empregado pela primeira vez no ano de 1997 por Susanna Pozzolo, na apresentação de um trabalho científico intitulado “a especificidade da interpretação constitucional”, trabalho no qual a autora denomina como neoconstitucionalista a corrente e pensamento atuada por juristas e filósofos como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy.³³⁹

Para que se possa falar em neoconstitucionalismo, sendo que o termo “neo” dá a entender que está a se tratar de algo novo ou de algo que dá continuidade, seria necessário que se desse espaço a uma nova forma de se conceber a Constituição, uma nova forma de interpretação e, além disso, uma nova forma de compreender a relação da Constituição com a Política, Economia e o Direito.³⁴⁰ Em que pese

³³⁸ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 140-141. Segue a autora afirmando que “O constitucionalismo social que se desenvolverá, de maneira mais singular, no segundo pós-guerra, sofre, no período de entre Guerras, com constituições positivistas ainda o suficiente para impossibilitar a condução, pela organização de governo, de políticas que instrumentalizassem de maneira adequada a situação econômica, social e política daquele momento. O caráter positivista com que eram encarados, ainda, os Textos Constitucionais, embora eles já abrigassem princípios de justiça social e de democracia, não colaborou para que as constituições da época se constituíssem em freios para o desenvolvimento e a instalação de regimes autoritários como, por exemplo, o fascismo e o nacional-socialismo.” Idem. P. 142; VIEIRA LUIZ, acerca do constitucionalismo social, afirma que “O reconhecimento desses direitos nas cartas constitucionais e em tratados internacionais é fruto das aporias criadas pelo Estado Liberal, que, com o pretexto de conceder liberdade à população para a busca da felicidade do meio que melhor lhe aprouvesse, criou desigualdades ímpares na história da humanidade. As distorções e injustiças criadas pelo sistema capitalista, principalmente no período da Revolução Industrial, que vitimou inúmeras pessoas devido ao trabalho excessivo e exercido em condições adversas, retiraram a chance do sonho liberar de promover a liberdade individual para a consecução da vida feliz”. VIEIRA LUIZ, Fernando. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 130

³³⁹ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 134. APUD POZZOLO, Susanna. **Metacrítica del neoconstitucionalismo: una risposta ai critici di “neoconstitucionalismo e positivismo giuridico”.** *Diritto e Questioni Pubbliche*, n.3, p. 51, 2003. Porém, o mesmo autor ressalta que “isso não significa, obviamente, que haja total coesão e harmonia no pensamento de ditos autores, e nem que eles se reconheçam abrigados sob o chamado neoconstitucionalismo, mas sim, que compartilhem de algumas noções peculiares que poderiam uni-los em uma única corrente jusfilosófica.” Porém, SANTOS discorda de tal afirmação, aduzindo que “Apesar de Carlos Santiago Nino, Luis Prieto Sanchis, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, serem, todos, comumente rotulados como neoconstitucionalistas – equívoco crasso quando comparado à obra mais recente de Ferrajoli ou à obra completa de Dworkin e suas considerações acerca de uma teoria da decisão e a impossibilidade de discricionariedade judicial -, não há, com clareza e assertividade, no pensamento de nenhum deles, qualquer estruturação de uma teoria neoconstitucionalista. SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio.** Salvador, JUSpodium, 2018. P.32.

³⁴⁰ ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 144.

tamanho vagueza do termo, Santos³⁴¹ afirma que acerca do termo neoconstitucionalismo é possível afirmar que

Situa essa nova cultura jurídica no período que tem início a partir da Segunda Guerra Mundial, definindo os alcances de sua amplitude semântica como sendo três, podendo ser resumidos no seguinte cenário: (i) um suporte teórico maior e envolvente de (ii) novas práticas jurisprudenciais e (iii) novas especificidades dos textos constitucionais.

O mesmo autor aduz que a referida nova cultura jurídica se deu justamente pelo fracasso do regime nazifascista e de tudo aquilo que sustentava juridicamente os horrores notoriamente conhecidos da Segunda Guerra Mundial, fazendo com que toda a atenção dos filósofos do e no Direito se voltasse para uma reconstrução do direito.³⁴²

No que se refere a essa corrente de pensamento, Pozzolo³⁴³ afirma que é possível identificar as seguintes características nela:

- 1) Principios versus normas. Con esta formulacion me refiero a la expresion de tesis dirigidas a sostener que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios. Los principios se diferencian de las normas por alguns caracteristas: la dimension de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del todo o nada, según el cual son aplicables as caso concreto sólo prima facie. Distintas son las conceptualizaciones de estos estandars normativos, pero, en general, son vistos como valores Morales positivizados. Respecto al texto constitucional, aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta del mismo, si que es cierto que em él, em general, y em la mayor parte de las constituciones contemporâneas, se encuentran presentes em um número particularmente elevado, expresados em un lenguaje extremadamente vago y com um alto nível de abstracción, hasta determinar um cambio cualitativo del próprio documento. Junto a la tesis de los principios se encuentra, normalmente, la expresión de uma tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servise em mayor medida de tales estándares em la interpretación y em la argumentación jurídica. Pero, más em general, y también para ordenamientos em los que se cuenta com um órgano concentrado para el juicio de constitucionalidad de las leyes, esta tesis tende a sugerir una interpretación de la constitución y la consiguiente argumentación, dirigida a extraer del texto constitucional normas y principios idóneos para regular diretamente las controversias.
- 2) Ponderación versus subsunción. Con esta expresión me refiero al peculiar método interpretativo/aplicativo que requieren los principios. En afecto, ligada a la tesis de los principios se encuentra uma peculiar teoria de la interpretacion. Los principios no serían interpretables/aplicables según el común método llamado subsunción, peculiar de las normas. Los principios necesitarían um método llamo ponderación o balanceo. Esta técnica interpretativa consta principalmente de tres passos: a) em primer lugar, uma operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre em uma relación de antinomia parcial. Es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son sólo parcialmente coincidentes; b) em segundo lugar, los principios así localizados internamente sopesados para poder ponerlos

³⁴¹ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio.** Salvador, JUSpodium, 2018. p.27.

³⁴² SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio.** Salvador, JUSpodium, 2018. P.28

³⁴³ POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional.** Doxa: Cuardenos de Filosofia del Derecho, v.21, n. 2, p.339-353, 1998. P.340-342.

em relação jerárquica, obviamente axiológica; el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso; c) em tercer lugar, la jerarquía axiológica instaurada por el interprete se caracteriza por no estar construída em abstracto, sino em concreto. O sea, se construye em relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante em el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece em el caso examinado podrá sucesivamente ceder el juicio de outro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual em base a los juicios de valor formulados por el juez individual.

- 3) Constitución versus independencia del legislador. Com esta formulación me refiero a la expresión de una tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional. Si la subordinación de la ley puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, lo que es peculiar de este modo de ver las cosas es la materialización o sustancialización de la constitución. Com el uso de estos términos se quiere indicar que la constitución no tiene por objeto unicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido substancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales. Esto, no ya em el sentido kelseniano según el cual la constitución constituya una suerte de marco em el cual el legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas. Sin embargo, el contenido substancial condicionante cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, em todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que deve, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede el passo a la constitución y se convierte em un instrumento de mediación entre exigências prácticas y exigências constitucionales.
- 4) Jueces versus libertad del legislador. Com esta formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudência. Al juez, supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa em primer plano la consideración de las exigências de justicia substancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si com anterioridade el juez interpretaba/aplicaba el derecho independentemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigências de justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, em lá interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel assumido por el juez, este tende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.

Além desta tentativa de elucidar as características mais evidentes atribuídas ao neoconstitucionalismo, vale ainda mencionar aquelas trazidas por Otto³⁴⁴:

- 1) **Pragmatismo:** Esta propriedade faz depender o conceito do direito da compreensão particular que se tenha da teoria constitucional, o que torna o conjunto de sistemas jurídicos partícipes dos Estados constitucionais em matéria central para a elaboração de um possível conceito de direito. Neste caso, o sentido do pragmatismo se evidenciaría quando a determinação do conteúdo de direito se toma como ponto útil e, portanto, orientado à prática. A constatação do direito constitucionalizado faz depender a possível unidade, em torno daquele conceito, da útil justificação da existência de vários conceitos de direito (particulares). Portanto pressupõe-se no paradigma neoconstitucionalista “que existem vários possíveis conceitos de direito e a seleção pode obedecer à utilidade que reporte cada um deles, o qual comporta uma relativização importante de um pressuposto do IP [paradigma jusnaturalista-positivista], a saber: que devemos determinar o conceito de direito”.

³⁴⁴ OTTO, Écio, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Pgs 56-62.

- 2) **Ecletismo (sincretismo) metodológico:** O paradigma neoconstitucionalista requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica fazendo depender a exegese e aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se interconectam.
- 3) **Princípioalismo:** Fundamentado desde a distinção conceitual estabelecida entre princípios e regras, o “argumento dos princípios”, vinculado ao propósito neoconstitucionalista, junta-se a outros dois argumentos (argumento da correção e argumento da injustiça), para consolidar uma fundamentação de corte constitucionalista que aceita a tese da conexão do direito com a moral. Esta conexão é expressada em nível do neoconstitucionalismo através dos princípios jusfundamentais que servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais.
- 4) **Estatalismo garantista:** consiste esta propriedade no fato de que é imperiosamente necessário para a consecução da segurança jurídica no meio social que os conflitos sejam solucionados por intermédio de instituições estatais.
- 5) **Judicialismo ético-jurídico:** o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Denunciado o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico, a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral.
- 6) **Interpretativismo moral-constitucional:** A perspectiva interpretativa da moralidade da Constituição pressupõe que o intérprete constitucional considere que a iniludível intervenção dos juízos de valor levados a efeito no exercício da discricionariedade judicial deve levar em conta os valores morais da pessoa humana e conferir, em última instância, a efetivação desses na aplicação da Constituição.
- 7) **Pós-positivismo:** [...] o paradigma neoconstitucionalista centra o seu foco não na mera descrição da organização do poder ou de como funciona o direito positivo neste cenário, senão que constitui um modelo ideal – axiológico – normativo do direito – ao qual o direito positivo deveria tender.
- 8) **O juízo de ponderação:** O neoconstitucionalismo propugna que, na resolução dos chamados hard cases (casos difíceis) – nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção -, diferentemente da postura do juiz indicada pela teoria do positivismo jurídico, consistente no poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra, o juiz, pautado na tese dos direitos, tem o dever de “descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”, devendo agir “como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”. Nessa tarefa, todavia, que busca a resposta correta, são inseridos argumentos de princípio, os quais, sendo detentores de uma dimensão de peso, necessitam ser sopesados, ponderados.
- 9) **Especificidade interpretativa:** O neoconstitucionalismo sustenta a tese de que existe uma especificidade da interpretação constitucional em relação aos demais materiais normativos. A tese, portanto, segundo a qual “a interpretação constitucional, como consequência, do processo de constitucionalização do direito, apresenta hoje, de fato, algumas características peculiares em relação à interpretação da lei”, encontra amparo no argumento neoconstitucionalista que adota o modelo prescritivo de Constituição concebida como norma.
- 10) **Ampliação do conteúdo da Grundnorm:** Ultrapassando o esquema positivista kelseniano, que fundamenta a validade de todas as normas a partir de uma norma fundamental, completamente neutra, no que respeita ao seu conteúdo, o neoconstitucionalismo defende que a obrigatoriedade jurídica assumida em função da Constituição se deve à inclusão, no conceito de Grundnorm, de conteúdos morais.
- 11) **Conceito não-positivista de direito:**[...] em face da concepção positivista segundo o qual o direito se limita ao direito que é, é dizer, ao direito positivo, deixando de lado, como elemento de definição, a retitude material de uma norma ou de um ordenamento normativo, para a tarefa que pretende esboçar uma

definição de direito devem ser impressos elementos que vão além da mera vigência autoritativa ou da eficácia social de uma norma. [...] o conceito não-positivista de direito explica de uma forma mais adequada o processo constitucional próprio do neoconstitucionalismo ou até mesmo a natureza dos direitos fundamentais. Precisamente porque “os princípios juridicamente válidos desbordam o conceito positivista de direito na medida em que, estruturalmente, elevam a obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral”, o neoconstitucionalismo atribui às Constituições atuais, além de uma força formal de validade, uma densidade material normativa.

Todavia, em que pese o fato de que, conforme exposto em nota de rodapé acima, pensadores como Ronald Dworkin e Robert Alexy serem comumente rotulados de neoconstitucionalistas, estes em nenhum momento estruturam em suas obras uma teoria neoconstitucionalista. Porém, há de se dar palco para aquele que melhor estruturou (ou esquematizou) o estudo do neoconstitucionalismo, que é nada menos que o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso.³⁴⁵

Para tanto, o referido jurista realiza um estudo acerca de tal movimento a partir da sua divisão em marcos: um histórico, outros três marcos teóricos e, por fim, um marco filosófico.

No que se refere ao marco histórico, Barroso afirma que tal marco desse novo constitucionalismo, principalmente quando analisamos no contexto Europeu Continental, foi o constitucionalismo do segundo pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No contexto brasileiro, se deu através do processo de redemocratização instaurado com a Constituição Federal de 1988.³⁴⁶

No que tange ao marco filosófico, este seria o pós-positivismo. Nesse sentido, Barroso³⁴⁷ afirma que

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que

³⁴⁵ SANTOS faz uma ressalva ao estudo de Barroso, afirmando que “sua pesquisa, predominantemente realizada em solo estadunidense, é colmatada de características específicas do ordenamento jurídico ianque. Sua obra é tão eivada desse néctar, principalmente quando fala de ativismo judicial, que a leitura dela acaba por causar a impressão de que o constitucionalismo dos outros 192 países – ou de pelos alguns deles, do continente Europeu – foi abandonado ao relento. SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio**. Salvador, JUSpodium, 2018. P.32.

³⁴⁶ Ainda sobre o marco histórico, o mesmo autor firma que “a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a a Lei Fundamental de Bonn. [...] A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional”. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 240: 1-42, 2005. P. 3.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 240: 1-42, 2005. P. 4.

promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

No que se refere ao positivismo, há de se ressaltar que este assumiu diversas formas com o passar do tempo e de acordo com a evolução da teoria do direito. Porém, o traço característico de todos os positivismos reside na discricionariedade, mesmo quando tratamos do positivismo exegético, primevo ou paleojuspositivismo, tendo em vista, em que pese o fato de haver uma recusa de elementos valorativos ou metafísicos na análise do Direito e a atividade jurisdicional fosse mecânica, isso não ocorria no âmbito legislativo, tendo em vista que ele poderia, discricionariamente, positivar o direito.³⁴⁸

Naturalmente que ao se colocar como um modelo que veio para superar o positivismo, surge a necessidade de uma nova forma de interpretação, pois, Santos³⁴⁹, por exemplo, afirma que as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. Isso se dá pois as Constituições do segundo pós-guerra vieram repletas de normas de alto teor axiológico, em detrimento do suposto arquétipo formalista dos regimes totalitários.

Dessa forma, qualquer postura teórica, assim como o neoconstitucionalismo, que se intitule como pós-positivista, tem (ou deveria ter) como principal característica o afastamento do caráter epistemológico do(s) positivismo(s) jurídico(s).³⁵⁰

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016a. Disponível em: https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_eLiberdade/article/view/1181. Acesso em: 29 jun. 2021. P. 228.

³⁴⁹ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio**. Salvador, JUSpodium, 2018. P.92.

³⁵⁰ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio**. Salvador, JUSpodium, 2018. P.93. Acerca da problemática envolvendo a discricionariedade judicial no positivismo e do não afastamento desta no pós-positivismo, TASSINARI afirma que "A tradição jurídica é marcada por dois paradigmas: na Idade Média, o jusnaturalismo e, na modernidade, o positivismo jurídico. Para o positivismo kelseniano (normativista), um dos mais influentes na formação do pensamento jurídico contemporâneo, a aplicação do direito ocorria através de um ato de vontade de quem julgava. Para Hart, outro dos positivistas mais conhecidos e reconhecidos, a decisão nos casos considerados difíceis se dava por uma escolha do aplicador/intérprete. Em uma pretensa superação desses dois modelos de positivismo, a partir de uma leitura equivocada que confunde o positivismo normativista com o legalis- ta⁷, as teses pós-positivistas marcam o período pós-moderno e sustentam

Todavia, a partir da má compreensão de que o positivismo jurídico conduziria a uma aplicação da letra fria da lei, parte-se para uma inserção de valores ou princípios na ordem jurídica, fato este que poderia levar (e na prática, leva) à substituição do legislador pelo julgador e seus juízos morais, éticos etc.³⁵¹

De acordo com Barroso³⁵²

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos/ (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

a discricionariedade judicial (elasticidade/abertura interpretativa) como um elemento caracterizador deste novo perfil da jurisdição, que se consolida a partir do segundo pós-guerra.⁸ Mesmo as propostas neoconstitucionalistas, oriundas do movimento que vem sendo chamado de pós-positivismo, ainda que afirmando a noção de constitucionalismo forte, acabam apostando na discricionariedade. O resultado disso é afirmação, cada vez maior, de uma supremacia jurisdicional. O que precisa ficar claro é que o final da Segunda Guerra Mundial despertou a comunidade jurídica para repensar o constitucionalismo, especialmente na Europa. As diversas Constituições existentes apresentavam insuficiências e encontravam entraves à sua aplicação, devido a um imaginário pautado por uma supremacia legislativa, que era identificada com o positivismo. Ou seja, o movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária “reformulação” do constitucionalismo que objetivava romper com este cenário caracterizado por um “constitucionalismo fraco”, afirmando a importância da Constituição, em uma pretensa ruptura com o pensamento positivista. Nesse sentido, ao colocar a Constituição no centro do debate jurídico, reforçando o papel do direito constitucional, o neoconstitucionalismo trouxe importantes contributos para repensar o constitucionalismo, proporcionando significativos e inegáveis avanços. Contudo, ao lado disso e em contraposição, preponderantemente foi destinada ao Judiciário a tarefa de realização desse projeto constitucional, trazendo como uma das principais características deste novo constitucionalismo a discricionariedade judicial. Ou seja, a “revolução do novo constitucionalismo” se daria via Poder Judicial.” TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012a. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021. p. 34-35.

³⁵¹ O mesmo autor segue afirmando que “[...] a já propalada discricionariedade judicial, que mantém bases no positivismo [...] foi trocada por uma nova. E uma pior! Pois agora a discricionária (sic) aparece completamente carente de limites. É o que se chama de “pós-positivismo à brasileira”: um positivismo agravado!” TOVAR ZEHURI, Leonardo. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão da resposta adequada**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. P. 150-151. DALLA BARBA, ao tratar da questão do pós-positivismo, afirma que “[...] o neoconstitucionalismo – agarrando como principal suporte teórico as teorias de Robert Alexy – direciona-se para uma construção do Direito como um modelo não apenas de regras, mas também de princípios, entendidos estes como normas que consagram valores ou comandos axiológicos aptos a conectar a Moral como elemento de complementariedade do próprio Direito. Em outras palavras, no interior do pensamento neoconstitucionalista os princípios contêm elevada carga valorativa, e desse modo representariam a grande solução para escapar dos incômodos e insuficiências do formalismo interpretativo.” DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas Fronteiras da Argumentação: A Discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. 2ª.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 41-42.

³⁵² Este trecho do artigo de Barroso também diz respeito ao que ele chama de nova interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 240: 1-42, 2005. P. 9.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis.

Dessa forma, ainda que já exposto este argumento no presente trabalho, cumpre destacar o fato de que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do positivismo clássico no nível teórico-interpretativo, recolocando as censuras antiformalistas realizadas pela Escola do Movimento do Direito Livre, Realismo Jurídico, Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores. Todavia, o positivismo normativista ainda permanece nas entranhas do neoconstitucionalismo pois a discricionariedade judicial é uma das suas características primordiais.³⁵³

Dentro do marco filosófico, há de se entender que tal menção à “realização de escolhas” e a uma suposta criatividade que é autorizada ao julgador se dá através da ponderação, a qual foi maestralmente desenvolvida por Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica.

No que se refere à teoria Alexyana, Tovar afirma que o autor alemão promove uma distinção entre regras e princípios, tendo em vista que os primeiros seriam mandados de definição e os segundos mandados de otimização. Ou seja, os princípios se realizam na medida do possível, respeitadas as possibilidades fáticas e

³⁵³ DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas Fronteiras da Argumentação: A Discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. 2ª.ed. Salvador: Juspodvm, 2018. P. 43. No mesmo sentido, STRECK afirma que “Daí a minha convicção no sentido de somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós- positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.” STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 21-22, jan/jun. 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>. Acesso em: 9 de junho de 2021.

jurídicas, ao passo que as regras são ou não satisfeitas, ou seja, se dão na base do “tudo ou nada”.³⁵⁴

Esse é um dos motivos pelos quais Lenio Streck abandonou o neoconstitucionalismo e, ato seguinte, passou a tecer críticas a este:

Assim, reconheço que — para os propósitos daquilo que denomino de Crítica Hermenêutica do Direito — não faz mais sentido continuar a usar a expressão neoconstitucionalismo para mencionar aquilo que venho querendo apontar em minhas obras: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição, em que o direito possui DNA e seja reduzido ao máximo o grau de discricionariedade. É preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (CC), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.

Nessa medida, pode-se dizer que o CC representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano na teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios — atenção: princípios não como valores e, sim, operando no código lícito-ilícito), na teoria da interpretação, que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial e em uma teoria da decisão, que complementa a teoria da interpretação.³⁵⁵

Nesse ponto, há de se fazer uma ressalva no que se refere a diferença entre regras e princípios realizada por Lenio Streck a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. De início, há de se ter em mente que a referida diferenciação encontra palco no paradigma positivista no que se refere ao fenômeno interpretativo no Direito.³⁵⁶

Porém, o positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas, encontra-se perdido em um problema filosófico consistente na não superação das metafísicas

³⁵⁴ TOVAR ZEHURI, Leonardo. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão da resposta adequada**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. P. 155.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar 13. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo> > Acesso em 14 de mar de 2021.

Na mesma linha de raciocínio caminha TOVAR, que afirma que “[...] neoconstitucionalismo deve ser compreendido como um novo paradigma, porquanto o direito – do paradigma oriundo do segundo pós-guerra – deixa de ser regulador para assumir uma feição transformadora das relações sociais. O mesmo se diga quanto ao pós-positivismo, que, na prática, está muito distante de representar uma decorada (sic) do positivismo, mesmo porque superação tal só seria implementada na medida em se deixasse para traz a discricionariedade judicial, tão característica desta escola.” TOVAR ZEHURI, Leonardo. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão da resposta adequada**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. P. 154.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P.67

clássica³⁵⁷ e moderna³⁵⁸. Isso fica evidente quando, por exemplo, se verifica que alguns positivistas acreditam que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas aquilo que é comum a várias coisas individuais. Mas também existem aqueles positivistas que acreditam que, na tentativa de ultrapassar a literalidade do texto, se colocam a tarefa descobrir os valores escondidos na regra, valores aqui erroneamente compreendidos como princípios.³⁵⁹

Mas então surge o seguinte questionamento: como fica a referida diferenciação? De início, a grande problemática que permeia tal discussão reside no fato de o conceito de princípios e a sua própria utilização tem sido banalizada, fato este que impõe uma necessária conceituação para que ao menos possa se dizer o que não é um princípio. Dessa forma, Streck afirma que uma distinção estrutural pode estar no cerne do problema no que tange a entender os princípios como “cláusulas de abertura” ou de “fechamento hermenêutico” no momento da decisão.³⁶⁰

³⁵⁷ No que se refere à metafísica clássica, STRECK explica que “existem diversas peculiaridades que diferenciam a metafísica clássica da metafísica moderna, que podem ser compreendidas a partir da relação que estabelece entre o sujeito e o objeto do conhecimento. Desse modo, se na metafísica moderna o sujeito solipsista se constitui num verdadeiro assujeitador do mundo, na metafísica clássica o objeto se impõe em relação ao sujeito, sendo que em ambos a linguagem acaba mantendo um caráter meramente instrumental. [...] a metafísica se apresentou sob três formas diferentes, que são como: teologia; ontologia e gnosiologia. Na primeira, a Metafísica se apresenta como ciência daquilo que está além da experiência. Implica reconhecer como objeto da Metafísica o ser mais alto e perfeito do qual dependem todos os outros seres e coisas do mundo. [...] A segunda é a ontologia ou doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é; [...] O terceiro conceito de Metafísica como gnosiologia é expresso por Kant resgatando Bacon na sua filosofia primeira: uma ciência universal, que seja mãe de todas as outras e constitua no processo das doutrinas e constitua no processo das doutrinas a parte do caminho comum, antes que os caminhos se separem e se desunam. [...] Já a articulação dessas três acepções na ideia de motor imóvel compõe a metafísica chamada onto-teo-lógica. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 223-228.

³⁵⁸ No que se refere à metafísica moderna, STRECK explica que “[...] o caráter fulcral da Modernidade, pelo que ela distingue radicalmente da Antiguidade, provém dessa passagem insensível da substancialidade à subjetividade ou, para dizer numa linguagem menos severa, da passagem da alma ao eu e, ao mesmo tempo, da passagem da exterioridade à interioridade. Por isso, um ponto decisivo para a compreensão do Direito e da hermenêutica contemporânea é a compreensão do papel assumido pelo sujeito na modernidade. A grande reviravolta ocorre quando a pergunta “o que é o ente?”, que inaugura a metafísica (clássica), cede espaço a uma pergunta gnosis-ontológica, e “[...] transforma-se na pergunta sobre o método, sobre o caminho no qual algo incondicionalmente certo e seguro é buscado pelo próprio homem e para o homem e a essência da verdade é circunscrita. A questão “o que é o ente?” transforma-se na questão acerca do *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*, acerca do fundamento incondicionado e inabalável da verdade”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 229-234.

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P.67

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 554-555.

Como é bem sabido, Robert Alexy realiza uma distinção entre regras e princípios, sendo estes integrantes da estrutura semântica das normas de direitos fundamentais. Ou seja, tendo em vista que para Alexy norma é um conceito semântico, é possível descrever suas características estruturais. Ai que surge o que já foi abordado neste trabalho: normas de dever-ser alargado (princípios), quando entram em colisão, tal acontecimento é resolvido pela ponderação, ao passo que normas de dever-ser restrito (regras) podem ser aplicadas diretamente ao caso concreto no procedimento chamado subsunção.³⁶¹

Porém, como bem exposto por Streck³⁶²,

Por certo que essa operação não é assim tão simples. Do ponto de vista hermenêutico, não há como separar os “momentos” de “fazimento” da norma. Ou seja, não se trata de uma prioridade temporal, no sentido de um antes e um depois, dos princípios com relação às regras e desses com relação à normatividade. Há simplesmente um privilégio que é próprio do caráter hermenêutico ínsito à experiência jurídica. Há uma circularidade também entre os princípios e a normatividade. No fundo os princípios são normas e as normas são princípios; não há como determinar uma condição apodítica que especifique quando começa um e termina o outro. De todo modo, uma coisa é definitiva; não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. [...] Nessa medida – e novamente com Dworkin – insisto em afirmar: norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico.

Ao ser feita tal distinção estrutural, de acordo com Streck³⁶³, os princípios acabam adquirindo uma condição de metarregas, o que ocasiona no fato de que tais

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 556. Segue STRECK afirmando que “a obrigatoriedade dos princípios (ou seu caráter normativo, se assim preferir) não decorre desta operação semântica realiza por Alexy e seus seguidores. [...] a palavra “norma” representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na applicatio. [...] Mas a norma, como já foi afirmado reiteradamente, não existe sem a interpretação e a interpretação, por sua vez, não se faz sem um caso – hipotético ou real. Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso. E como resolvemos os casos jurídicos? Resolvemos a partir de princípios e regras que determinarão a obrigação jurídica a ser cumprida pelas partes. Portanto, os princípios e as regras são como condições de possibilidade da normatividade e não o contrário”. Idem. P. 556-557. No mesmo sentido em FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 68-69.

³⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 557.

³⁶³ FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 69. Lenio Streck segue o raciocínio afirmando que “Normas serão, assim, o produto de uma dimensão deontológica própria do direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. Se admitimos ou se estamos de acordo que a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa, e se estamos de acordo que o novo paradigma de direito tinha que fazer uma ruptura com aquela autonomia formal, e se estamos de acordo que o catálogo de direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática (justa e solidária) foram inseridos nas constituições, o modo de fazer isso é compreender que isso só se dá a partir da facticidade. Isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda

princípios ingressem no sistema jurídico para suprir as insuficiências ônticas das regras. É justamente por isso que princípios não são valores, pois para que um princípio seja obrigatório ele não pode se desvincilhar da democracia, o que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras. Ou seja, os princípios são a forma pela qual toda a normatividade adquire força normativa.

De acordo com Santos³⁶⁴, seriam então os princípios que trariam o mundo prático para dentro do Direito novamente, tendo em vista que estes seriam aplicados a partir da técnica da ponderação em detrimento da técnica interpretativa das regras, ou seja, a mera subsunção.

Como já explicado, a distinção apresentada por Alexy tem como escopo resolver o problema da dogmática dos direitos fundamentais a partir de uma análise analítico-semântica, argumento este que justifica o fato de norma ser gênero, na qual são espécies regras e princípios. Porém, como bem lembra Streck³⁶⁵, os princípios acontecem antes do caso em abstrato, e seu problema de aplicação continua a depender de uma estrutura silogístico-dedutiva.

Ou seja, seguindo essa linha de raciocínio as regras não acontecem sem os princípios e os princípios, conforme analisa Streck, atuam como determinantes para a concretização do Direito e conduzem para a determinação de uma resposta adequada, e esta somente é determinada a partir do momento em que se identifica o princípio que institui a regra do caso.³⁶⁶

Assim, Streck³⁶⁷ afirma que é possível identificar três modos de distinção estrutural dentro do paradigma pós-positivista na teoria do direito:

essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras. Do mesmo modo, não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas, sim, em uma deontologia dos princípios, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito. Os princípios não autorizam a criação de novas normas jurídicas, ou seja, não necessariamente “criam direito novo”, mas são, eles mesmos, já a normatividade do direito.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 567.

³⁶⁴ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do árbitro**. Salvador, Juspodium, 2018. P.94. Caminhando praticamente na mesma linha argumentativa, STRECK afirma que “para a hermenêutica (filosófica) por mim sufragada, o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida (Wittgenstein). O princípio cotidianiza a regra. Devolve, pois, a espessura ao ôntico da regra. É pura significativamente e desabstratização. Trata-se de uma espécie de redenção da existência singular da regra (veja-se que a regra é feita com caráter de universalidade/generalidade). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 570.

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 568.

³⁶⁶ Idem. P. 569.

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 569-572.

Na distinção lógica, pretende-se iluminar a distinção (na verdade, cisão) entre regra e princípio a partir do momento aplicativo de cada um destes fenômenos jurídicos. Assim, diz-se que regras são aplicáveis por subsunção, ao passo que os princípios são por ponderação (Alexy). [...] Já a distinção formal-enunciativa procura realizar uma classificação das regras e dos princípios a partir da análise dos enunciados que expressam regras e dos enunciados que expressam princípios. [...] Desta tentativa de classificação advêm as teses de que as regras são enunciados “fechados” que não permitem expansão interpretativa”, enquanto os princípios seriam enunciados “abertos” que possibilitariam uma maior margem de atuação por parte do intérprete. Neste caso, o problema semântico próprio da regra – ambiguidades e vaguezas – é transferido também para os princípios, que passam a ser responsáveis por um problema do qual eles, na verdade, são a solução. [...] No caso da distinção material-conteudística, procura-se a diferenciação dos conteúdos tutelados pelas regras e dos eventuais conteúdos guarnecidos pelos princípios. Neste caso, as regras seriam responsáveis pela determinação das estruturas mais elementares do ordenamento jurídico, ao passo que os princípios tutelariam “valores”, isto é, os princípios seriam responsáveis pela introdução dos valores no direito de acordo com a cultura produzida por determinada comunidade em determinado período de tempo.

No que se refere nas distinções acima citadas, cabem alguns apontamentos específicos. No que se refere à distinção formal-enunciativa foi explicitado que a partir desse viés tem-se que as regras são enunciados fechados, ao passo que os princípios teriam como função a abertura interpretativa. A partir da Crítica Hermenêutica do Direito é possível afirmar que há um grande equívoco em tal afirmação.

Ao contrário do que é dito no parágrafo anterior, na verdade é a regra a responsável por abrir a interpretação, justamente pois é da sua natureza a universalidade, abstração e generalidade. Ou seja, a regra, por si só, não trata de nenhum caso em específico, tendo em vista que deve abarcar toda e qualquer hipótese de incidência do fato à regra. E nesse momento em que aparece o papel dos princípios, tendo em vista que eles assumem a função de fechamento interpretativo, individualizando a *applicatio*.³⁶⁸

Dessa forma, na linha compreendida por Streck³⁶⁹

A distinção (cisão) estrutural entre regras e princípios – em qualquer um dos modos que retracei acima – reduz a importância dos princípios, retirando-lhes o caráter de transcendência. Sendo mais claro: para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representavam no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. [...] não se pode contentar com análises topográfico-analíticas.

Dessa forma, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, Streck³⁷⁰ parte da premissa de que a diferenciação entre regras e princípios se dá pelo fato de que regras são resultados da leitura de textos normativos, tendo em vista que, de acordo com o

³⁶⁸ Idem. P. 570.

³⁶⁹ Idem. P. 572.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 69.

referido jurista, elas teriam uma certa porosidade em decorrência da sua universalidade, abstração e generalidade, ao passo que seria tarefa dos princípios realizar o fechamento interpretativo, institucionalizando o mundo prático do direito.

Feita essa breve explicação, sigo. Na linha defendida pelo mestre italiano Luigi Ferrajoli, o neoconstitucionalismo acabaria por resgatar teses jusnaturalistas com o objetivo de superar o juspositivismo. Nesse sentido, afirma Ferrajoli³⁷¹ que

O constitucionalismo, com sua pretensão de submeter as leis a normas superiores estipuladas como inderrogáveis, exprime uma instância clássica do jusnaturalismo é uma ideia recorrente, sustentada desde quando a expressão constitucionalismo foi deslocada do léxico filosófico-político para o léxico filosófico-jurídico. O constitucionalismo, conforme esta tese, equivaleria à superação [...] do positivismo jurídico, não mais idôneo para dar conta da nova natureza das atuais democracias constitucionais. Com a incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparecia o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre o direito e moral, ou seja, entre validade e justiça.

Assim, ao analisar o então chamado por Luigi Ferrajoli constitucionalismo principialista ou argumentativo, este defende que tal constitucionalismo poderia se caracterizar, a um, pelo ataque ao positivismo e à tese da separação entre o direito e a moral; a dois, a argumentação assumindo um papel central a partir da defesa da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios objetos de ponderação, e não de subsunção; a, por fim, a três, partindo de uma concepção de que o Direito seria uma prática jurídica confiada aos juízes.³⁷²

Por fim, temos o marco teórico, o qual é composto pelos seguintes sub-marcos: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.

No que se refere ao primeiro sub-marco, Barroso³⁷³ explica que

³⁷¹ FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 19-20.

³⁷² FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 21.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 240: 1-42, 2005. P. 5. No mesmo sentido, MOLLER afirma que “A força vinculante da constituição constitui, talvez, o grande traço diferenciador do constitucionalismo contemporâneo em relação ao constitucionalismo moderno. É de ser registrado que este último também previa um sistema de controle de constitucionalidade, rigidez constitucional ou um rol de direitos fundamentais. A diferença, portanto, é na consideração dessas normas substantivas ou materiais, isto é, que consagram direitos e compromissos constitucionalmente previstos não apenas como um documento de intenções, sempre à espera de um legislador benevolente que, primeiro, a respeite e, depois a concretize. Por força vinculante pode-se entender o correto reposicionamento da constituição dentre as fontes do direito, bem como a atribuição de seu caráter normativo.” MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

É possível verificar que a força normativa da Constituição passou a ganhar mais força a partir do processo de reconstitucionalização que se deu a partir da segunda guerra mundial, inicialmente pela Alemanha e depois a Itália, Portugal e Espanha. Dessa forma, de acordo com Barroso³⁷⁴

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas. e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Isso se dá pois não se considera mais a constituição como um mero instrumento normativo de organização do poder, mas sim que ela também expressa valores, princípios, diretrizes, metas e regras jurídicas. Dessa forma, as normas constitucionais passam a orientar toda a atuação de todos os poderes estatais, inclusive permitindo que em alguns casos possam ser aplicadas diretamente.³⁷⁵

No tocante ao novo modo de interpretação constitucional, ainda que já analisado de uma forma ou de outra neste tópico, cabe expor outros pontos trazidos por BARROSO em seus textos. De acordo com o referido jurista

Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação .

³⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 240: 1-42, 2005. P.4-5

³⁷⁵ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 34. O mesmo autor, no que se refere à força normativa da constituição, afirma que “O caráter normativo da constituição consiste, na consideração de todos os dispositivos da constituição como verdadeiras normas jurídicas e, portanto, aptas para produzir efeitos jurídicos. [...] um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da ideia de que toda norma constitucional [...] é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos. [...] Como a constituição não prevê apenas regras, mas também princípios, o método da subsunção não dá conta da aplicabilidade da totalidade de suas normas, sendo exigida a ponderação. Nesse processo, o julgador não tem parâmetros de atuação definidos, pelo que inova no ordenamento. Assim, surgem críticas relativas ao protagonismo judicial, desequilíbrios das relações entre os poderes, etc.” Idem. P. 34-36.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem.

Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural - até porque inevitável - no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contra-põem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderações. *A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, cronológico e da especialização - quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.*

Chega-se, por fim, à *argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável.³⁷⁶

O problema maior no que se refere a tal processo de ponderação reside no fato de que abre boa margem para o exercício irrefreado de voluntarismo e de decisões *ad hoc*. Nesse sentido, Ramalho³⁷⁷ afirma que em que pese o fato de que a

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 240: 1-42, 2005. P.9-10.

³⁷⁷ RAMALHO, Raineri. **STF e o Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. P. 65. O mesmo autor segue o raciocínio afirmando que “Quando ao seu efeito na interpretação constitucional, Horbach observa que “com essa retórica, o intérprete pode, na “nova hermenêutica”, dar ao texto o sentido que bem entender, partindo do pressuposto que não existe um sentido verdadeiro da norma, sendo sua tarefa um ato de vontade e não de conhecimento. [...] Outrossim, a ponderação na forma como utilizada no Brasil – não seguindo o procedimento elaborado por Alexy, mas apenas como confronto argumentativo básico entre princípios – não representa inovação alguma para a jurisdição constitucional, sendo utilizada há mais de um século. Se for observado que a “ponderação à brasileira” sequer é uma técnica, mas apenas uma proteção para a atuação subjetiva do julgador, estar-se-ia

ponderação proposta por Alexy, de uma forma ou de outra, racionalizar o processo decisório, a técnica em si, num geral, serve para a justificação de critérios valorativos pessoais do julgador quando na interpretação do sistema jurídico e, em ato contínuo, a força normativa da constituição passa, aos poucos, a ser substituída por uma “Constituição do intérprete”.

No que se refere ao sub-marco da expansão da jurisdição constitucional, este já foi previamente analisado no item 3.8.2.

Diante de todo o exposto, seria mais recomendável conceituar o neoconstitucionalismo como, nos dizeres de Moller³⁷⁸, um movimento do próprio constitucionalismo contemporâneo e que implica em uma mudança de atitude dos operadores jurídicos e, complementando com as lições de Streck³⁷⁹, seria um movimento do pós guerra em que se ficou evidenciado uma forte necessidade de se romper com um cenário político marcado pelo totalitarismo amparado pela legalidade, visando um modelo de Direito que rompesse com a tradição positivista e que fosse em direção a um constitucionalismo dirigente.

diante apenas de uma discricionariedade judicial, conduta indevida que deve ser afastada do meio jurídico, e não estimulada. [...] Esta conduta, ao diminuir a força normativa constitucional, fragiliza a proteção aos direitos de liberdade, que dependem necessariamente de previsão e proteção constitucional para existirem”. Idem. P.66-67.

³⁷⁸ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 43.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 249-250.

SEGUNDA PARTE

**A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO BASE PARA UMA TEORIA DA
DECISÃO NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES
NO PACOTE ANTICRIME PARA FREAR O ATIVISMO JUDICIAL**

1 UM ESTUDO DIRECIONADO DO ART 315, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A FUNDAMENTAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE UM PROCESSO ACUSATÓRIO

1.1 O artigo 3º-A do Código de Processo Penal: O natimorto Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro

O sistema acusatório, que, como será explicado a frente, foi desenvolvido na Inglaterra no século XI, é fruto da invasão normanda. O soberano, Guilherme “O Conquistador”, proclamou a vigência do direito anglo-saxão e até hoje juristas e juízes ingleses o observam, as vezes invocando e até aplicando alguma provisão da era anglo-saxônica.³⁸⁰

No que se refere à tradição da *common law*, a própria tradução do referido sistema nos traz a sua origem: o direito comum, ou seja, os costumes gerais. Nesse sentido, Junior³⁸¹ afirma que o *common law* também pode ser entendido como o direito desenvolvido pelos juízes, em detrimento daquele direito codificado, como ocorre no sistema da *civil law*.

A *common law* é o sistema jurídico que se construiu na Inglaterra principalmente pela ação das cortes reais de justiça, desde a conquista normanda. A influência do *common law* tem sido considerável não apenas nos países de língua inglesa, mas geralmente na maioria dos países, senão em todos os países que estavam de alguma forma ligados ou associados politicamente à Inglaterra. Dessa forma, esses países podem ter preservado, em algumas áreas, algumas de suas tradições, instituições e conceitos que eram seus.³⁸²

O Direito Inglês não conheceu uma renovação pelo direito romano e nem através da codificação, cujas características são inerentes ao direito francês e dos demais direitos da família romano-germânica, sendo, em verdade, o produto de uma longa evolução, e não por qualquer revolução. Esta circunstância tornou-se um orgulho para os juristas ingleses, tendo em vista que, para eles, esta seria a prova da

³⁸⁰ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey. P. 210

³⁸¹ JUNIOR, Gilberto Andreassa. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. P. 20

³⁸² DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey. P. 206..

grande sabedoria da *common law*, de seus poderes de adaptação, de seu valor permanente e das correspondentes qualidades de seus juristas e do povo inglês.³⁸³

No que se refere ao sistema feudal que se instaurou na Inglaterra após a conquista normanda, David³⁸⁴ afirma que

La feudalidad inglesa es muy diferente de la que, en la misma época, puede observarse en Francia, en Alemania o en Italia. Los señores normandos, que acompañaron a Guillermo El Conquistador en Inglaterra, se instalaron en un país conquistado, del que ignoran su idioma y sus habitantes y costumbres que merecían todo su desprecio. Ello les genera la necesidad de agruparse en torno a su soberano en defensa de la conquista y de sus propiedades. El conquistador supo protegerse contra el peligro que representaban para él vasallos demasiados poderosos. Por ello en la distribución de las tierras que hizo Guillermo El Conquistador a sus adeptos, procuró no constituir ningún gran feudo, de tal forma que ningún “barón” pudiera rivalizar en el poder real. La ley de 1290, el estatuto Quia emptores, prohibió toda sub-enfeudación, de manera que todos los señores feudales dependían directamente del rey.

De alguna manera se trata de un ejército que acampa en Inglaterra; el espíritu de organización y de disciplina normanda se manifiesta en la redacción, desde 1086, del Domesday, documento donde se inscribirían los 15 000 dominios (manors) y los 200 000 hogares existentes en ese entonces en Inglaterra. Este carácter militar, organizado, de la feudalidad inglesa, es uno de los elementos que va a permitir, a diferencia del continente europeo, el desarrollo del *common law*.

A lei comum ou *common law*, em oposição aos costumes locais, é o direito comum de toda a Inglaterra. Esse direito, em 1066, não existia. A assembleia de homens livres, denominada *County Court* ou *Hundred Court*, aplicava o costume local; limitou-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deveria ter o fundamento do seu dizer, submetendo-se a um modo de prova que não tinha pretensão de ser racional.³⁸⁵

Após a conquista normanda, os tribunais competentes, a princípio os *Hundred Courts* ou *County Courts*, seriam gradualmente substituídos por jurisdições imponentes de uma nova espécie (*Courts Bárion*, *Courts Leet*, *Manorial Courts*), mas eles decidirão aplicando uma lei comum eminente local. As jurisdições eclesiásticas, instituídas após a conquista, aplicam o direito canônico, comum a toda a cristandade.

³⁸³ Idem. P. 211

³⁸⁴ Idem. P. 211. Complementando o afirmado por René David, POLI afirma que “Guilherme, após vencer a batalha de Hastings e conquistar a Inglaterra, além de manter os direitos anglo-saxônicos, importou e instaurou o regime feudal, fortalecendo e centralizando o poder real e fazendo desaparecer a época tribal. Desta forma, os Reis que o sucederam conseguiram impor sua autoridade sobre os diversos territórios do seu reino, de modo que foi sendo desenvolvida a competência de suas jurisdições em detrimento das jurisdições senhoriais e locais, que foram perdendo cada vez mais suas atribuições. POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 113-114.

³⁸⁵ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey. P. 211-212.

A elaboração do *common law*, direito inglês comum a toda a Inglaterra, será doravante trabalho exclusivo dos Tribunais Reais de Justiça, popularmente chamados de Tribunais de Westminster, cujo nome obedece ao local onde se reuniram a partir do século XIII.³⁸⁶

Dessa forma, explica Poli³⁸⁷ que

[...] O Rei, através da Curia Regis, julgava apenas os casos excepcionais, como a ameaça à paz do reino ou, quando as circunstâncias do caso impossibilitassem o exercício da justiça pelos meios normais. A sua jurisdição, portanto, era extraordinária, não sendo aberta para qualquer caso ou para qualquer pessoa. [...] Os senhores (Barões), por sua vez, não estavam dispostos a se submeter às jurisdições reais, pois pretendiam continuar sendo chefes de seus domínios e entendiam que a intervenção da autoridade real nos assuntos da sua competência era, além de intolerável, contrária à ordem natural das coisas. Tal situação acarretou diversos conflitos entre Reis e Barões, o que foi bastante significativo para a estruturação do sistema acusatório.

Porém, como ressalta David³⁸⁸, os Tribunais Reais gradualmente estenderam seu poder ao longo do reino devido às constantes exigências do povo pois, para este, a justiça real era de melhor qualidade do que a de outras jurisdições e, ademais, somente os Tribunais Reais tinham os meios eficazes para garantir a presença das testemunhas e assegurar a execução das suas decisões, bem como obrigar seus vassallos a prestar juramento. Por isso, os Tribunais Reais puderam modernizar seus procedimentos e submeter o processo de disputa a um júri, enquanto as demais jurisdições foram fatalmente condenadas a preservar um arcaico sistema probatório. Assim, os Tribunais Reais foram os únicos da Idade Média que puderam desenvolver sua jurisdição e de fato prevalecer como as únicas cortes que poderiam administrar a justiça.

Nesse sentido, diante da nova estrutura jurídica que lá se estabelecia, David³⁸⁹ explica que

Em princípio, quem requerer este privilégio deve dirigir-se ao Chanceler da Coroa, que deve requerer a deliberação de um writ (breve), através das jurisdições régias podem ser interpostos mediando o pagamento de taxas à Chancelaria. Também pode recorrer diretamente aos juizes, a título de reclamação ou a pedido de uma parte. [...] Obter a concessão de um writ do Chanceler Real ou convencer os juizes a conhecer da ação intentada por meio de reclamação, tem suas próprias dificuldades. A autoridade real não é poderosa o suficiente no século XIII para que o Chanceler Real conceda um writ ou para que os juizes concordem em decidir em todos os casos. Por um longo período, foi necessário, antes de emitir o writ,

³⁸⁶ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey. P. 211-212.

³⁸⁷ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 115-117.

³⁸⁸ Idem. P. 213.

³⁸⁹ Idem.

ponderar a oportunidade de distribuí-lo de acordo com as considerações vigentes; No entanto, o número de precedentes em que um writ foi dado sem maiores formalidades (*brevia de cursu*) cresceu lentamente com o tempo.

O procedimento perante os Tribunais Reais de Westminster variava de acordo com a forma como a ação era iniciada. Cada *writ* correspondia a um procedimento específico que determinava a sequência dos atos processuais que deviam ser cumpridos, a forma de resolver as ocorrências, a possibilidade de representação das partes, as condições de recebimento das provas, as modalidades de sua administração e as providências para que se execute as sentenças.³⁹⁰

Porém, diante das mais diversas interferências do Rei nos assuntos que cabiam aos senhores feudais, estes lutaram contra o constante desenvolvimento dos *writs* e, com o advento da Magna Charta Libertatum de 1215, foram contidas as limitações das jurisdições reais sobre a dos Barões e no ano de 1258 obtiveram a proibição da criação de novos tipos de *writs*. Porém, no ano de 1285 foi conciliado os interesses dos Reis com os dos Barões, sendo estabelecido que não poderiam ser criados novos *writs*, mas admitir-se-iam a emissão deles em casos similares que já tivessem dado lugar à concessão de *writs*.³⁹¹

Porém, Poli³⁹² afirma que os juízes, em que pese o fato de terem sido nomeados pelo Rei, após certo tempo passaram a ter certa independência, o que fez surgir um sentimento de necessidade de se recorrer diretamente ao rei, tendo em vista que as demais jurisdições, aos poucos, iam desaparecendo e a demanda se concentrava nos Tribunais.

Dessa forma, David³⁹³ complementa o exposto acima, afirmando que

Os obstáculos à administração da justiça pelos tribunais de Westminster resultaram inevitavelmente em um número significativo de disputas que não receberam uma solução justa. Nessas controvérsias, o espírito da parte afetada foi auxiliado por uma última possibilidade de obter justiça: recorrer diretamente ao monarca, fonte de toda justiça e graça. Nestes casos, considerou-se que as jurisdições reais não administraram corretamente a justiça; o monarca, conseqüentemente, teve que superar o funcionamento deficiente da justiça de seus tribunais. Este supremo apelo

³⁹⁰ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey. P. 215. Segue DAVID afirmando que “O sistema da common law consistiu, desde suas origens, em uma série de procedimentos (forms of action) por meio dos quais uma decisão pode ser proferida. A abordagem crucial era que os tribunais reais admitissem a reclamação e, uma vez admitida, chegassem à sua conclusão por meio de um procedimento repleto de grande formalismo.” Idem.

³⁹¹ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 121-122.

³⁹² Idem.

³⁹³ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey. P. 219.

que foi apresentado ao monarca, dentro dos postulados da Idade Média, foi entendido de forma natural, e as cortes reais não se surpreenderam quando uma das partes em disputa solicitou ao monarca que usasse essa "prerrogativa". Em última instância, as cortes reais devem seu desenvolvimento à implementação desse mesmo princípio, que consiste em recorrer ao monarca, em casos excepcionais, para obter justiça.

Todavia, no que concerne ao sistema acusatório, é possível afirmar que esse teve início com o writ emitido em 1166, ano este em que Henrique II criou o Tribunal de Clarendon, no qual foi instituído o julgamento por um júri que estaria encarregado um *Sheriff* de reunir doze homens da vizinhança que tinham como objetivo dizer se o detentor de uma terra havia realmente desapossado o queixoso. Além disso, a acusação passou a ser pública.³⁹⁴

Nesse sentido, como bem ressalta Poli³⁹⁵,

Tal tornou-se um júri de acusações que, mais tarde, passou a ser chamado de Grand Jury, e era encarregado de denunciar os crimes mais graves aos juízes (indictment). Era composto de 23 jurados em cada condado (county) e de 12 jurados em cada centena (hundred), os quais deveriam decidir de acordo com o que dizia e que sabiam, não devendo se ocupar com as provas. Formulada. A acusação pelo Grand Jury, o julgamento caberia a um sundo júri (chamdo Petty Jury) que, em geral, era composto por 12 jurado (boni homines) escolhidos entre os vizinhos do lugar onde ocorreu o delito. [...] O Petty Jury era formado peo que se chamou de juízes pares (jurados) [...] Portanto, se a acusação fosse admitida pelo primeiro júri, o acusado seria julgado pelo segundo júri. Durante o julgamento, enquanto o júri dizia o direito material, o Rei ditava as regras processuais. [...] o representante real não intervinha, exceto para manter a ordem. [...] o processo penal inglês apareceu como um autêntico processo de partes, pois nele o contraditório era pleno, o juiz era passivo, pois estava longe da produção de provas, e a obtenção do conhecimento se dava pelas provas produzidas pelas partes. O réu, antes de acusado, era um cidadão, portador de direitos e garantias individuais inafastáveis. Aí o processo surge como uma discussão que se estabelece entre as partes perante o olhar imparcial do juiz, ao qual cabe somente dirigir a audiência e proferir a decisão final com base nas provas carreadas pela acusação e pela defesa.

Porém, há de se ter em mente que foi através da Revolução Gloriosa de 1688 que em solo inglês o sistema da *common law* foi consolidado e, conseqüentemente, a doutrina do *judge-made law*. A referida revolução simbolizou a luta da burguesia contra o absolutismo real e tinha como escopo a garantia das liberdades individuais.³⁹⁶

³⁹⁴ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 123-124.

³⁹⁵ Idem. P. 125-126

³⁹⁶ JUNIOR, Gilberto Andreassa. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. P. 21. O mesmo autor segue afirmando que "os novos tempos não trouxeram apenas a submissão do rei às leis, mas também, de maneira mais ampla, a submissão do rei e do próprio conteúdo da produção legislativa do Parlamento ao direito inglês como um todo, ou seja, submissão ao common law. Destaque-se, ainda, que, mesmo antes da Revolução Inglesa e da afirmação do princípio da supremacia do Parlamento, já vigia no direito inglês a doutrina do Juiz Edward Coke, que decidiu no célebre caso Bonham, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o common law, e, quando isto não acontecer, vale dizer, quando não respeitarem este direito, são elas nulas e destituídas de eficácia". Idem. P. 21-22.

Séculos após o nascedouro do sistema acusatório em solo inglês, o processo penal brasileiro adotou, através da Lei n.º 13.964/2019, o sistema acusatório, sendo estabelecido no artigo 3º-A do Código de Processo Penal que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Diversos países enfrentaram regimes autoritários, como é o caso da Alemanha, Itália e, como não poderia deixar de ser, o Brasil. Porém, em que pese esse passado sombrio, o legado das atrocidades cometidas em solo brasileiro no período de 1964 até antes da promulgação da Constituição de 1988 ainda assombram o Direito brasileiro das mais diversas formas.

Todavia, ainda que tenha ocorrido a redemocratização do Brasil em 1988, a mentalidade dos juristas e das demais instituições seguem baseadas numa base epistemológica autoritária, o que deixa explícito que, como afirma Silveira³⁹⁷, a democracia liberal capitalista convive muito bem com dispositivos autoritários e até fascistas, tendo em vista que, como bem se sabe, o Código de Processo Penal Brasileiro remonta ao período da segunda guerra mundial e teve como base a processualística autoritária do fascismo.

Porém, por mais que o Código de Processo Penal tenha se baseado nos discursos da técnica e da neutralidade, o tecnicismo jurídico sempre teve como objetivo abrir caminho para o exercício do poder punitivo e para a (suposta) defesa da sociedade. Nesse sentido, Silveira³⁹⁸ afirma que

[...] é coerente que em seu auge, quando laboraram pela defesa do Estado fascista, os tecnicistas tenham resgatado paradigmas inquisitoriais, como os de que delinquente (comum ou político) é um inimigo social perigoso; que o processo penal é um instrumento repressivo que tem como precípua promover a defesa social; que o processo deve ser simples (antiformalismo) e tramitar de modo célere; que a defesa deve ser vedada ou limitada em algumas ocasiões; que as garantias, os recursos e impugnações são dispositivos supérfluos que serve, apenas para protelar a punição e a realização da justiça substancial, e que por isso são geradores de impunidade; que o juiz deve manter uma postura ativa na busca das provas e da verdade real; e que a única presunção que deve vigorar no processo é a de culpa.

Em que pese o fato de que o Código de Processo Penal que, no contexto brasileiro, remonta ao período do Estado Novo, ditadura que não se poderia, em tese, ser considerada fascista ou com pretensões totalitárias, no campo do processo penal

³⁹⁷ SILVEIRA, Felipe Lazzari da; OLIVEIRA DE CAMARGO, Rodrigo. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P.16.

³⁹⁸ Idem. P. 17.

Vargas adotou a base epistemológica do fascismo italiano, fato este de fácil percepção na exposição de motivos do Código de Processo Penal, tendo em vista que são citados autores fascistas, como Manzini, com o objetivo de recrudescer o processo penal.³⁹⁹

Ou seja, a própria estrutura do Código de Processo Brasileiro pouco se diferencia daquela do período fascista da Itália, presente no chamado *Codice Rocco* de 1930. Dessa forma, de acordo com Gloeckner⁴⁰⁰, é possível encontrar as seguintes categorias que erguem um Código infenso a qualquer espécie de conexão com o sistema acusatório:

Uma investigação preliminar substancialmente unilateralizada, com reduzida participação da defesa (seja na *istruzione formale* ou *somaria*); uma compressão do direito à liberdade com a onipresença de hipóteses de uso de cautelares pessoais, mormente a prisão preventiva; um sistema de avaliação de provas conformado pela noção pseudodemocrática de “livre convencimento” do magistrado; um modelo de admissibilidade semiplena da prova denominado como “princípio da liberdade das provas”, o que por seu turno garantiria a inexistência de limites à sua admissão, produção e valoração; uma estrutura de distribuição de cargas probatórias tendentes à reprodução iterativa dos meios de prova – isto é, capaz de, em um regime de maleabilidade, fazer o processo regressar a um estágio anterior, sob o pálio do preenchimento de alguma lacuna probatória – denominado de “verdade real”; a presença de um modelo “deformado” de contraditório em sentido estrito; um sistema que elimina do quadro processual todas as regras derivadas do princípio político da presunção de inocência; a publicidade dos atos processuais sujeitando-se a um regime amplo de sua excepcionalização; a supressão das nulidades absolutas; a utilização de um modelo de “técnica judiciária” que comporta a adjudicação sem a renovação da peça acusatória, conhecida como “ementadio libelli”; a presença de dispositivos processuais que instituem a distribuição de ônus da prova no processo penal à defesa, seja de maneira generalizada ou através de pequenas torsões em campos muito específicos, como v.g a necessidade de a defesa demonstrar as causas excludentes de ilicitude.

Passados aproximadamente 80 anos da vigência do Código de Processo Penal, criado em um período antidemocrático e tendo como sua base teórica o autoritarismo italiano, em que pese o fato de o presente Código ter presenciado a redemocratização do país, não há previsão para a promulgação de um novo Código de Processo Penal, em que pese a existência de um projeto para tanto.

Dessa forma, boa parte da doutrina afirma que tais reformas parciais do texto não obtêm êxito em democratizar o processo penal, tendo em vista que a estrutura,

³⁹⁹ SILVEIRA, Felipe Lazzari da; OLIVEIRA DE CAMARGO, Rodrigo. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P.18.

⁴⁰⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P. 36-37-38.

ou seja, os alicerces do Código de Processo Penal Brasileiro têm como base o sistema inquisitório. Ou seja, tais reformas se mostram ineficazes na prática, sendo necessário uma revolução processual e cultural através do abandono efetivo do sistema inquisitório e da mentalidade que a ele é inerente.⁴⁰¹

A inserção de um dispositivo que instaura o sistema acusatório em um sistema que, como já exposto acima, possui forte matriz inquisitória, se assemelha àquilo que Ennio Amodio conceitua como “garantismo inquisitório”. Tal expressão foi cunhada pelo referido jurista no período de 1955 na Itália, tendo em vista a pretensão de reforma da legislação processual penal e a consequente expulsão dos elementos fascistas do Código Rocco de 1930.⁴⁰²

Porém, como bem lembrado por Gloeckner⁴⁰³,

Operada a reforma, que durou até 1989, com a entrada em vigor do novo código de processo penal italiano, a tentativa de equalização dos poderes entre as partes, no processo penal, apenas realizou, do ponto de vista estético, as finalidades declaradas do discurso reformista. Contudo, o código Rocco, fruto da elaboração solipsista de Manizini, [...] seria uma obra “monolítica” isto é, uma obra que não poderia ser alterada através de microrreformas. O “espírito” de unidade e integração dos institutos não era compassível de alterações secundárias ou menos radicais. [...] O “garantismo” da reforma era a fachada para as mudanças

⁴⁰¹ Idem. P.18-19. Acerca da incompatibilidade do Código de Processo Penal com a democracia instaurada em 1988, SILVEIRA afirma que “O trabalho de Ada Pellegrini Grinover [...] é demasiado simbólico nesse sentido, eis que marcado pela defesa do sistema misto-napoleônico nos mesmos moldes conforme readequado por Vincenzo Manzini. Sua doutrina nunca questionou a incompatibilidade do sistema processual brasileiro com democracia e, ao encobrir os velhos paradigmas inquisitoriais com os discursos da técnica e da neutralidade, na realidade reprimou a racionalidade tecnicista-fascista. Um detalhe que pode auxiliar a compreender a rejeição, por parte de muitos, à introdução da figura do juiz das garantias (mesmo em um modelo processual que não restará alterado), é o fato de que a doutrina predominante nunca rechaçou veemente a produção probatória de ofício pelo juiz por considerar que sua postura ativa em alguns casos seria de fundamental importância para se chegar à “verdade real”, compreendida como um dos principais objetivos do processo.” SILVEIRA, Felipe Lazzari da; OLIVEIRA DE CAMARGO, Rodrigo. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P.19.

⁴⁰² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P. 40. Dentre as reformas para a “desfascitização” do Código de Processo Penal Italiano, GLOECKNER afirma que fora reintroduzida a defesa na fase instrutória e a soltura automática do acusado após o decurso do lapso temporal. Idem.

⁴⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P. 36-41. Segue o autor afirmando que “A continuidade com o regime fascista [...] era perceptível nas práticas punitivas: com efeito, de um lado, uma magistratura que não havia substancialmente se alterado, agindo em consonância com a mentalidade pré-reformista; de outro, o discurso tecnicista, na Itália, ainda constituía o mainstream jurídico-político, garantindo, com efeito reflexo, os ecos de categorias elaboradas ou reelaboradas no regime fascista. Idem.

lampedusianas e o “inquistório eterno” estava a ocupar o posto que, de fato, jamais lhe havia sido retirado.

Gloeckner⁴⁰⁴, por exemplo, afirma que por se tratar de uma reforma parcial do Código de Processo Penal vigente, estaria a se introduzir um dispositivo que anuncia o sistema acusatório em um sistema que contraria a própria disposição legal. Exemplos dessas contradições seriam o art. 156, I, que autoriza a produção probatória de ofício por parte do magistrado; o art. 168, caput, que autoriza a produção de exame complementar de ofício, ordenada pela autoridade policial ou judiciária, em casos de lesões corporais; o art. 185, 2º, que autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, a realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico; o art. 196, que autoriza o juiz de ofício a proceder novo interrogatório; o art. 225, que autoriza o juiz de ofício a tomar depoimento de testemunha que, por enfermidade ou velhice, possa vir a morrer antes da instrução; e, por fim, o art. 242, que autoriza o juiz, de ofício, a determinar a busca.

Ou seja, com a introdução expressa do sistema acusatório no corpo do Código de Processo Penal, é importante que esteja muito claro que não há que se falar com sistemas penais puros e, dessa forma, a partir do momento em que dizemos que um sistema processual é inquisitório ou acusatório, está a se afirmar que este é predominante no sistema processual de determinada nação.

Dentre as características do sistema acusatório, Silveira⁴⁰⁵ afirma que

O sistema acusatório é aquele que encarrega as partes da produção das provas, não pretendendo ter como resultado a verdade absoluta, e que conta com a figura

⁴⁰⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P. 36-37.

⁴⁰⁵ SILVEIRA, Felipe Lazzari da; OLIVEIRA DE CAMARGO, Rodrigo. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P.23. Acerca do referido sistema, segue o autor afirmando que “o modelo acusatório é sempre o mais adequado, eis que fornece ferramentas mais eficazes para preservar a imparcialidade do juiz e obstaculizar as posturas arbitrárias que porventura possam resultar de sua atuação. Por estabelecer uma técnica mais adequada ao contexto democrático, uma vez que afasta o juiz da gestão da prova e reserva o ônus probandi às partes [...] o sistema acusatório diminui bastante as chances de que o juízo tome decisões antecipadamente, resguardando sua imparcialidade. [...] O sistema acusatório tem como características elementares a ampla defesa, o contraditório, a igualdade entre as partes, a vedação da prova ilícita e da reformatio in pejus, a presunção de inocência, dentre outras. Contudo, as características que lhe tornam completamente antagônico ao sistema inquisitorial são a separação das atividades de acusar e julgar e a vedação da produção probatória de ofício, o que eu visivelmente demanda a proibição da participação do juiz que preside a instrução na fase de investigação preliminar. SILVEIRA, Felipe Lazzari da; OLIVEIRA DE CAMARGO, Rodrigo. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P.27.

do juiz espectador, cujo papel é assegurar um legítimo processo de partes, garantindo sua posição em igualdade de condições, com direitos, deveres, ônus e faculdades, elementos estes que concedem legitimidade às garantias fundamentais, as quais têm um aspecto instrumental em relação aos direitos assegurados na Constituição Federal e que, por consistirem na essência de um Estado Democrático de Direito, não devem ser interpretados de forma restritiva.

Porém, como destaca Lopes Jr⁴⁰⁶, um processo penal verdadeiramente acusatório é aquele em que há uma separação completa das funções de acusar e julgar, além do fato de que a gestão da prova está completamente a cargo e iniciativa das partes, tendo em vista que, no referido modelo, o juiz é mero espectador e não ator, pois somente assim é possível criar um ambiente para que se tenha um juiz imparcial.

O grande problema que permeia a inserção do sistema acusatório no atual Código de Processo Penal, na verdade, encontra-se no próprio texto do artigo 3º-A. A primeira parte, que diz que é vedada a atuação do juiz na fase de investigação, não apresenta grandes problemas, em que pese dispositivos como o artigo 156, I, do Código de Processo Penal deveriam ser expurgados para se manter a coerência.

Porém, como bem ressalta Lopes Jr⁴⁰⁷, o grande problema se encontra na segunda parte do artigo 3º-A, que determina a impossibilidade da substituição da atuação probatória, por parte do juiz, do órgão de acusação. De acordo com o professor gaúcho, o problema diz respeito ao fato de tal parte do artigo dará margem para discussões acerca do significado de “substituição da atuação probatória do juiz”, o que, por mais óbvio que possa parecer, significa toda e qualquer iniciativa do juiz para determinar a produção da prova de ofício.

Portanto, há de se fazer valer o artigo 3º-A do Código de Processo Penal. Essa mera afirmação já demonstra que vivemos tempos inquisitórios no processo penal, tendo em vista a necessidade de se fazer constar no código o referido dispositivo

⁴⁰⁶ LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI-Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art 3º - A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019.** Florianópolis: EMais, 2020. P. 47.

⁴⁰⁷ LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI-Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art 3º - A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019.** Florianópolis: EMais, 2020. P. 48. Segue o referido jurista afirmando que “[...] esse raciocínio decorre do próprio conceito de sistema acusatório: radical separação de funções e iniciativa/gestão da prova nas mãos das partes (ainda que a defesa não tenha “carga”, obviamente pode ter iniciativa probatória) = juiz espectador. Em vários países, a função do juiz de julgamento pode ser a de “esclarecer” algo na mesma linha de indagação aberto pelas partes, não podendo inovar/ampliar com novas perguntas, nem, muitos menos, indicar provas de ofício. Idem.

quando, na verdade, a própria estrutura acusatória já foi indicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, além de tudo, o próprio sistema acusatório decorre da nossa Constituição Federal.

Um processo penal inquisitório ocorre, em boa parte, quando temos um Ministério Público covarde que autoriza a retirada da gestão da prova do seu colo e ser passada para as mãos do juiz inquisidor, que acredita que assim estará fazendo justiça. Juízes são espectadores que julgam e Promotores de Justiça acusam e gerem a prova. Ponto.

1.2 O Artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal: Da (não) fundamentação da decisão que decreta, substitui ou denega qualquer decisão judicial

A inserção do artigo 315, § 2º, no Código de Processo Penal através da Lei n. 13.964 de 2019⁴⁰⁸, o Pacote Anticrime, é possivelmente um dos mecanismos mais inovadores na seara processual penal em décadas, em que são estabelecidas seis hipóteses em que não será considerada fundamentada uma decisão, seja ela interlocutória, uma sentença ou um acórdão. São essas as seguintes hipóteses:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

⁴⁰⁸ Nesse sentido, CAVALCANTE et tal afirma que “Seguindo a regra constitucional insculpida no artigo 93, IX, segundo a qual todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, o artigo 315, do Código de Processo Penal, já com a alteração da Lei 12.403/11, dispunha que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Com a reforma da Lei 13.964/19, o mesmo artigo 315 passou a exigir que a decisão seja ‘sempre motivada e fundamentada’, acrescentando, ainda, um extenso rol de exigências acerca do que deve ou não ser considerado como fundamentação do decreto prisional [...]”. CAVALCANTE NUNES, André Clark; OLIVEIRA LIMA, Antônio Edilberto; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo: JHMizuno, 2020. P. 356. No mesmo sentido, MENDES afirma que “De acordo com o princípio da jurisdicionalidade e a motivação, toda e qualquer prisão cautelar somente poderá ser decretada por ordem judicialmente fundamentada (art. 93, IX, CF), sendo agora expressamente cominada com nulidade a decisão que careça deste requisito constitucional (art. 564, V). Neste sentido, andou bem a Lei 13.964/2019 ao determinar que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada (art. 315), sendo que na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (315, § 1º). Infelizmente vivemos um tempo em que dizer o óbvio se faz necessário, de maneira que foi incluída em nossa legislação diretrizes para que se entenda o que “não é” motivação”. MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020. P. 86.

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁴⁰⁹

De início, é relevante ressaltar que o referido dispositivo é uma norma geral aplicável a qualquer decisão judicial, ou seja, decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos, e não apenas as decisões que decretam, substituem ou denegam a prisão preventiva, como pode levar a crer o caput do artigo.

Conforme leciona Junqueira et al⁴¹⁰, os incisos I a IV representam um rol meramente exemplificativo, sendo que as situações narradas pelo legislador seriam aquelas mais comuns em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, possibilitando, se for o caso, embargos de declaração por omissão (arts. 382 e 619 do CPP; art 83 da Lei n. 9.099/95), de acordo com o disposto no artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC, aplicado por analogia.

Ademais, como bem ressalta. Lopes Jr⁴¹¹,

Não se trata de estender as categorias do processo civil e sim de reconhecer que os ditames mínimos da sentença penal devem guardar pertinência com o modo pelo qual decisão no processo civil é considerada válida. Há um gap de requisitos no CPP e, por isso, a aproximação, na hipótese, além de adequada, guia-nos à aplicação do “melhor direito”.

De acordo com a inteligência do artigo supracitado, a primeira hipótese consistente na ausência de fundamentação diz respeito a “limitar-se à indicação, à

⁴⁰⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 21 de abril de 2021.

⁴¹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; et al. **Lei Anticrime: comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 215.

⁴¹¹ LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI- Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art 3º - A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020. P. 54.

reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.⁴¹²

O referido dispositivo foi uma novidade à época da sua inserção no Código de Processo Civil e se mostra como uma grande novidade e um avanço na seara penal, área do Direito que, assim como outras, sofre com meras citações de decisões sem a menor explicação do porquê de sua utilização, mera indicação de súmulas ou de leis ou ainda, no pior dos casos, citações de ementas que, quando da leitura do acórdão, não guardam a menor relação com o caso em análise.

Nesse sentido, Streck⁴¹³, em que pese esteja analisando o artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, realiza uma análise certa sobre essa questão, tendo em vista que o Artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal é uma cópia exata daquele insculpido no Código de Processo Civil:

Trata-se de importante inovação do Código. O histórico de decisões mal fundamentadas, o número excessivo de embargos de declaração e uma certa permissividade dos Tribunais Superiores na exigência de fundamentação fez com o legislador optasse por fazer um controle mais rigoroso das decisões e seu componente principal: a fundamentação. (...). Aqui fica nítida a opção hermenêutica do legislador, na medida em que impede que verbetes, enunciados ou condensações estandardizadas produzidas por compêndios ou resumos de baixa intensidade teórica possam vir a ser citadas sem o necessário contexto (DNA da decisão). Assim, por exemplo, dizer que “em nome do princípio (sic) da imediatidade, colho a prova imediatamente” e com isso o juiz atropelar o procedimento, sem explicitar as circunstâncias fáticas do caso que exigem tal providência, é o mesmo que nada dizer. É como falar da “verdade real” para justificar um ato de ofício, sem que o delineamento da situação concreta dê algum respaldo para a decisão. No fundo, o CPC proíbe decisões sem contexto, ou, na linguagem hermenêutica, veda “conceitos sem coisas”

O §2º, inciso II, do art. 315 do Código de Processo Penal estabelece a segunda hipótese em que não será considerada fundamentada a decisão judicial, consistente em “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.⁴¹⁴

Seguindo essa linha de raciocínio, Streck⁴¹⁵ afirma que

⁴¹² Idem.

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 684.

⁴¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 21 de abril de 2021.

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 684.

Novamente exsurge claramente o olhar hermenêutico do legislador do CPC. Nos últimos anos o direito foi invadido por cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como justificativa para a “abertura na interpretação”. Na verdade, fez-se um falso diagnóstico acerca do positivismo jurídico. As correntes que apostaram nas cláusulas abertas e conceitos indeterminados pressupunham que o inimigo do direito era o positivismo clássico-exegético (século XIX), um positivismo dominado por regras e avesso aos princípios. Assim, na medida em que esse positivismo expungiu a moral do direito (portanto, os valores ficaram de fora), para esse grupo de juristas (especialmente os neoconstitucionalistas e parcela expressiva dos adeptos da ponderação alexiana), a solução era/é propiciar uma interpretação aberta para superar o pretensão “fechamento” das regras e permitir que os princípios fossem os veículos do ingresso dos valores no direito. Isso se mostrou equivocado, na medida em que o principal problema do direito está exatamente nos diversos positivismos voluntaristas-aviologistas que frutificaram depois do pós-exegitismo de Kelsen, que, com seu positivismo normativista, possibilitou a cisão entre o discurso da Ciência do Direito (neutral) eo discurso feito pelos aplicadores do direito (que ele chamou de política jurídica). Resultado: surgiu o fenômeno do pamprincipiologismo e o uso desmesurado dos conceitos indeterminados. O CPC parece ter dado uma resposta direta a esse problema, ao estabelecer que o uso desses conceitos é incompatível com a fundamentação da decisão. Assim, cada conceito desse tipo deve vir acompanhado de seu contexto de uso, o que se pode chamar, a partir de Wittgenstein, “uso pragmático da linguagem”. Esse contexto é que propiciará um grau elevado de “fechamento do conceito”.

No que se refere a terceira hipótese em que não será considerada fundamentada uma decisão judicial, de acordo com o §2º, inciso III, do art. 315 do Código de Processo Penal, não será considerada fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.⁴¹⁶

Ou seja, o caso concreto sempre será (ou deveria ser) a condição de possibilidade para a decisão judicial. Nesse sentido, Streck⁴¹⁷ afirma que tal inciso veio para impedir aquilo por ele chamado de decisões judiciais “standard” ou sentenças padrão, mudando apenas a situação fática e se mantendo os mesmos fundamentos jurídicos:

No mesmo rastro dos incisos anteriores, trata-se de uma preocupação relacionada a uma hermenêutica da facticidade, com o fito de evitar discursos metafísicos nas sentenças. Os motivos invocados na decisão devem ter um nexa causal – portanto, sempre a questão do caso concreto assume condição de possibilidade do agir do juiz – entre o feito sob julgamento e as razões pelas quais uma determinada decisão está sendo exarada. Em outras palavras: não (mais) existe a possibilidade de se usar uma “sentença padrão” ou “uma sentença em geral”, cabível em diferentes processos. Trata-se, aqui, do prestigiamto daquilo que de há muito estava esquecido no direito: o caso concreto.

⁴¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 21 de abril de 2021.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 685.

A quarta hipótese em que não se considerara como fundamentada uma decisão judicial é a do §2º, inciso IV, do art. 315 do Código de Processo Penal, sendo determinado que não será fundamentada a decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.⁴¹⁸

A referida hipótese diz respeito a situação em que o julgador não enfrenta todos os argumentos trazidos pela defesa ou pela acusação, não sendo suficiente o magistrado se valer apenas do fundamento que o levou a julgar de determinada forma. Dessa forma, caberá ao julgador expor os fundamentos pelos quais afasta os fundamentos da defesa ou da acusação e os motivos pelos quais acolhe os argumentos levantados pela defesa ou pela acusação.

Tassinari e Ferreira Lopes⁴¹⁹, ao analisarem o referido dispositivo, afirmam que a norma insculpida no artigo 489 do Código de Processo Civil -ressaltando que o referido inciso foi, literalmente, copiado para o artigo 315, §2º, inciso IV, do Código de Processo Penal - exerce uma espécie de reforço ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Com efeito, nem deveria ser necessário explicitar legalmente os requisitos da fundamentação adequada. Não há nada de extravagante em supor que as partes tenham direito a algo mais do que “mantenho a decisão por seus próprios fundamentos”, ou “discordo da argumentação das partes”, “nada há a esclarecer” e tantos outros expedientes judiciais que se banalizaram. Em face do descabro, foi o caso de estabelecer um reforço de sentido ao art. 93, IX da CF com o art. 489, §1º do NCPC. O que não significa transformar o processo num inferno operacional, em que qualquer miudeza deixada a descoberto possa gerar nulidade. O próprio inciso IV ressalva: “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” [grifamos]. Como sabê-lo de antemão? Não há respostas prontas antes das perguntas serem feitas em cada caso concreto. Mas jamais partimos de um grau zero. Somos reenviados à mediação histórica, na coerência e integridade da jurisprudência.

⁴¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 21 de abril de 2021.

⁴¹⁹ TASSINARI, Clarissa; FERREIRA LOPES, Ziel. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? In: ALVIM, Thereza et al (Org.). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos**. São Paulo: Forense, 2015.

Em sentido análogo, Streck⁴²⁰ afirma que o referido dispositivo tem como escopo a defesa do direito constitucional que a parte possui de ver todos os seus argumentos analisados pelo órgão julgador:

Trata-se do direito fundamental que a parte tem de ver todos os seus argumentos examinados e rebatidos (ou aceitos) pelo órgão julgador. Ou seja, não basta tomar conhecimento dos argumentos e delinear-los no relatório. A parte tem direito a que sejam considerados os argumentos de modo sério e detido, valendo, aqui, outra vez invocar o princípio da *Erwägungspflicht* (dever de examinar o que foi argumentado). Com isso, cai por terra, definitivamente, a decisão- slogan muito utilizada em embargos de declaração e em outros recursos para rebater a argumentação de que não foram examinados todos os argumentos, como: “O juiz não está obrigado a examinar todas as alegações das partes, se apreciando apenas um dos fundamentos indicados já tem motivo suficiente para decidir a controvérsia, em prejuízo dos demais”. Ora, há milhares de decisões desse jaez, que, agora, seriam inquinadas de nulidade, em face do comando do dispositivo. (...). Por isso, este inciso, assim como todo o artigo 489, devem ser lidos a partir da chave hermenêutica representada pelo art. 926 (coerência e integridade) e art. 10.

A quinta hipótese em que não se considerara como fundamentada uma decisão judicial é a do §2º, inciso V, do art. 315 do Código de Processo Penal. O referido inciso determina que não será fundamentada a decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”⁴²¹

O grande problema que o inciso V do art. 315 do Código de Processo Penal tenta solucionar consiste em impedir que decisões se tornem uma mera indicação e citação de ementas, súmulas e jurisprudência com o escopo de se afastar princípios e regras processuais. Nesse sentido, Streck⁴²² afirma que

Não é difícil encontrar sentenças e acórdãos invocando súmulas (ou enunciados com pretensão de precedente) sem qualquer ligação (DNA) com a situação concreta em jogo. Ou a invocação de um “princípio” como o da instrumentalidade das formas. Por meio desse aludido standard, regras processuais previamente estabelecidas em caráter democrático deixam de ser consideradas direito das partes, para servir de alibi teórico a justificar correções subjetivas, ainda pautadas pelo positivismo e lastreadas no formalismo do direito. Eis o problema: investir na legitimidade de correções judiciais com base em situações ideais de prejuízo, é apostar em um protagonismo judicial sem, com isso, compreender sua incompatibilidade teórica com as bases constitucionais do Estado Democrático. Há, portanto, que se considerar os limites de incidência e sentido, empregados por uma tradição jurídica que pode, ao final, romper com sua possibilidade de aplicação. Enunciados

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 685.

⁴²¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 21 de abril de 2021.

⁴²² STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 686.

jurisprudenciais – vinculantes ou não – somente proporcionam a resposta correta-adequada a Constituição quando compreendidos a partir de um olhar hermenêutico. Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por “mera subsunção”. É isso que o dispositivo pretende proibir. É lugar comum “fazer” doutrina mediante o uso de pautas gerais. Aliás, isso é recorrente tanto na doutrina como nas práticas jurídicas. Tem sido comum a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis. O recurso a um enunciado pode até confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, mas nunca fundamentar, de per si, a decisão.

A sexta e última hipótese em que não se considerara fundamentada uma decisão judicial é a do §2º, inciso VI, do art. 315 do Código de Processo Penal. Este inciso estabelece que não pode ser considerada fundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Dessa forma, Streck⁴²³ afirma que

Dois pontos devem ser destacados neste dispositivo que inova o ordenamento pátrio. A um, a parte invoca um enunciado de súmula ou um julgado considerado precedente e tem o direito de vê-lo aplicado ou, a dois, na hipótese contrária, tem o direito de ver, na respectiva decisão, o distinguishing (a distinção) que demonstre que o argumento enunciativo é incabível. (...). O que deve ser dito é que o legislador fez uma homenagem ao caso concreto. Mesmo que haja vinculação por intermédio de provimentos vinculantes, sempre restará o caso concreto e suas especificidades. Logo, se um acórdão for utilizado para dizer que, neste caso, o juiz deve aplicar o direito do mesmo modo que um determinado Tribunal, então o juiz deverá fazer a comparação entre o caso invocado e o caso que tem a sua frente para o julgamento. No caso de uma súmula, deve ser buscado o DNA dos casos que conformaram a formatação do respectivo enunciado. Se for invocado um precedente, é necessário examinar de que modo ele vincula e quais os modos de distingui-lo de outro caso. Veja-se, novamente, o problema da adoção de um instituto – o precedente – sem o devido acautelamento em face das especificidades de um complexo sistema jurídico como é o brasileiro. De qualquer maneira, o dispositivo é bem-vindo porque evita a citação descontextualizada de casos julgados por outros tribunais, assim como evita que sumulas sejam juntadas e invocadas sem o cuidado com o seu DNA.

Com o comando insculpido no referido inciso, fica estabelecido que quando uma das partes invocar como argumento uma súmula, jurisprudência ou precedente, deverá o julgador demonstrar que o caso em análise é distinto daquele argumento levantado pela parte ou que aquele entendimento fora superado para, dessa forma, deixar de aplicar o argumento da parte.⁴²⁴

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 686.

⁴²⁴ Sobre a questão envolvendo a distinção do caso, JUNIOR analisa os institutos do Overruling e do Distinguishing, afirmando que “Em ambas as ocasiões o juiz deve expor de forma exauriente os motivos da não aplicação do precedente. O overruling nada mais é do que a superação do precedente. É a revogação de um precedente com o objetivo de confirmar o direito. [...] Importante mencionar, por fim, que o overruling pode não ocorrer de forma expressa. Às vezes se dá de forma gradual e acompanha

1.3 O Pacote Anticrime e a sua relação com a Crítica Hermenêutica do Direito: a busca pela resposta correta

Na visão do jurista gaúcho Lenio Luiz Streck, não há mais como sustentar a tese da separação e nem as teses que caracterizam o positivismo, como a discricionariedade dos juízes, tendo em vista que o direito no Estado Democrático de Direito supera a noção de fontes sociais em face da noção de prospectividade, apontando para a reconstrução da sociedade, não sendo possível se falar em normas jurídicas que contrariem a Constituição.⁴²⁵

É nesse sentido que Streck⁴²⁶ afirma que

[...] o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado à Constituição. [...] No âmbito do legislador, quando afirmo não haver discricionariedade, quero dizer que ele não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política dizer que ele não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no “espaço estrutural-constitucional”, fazer opções. Dai a diferença entre o legislador e o juiz. O juiz sempre terá “dúvidas”, que podemos chamar de “ontológicas”, mas, ao contrário do legislador, ele está vinculado a uma espécie de DNA do direito, formado pela doutrina *latu sensu*, e a jurisprudência, o que faz com que seja obrigado a obedecer a coerência e integridade do direito.

Todavia, como bem alerta Streck⁴²⁷, uma crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. O ponto criticado pelo professor Lenio Streck é que as concretizações dos textos não podem depender de uma subjetividade assujeitadora do julgador.

Assim, Streck⁴²⁸ afirma que

Em tempos de enfrentamento entre constitucionalismo e juspositivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se **interpreta**, como se **aplica** e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma **resposta correta**

a evolução da sociedade. [...] Já o distinguishing “expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. [...] Sendo assim, pode o juiz entender que a adoção do precedente não é o ideal ao caso atual, haja vista que as ações podem evidenciar fatos distintos. JUNIOR, Gilberto Andreassa. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. P. 69-70.

⁴²⁵ FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

⁴²⁶ Idem. p. 77.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 95.

⁴²⁸ STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016. Disponível em: https://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_eLiberdade/article/view/1181. Acesso em: 28 jun. 2021.

(constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar “países de modernidade tardia”, em que se destaca o Brasil), em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento, consciente ou inconsciente, ao esquema sujeito-objeto.

Dessa forma, a partir do momento em que a lei é feita, a decisão judicial tem como fundamento a lei, ou seja, está sob o comando da Constituição e não sob o comando das injunções pessoas-morais-políticas do juiz ou do tribunal, pois a moral não é corretiva do direito.⁴²⁹

Nesse sentido, surge a necessidade de, ainda que brevemente, expor a tese da coerência e integridade. Tal tese foi formulada pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin, sendo este um grande crítico do positivismo jurídico e que se opôs a Hart, seu professor. Dworkin estabelece que o Direito seria uma atividade interpretativa e que tal fato não se traduziria num relativismo no momento da decisão judicial, pois

“A percepção de uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico parte da divergência – que, por sua vez, representa a parada reflexiva sobre determinada prática jurídica – para afirmara existência de respostas corretas no Direito, constituídas no esforço de, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia. [...] sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes etc) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser.”⁴³⁰

Ou seja, como o ato de interpretar faz parte da condição humana, a resposta correta Dworkiniana estaria centrada na ideia de que haveria uma abertura para o jurista encontrar tal resposta dentro do fenômeno interpretativo. Dessa forma, a coerência seria a consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si, ao passo que a integridade seria a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância.⁴³¹

⁴²⁹ FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 77.

⁴³⁰ STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 33.

⁴³¹ Ibid. P. 34. No que se refere ao dever de integridade dworkiniano, VIEIRA LUIZ afirma que “A integridade, como princípio judiciário, demanda a identificação pelos juízes de “direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. Portanto, a busca pela integridade exige que Hércules encontre o princípio que rege determinado caso, aplicando-

Nesse sentido, Dworkin faz uma comparação do Direito com a literatura, exemplificando que se cada autor de um romance for responsável por redigir um capítulo da obra, o seguinte deverá retomar a história do ponto em que parou o anterior e desenvolvê-la de forma que, ao final, se tenha um todo harmônico.⁴³²

Dessa forma, exigir coerência e integridade quer dizer que o julgador não pode “seguir a própria consciência”, decidindo de outro modo, tendo em vista que não decidir com coerência e integridade significa se valer de um poder discricionário – ou do livre convencimento –, o que acarreta na recorribilidade da decisão por falta de coerência.⁴³³

Assim, Streck⁴³⁴ afirma que

na medida em que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais oriundas de um profundo câmbio paradigmático, o papel da hermenêutica passa a ser, fundamentalmente – *longe de qualquer perspectiva formalista-exegético-originalista* –, o de preservar a força normativa da Constituição e o grau

o de forma a manter a coerência do sistema. O reconhecimento de princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito, afasta a subsunção (dedução) do âmbito jurídico, significando o abandono de uma operação mecânica, para se passar a “uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado”. Ressalta-se, assim, o lugar privilegiado dos princípios na ordem jurídica, porque “a integridade diz respeito a princípios”. Todas as respostas, a partir de então, passarão por uma fundamentação por princípios, pois eles sintetizam as práticas sociais compartilhadas. São, portanto, os elementos que compõe a comum-idade, que é o corpo social. VIEIRA LUIZ, Fernando. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 176.

⁴³² VIEIRA LUIZ, Fernando. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 173.

⁴³³ STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.35. No mesmo sentido, VIEIRA LUIZ afirma que “[...] a função do juiz, nesta interpretação de tudo que passou, não é só um exercício de distinguishing para a observação do ajuste (fit) de um determinado precedente ao caso ou a análise da posição individual de cada magistrado anterior. Trata-se de recompor o Direito, enquanto uma prática social, como um todo, pois não é ele um conjunto fragmentado de casos. Por isso, a decisão judicial deve demonstrar – pela fundamentação em princípios – o seu ajuste a esta prática. [...] Esta é a importante questão da teoria política: possibilitar que as decisões não sejam fruto da intenção de uma pessoa – do juiz – mas que tenha por base as práticas compartilhadas pela comunidade, pois a “interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal suja o que for que pensa que deveria estar lá”. Essas, portanto, são as duas dimensões no desenvolvimento do argumento jurídico: a aceitação de um direito “estabelecido” – encontrado na história institucional do próprio Direito – e a questão substantiva da moralidade pública, que transcende a visão pessoal do julgador. Desta forma, verifica-se que a interpretação reconstrói o Direito como uma unidade coerente, integrada, utilizando-se de critério socialmente partilhados, que permite analisar o argumento contraposto de cada parte, o que limita a concepção pessoal do juiz, possibilitando encontrar uma resposta correta ao caso. Porque composto – o ordenamento jurídico – tanto de regras jurídicas como de princípios e, por isso, mais complexo, o juiz, para Dworkin, não é possuidor de discricionariedade judicial. VIEIRA LUIZ, Fernando. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 174-175.

⁴³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis***. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. P. 27.

de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido *lato sensu*). Nesse contexto, a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito.

Além disso, Streck⁴³⁵ afirma que a questão envolvendo a coerência e integridade está intimamente relacionada com o livre convencimento, câncer que assombra o processo civil e penal há décadas. Porém, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, por intermédio da Crítica Hermenêutica do Direito, foi retirado o livre convencimento, presente no artigo 371 do Código de Processo Civil, e introduzida textualmente a exigência de coerência e integridade no artigo 926.

O livre convencimento é daquelas doenças que assombram o Direito e que, de uma forma ou de outra, é resultado do panprincipiologismo e que, na verdade, não seria um princípio, tendo em vista que carente de normatividade. Nesse sentido, Costa e Lima⁴³⁶ explicam que

[...] é preciso desconstruir ou desmistificar os “falsos” princípios, carentes de normatividade e que se alinham à concepção da Constituição como “ordem objetiva de valores”, sufragando, pois, o risco de uma “juristocracia” (Ran Hirschl), ou, ainda, de um judiciário como “superego de uma sociedade órfã”, tutor ou guardião da moralidade. Nessa senda, são exemplos o “princípio da afetividade”, o “princípio

⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 45. No que se refere ao livre convencimento, STRECK afirma que “Livre convencimento, no âmbito das práticas jurídicas, implica também a relação pretensamente livre que se estabelece entre o juiz e a interpretação do “Direito”. Baseia-se numa concepção equivocada acerca do que seja a independência do Poder Judiciário [...] apresentando-a como liberdade de amarras interpretativas que permitiriam aos juízes construir o sentido do direito que se adaptasse melhor ao seu conjunto pessoal de afetos. [...] a afirmação da independência do Poder Judiciário, especialmente nos países europeus ligados à tradição do civil law, origina-se da segmentação dos direitos do soberano e encontra seu processo de legitimação exatamente no fato de que, diferentemente do soberano absoluto que ditava o direito pelo simples fato de ser a autoridade capaz de fazê-lo, os juízes independentes que estão nas origens do Estado de Direito retiram a legitimidade de seu julgamento pela capacidade que suas decisões têm de se apresentarem aderentes ao Direito- a lei – que não foi por eles criado e nem deriva de sua vontade. [...]o poder de livre convencimento – não importa se motivado ou não (filosoficamente a motivação é irrelevante) – foi expungido do. Código de Processo Civil de 2015 a partir de uma emenda que sugeri ao Relator, Dep. Paulo Teixeira. A justificativa adotada pelo Relator foi a seguinte: “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. [...] o livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão”. Idem. P. 212-213

⁴³⁶ COSTA, Marcelo Cacinotti; MELO LIMA, Vinicius de. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 146. Seguem os autores afirmando que “a noção de livre convencimento motivado significa conferir ao juiz o poder discricionário de avaliar a prova dos autos segundo a sua própria consciência, ainda que, após, decline os motivos de tal convicção. Em síntese, a motivação surge como uma espécie de “capa de sentido”, âmbito no qual é possível dizer-se “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, em uma “jurisdição dos conceitos sem coisas”, isto é, despida da historicidade e da facticidade (Streck). Idem.

dispositivo”, o “princípio da confiança no juiz da causa”, e, no que se refere ao estudo em tele, o “princípio do livre convencimento motivado”.

Independentemente de se estar tratando do processo civil ou penal, não há que se falar em produção de Códigos a partir de uma mentalidade quase que paleolítica, quando se tinha em mente que o Estado era inimigo do cidadão. O processo, a partir de STRECK⁴³⁷, deve servir como um mecanismo de controle das decisões judiciais, tendo em vista que o cidadão tem direitos que devem ser garantidos pelos Tribunais por meio de um processo e, além disso, o processo é uma questão de democracia, devendo o cidadão ter participação na construção das decisões que o atingirão.

Todavia, como bem ressalta Streck⁴³⁸, no processo civil e, por tabela, no processo penal, tendo em vista a insistência de alguns processualistas em insistir na importação acrítica das características do processo civilista ao penal, constata-se que ainda há a permanência de alguns velhos paradigmas, como os de Oskar Bulow, Menger, Klein, Carnelutti, Couture, Liebman e outros, que seguem apostando no protagonismo judicial que remete ao século XIX.

Dessa forma, explica o professor Streck⁴³⁹ que

[...] lemos nas últimas décadas que a interpretação do direito é nitidamente dependente de um sujeito cognoscente: o julgador. E essa questão vem de longe, na verdade, da virada do século XIX para o século XX. Desde então, há um problema filosófico-paradigmático que continua presente nos diversos ramos do direito, passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz – especialmente no processo civil. [...] essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência: em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz ser a vontade concreta da lei; em Carnelutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, entende que o problema da escolha do juiz é, em última análise, o problema da justiça; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.

Porém, quando analisamos o contexto processual penal com o devido respeito a suas características próprias, há de se ter em mente que a referida alteração no Código Processo Civil – expulsão do livre convencimento - é equivalente a inserção do sistema acusatório no artigo Art. 3º-A do Código de Processo Penal, restando estabelecido que – além de toda a carga epistemológica inerente ao sistema

⁴³⁷ STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. BOECKEL, Fabrício Dani de; RICK ROSA, Karin Regina; SCARPARO, Eduardo (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 151.

⁴³⁸ Idem. P. 152.

⁴³⁹ Idem.

acusatório - o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Porém, de pouco adianta uma alteração legislativa se o órgão judicante não a respeita. Não basta a mulher de César ser honesta, deve parecer honesta. Não basta o juiz ser imparcial, deve parecer imparcial. Posturas como o indeferimento de produção probatória requerida pela defesa e, após vistas ao Ministério Público, sem oposição, é apenas um dos exemplos de quebra do sistema acusatório e do interesse do(a) Juiz(a) no interesse do resultado do processo.

Esse ranço inquisitorial que acomete a muitos juízes é em muito relacionado a esse protagonismo judicial, tendo em vista que estão alicerçados na filosofia da consciência, dando ao juiz uma falsa autorização para decidir livremente as causas a ele submetidas e ocasionando, não raras vezes, uma má prestação jurisdicional por meio de transcrições literais de súmulas, ementas ou textos de leis sem a devida reflexão acerca do caso em análise.⁴⁴⁰

Assim, Costa e Lima⁴⁴¹ afirmam que

Nesse íterim, o órgão jurisdicional que desconsidera a singularidade do caso concreto na prestação jurisdicional e, dessa forma, manifesta-se exclusivamente a partir da orientação dos “Tribunais Superiores”, por meio de súmulas vinculantes ou súmulas impeditivas de recursos, se constitui por um sentido inautêntico que pode estar contribuindo para a massificação do pensamento jurídico, ou seja, gerando consequências negativas no que se refere à transcendência do direito e, principalmente, restringindo o amplo acesso à justiça pelo déficit da jurisdição prestado ao não ser analisada singularidade própria do jurisdicionado.

Todavia, há de se ter em mente que a crítica à discricionariedade não significa uma proibição de se interpretar a lei, tendo em vista que interpretar é dar sentido. O que deve se ter em mente é que a concretização dos textos legais não pode depender da consciência do intérprete, ou seja, não pode depender de uma subjetividade assujeitadora.⁴⁴²

A questão envolvendo coerência e integridade, livre convencimento e respostas corretas encontra como palco a própria história da filosofia e na discussão acerca da verdade. Enquanto, de um lado, temos Hart que demonstra a maneira pela qual o Direito opera entre um extremo e outro na existência de regras jurídicas que são identificadas no contexto socio-prático, no outro temos Dworkin, que se vale da

⁴⁴⁰ COSTA, Marcelo Cacinotti; MELO LIMA, Vinicius de. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 101.

⁴⁴¹ Idem. P. 102.

⁴⁴² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 95.

categoria dos princípios para atacar o modelo positivista e a tese da discricionariedade, incluindo a tese da resposta correta.⁴⁴³

Dessa forma, de acordo com Streck⁴⁴⁴

Reconhece-se, então, um direito a uma decisão judicial, em que não está se perguntando meramente a opinião do juiz para o caso. [...] Assim, tentando oferecer uma melhor explicação filosófica para o fenômeno do Direito, Dworkin demonstra como ele mobiliza a identificação das práticas jurídicas com sua leitura sob a melhor luz, atendendo na decisão a uma adequação institucional e a uma melhor justificativa substantiva: [...] qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a histórias; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Ou seja, a partir da noção de respostas corretas tem-se que Dworkin realiza um comprometimento a partir da coerência e integridade, tendo em vista que tanto no modelo hermenêutico da Crítica Hermenêutica do Direito ou no modelo integrativo de Dworkin, sentenças e acórdãos são atos de decisão, ou seja, atos em nome do Estado e não de escolha. Justamente em decorrência disso que decidir é diferente de escolher. Respostas de escolhas são parciais, ao passo que respostas de decisões são respostas totais.⁴⁴⁵

Porém, como bem explica Streck⁴⁴⁶

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõe o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica praticada pela Crítica Hermeneutica do Direito é fundamentalmente dependente da temporalidade. [...] A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autoria do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além de abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação. [...] A resposta adequada à Constituição, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, não pode – sob pena de ferimento do princípio democrático – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca pela “verdade real” etc. Isso seria devolver o processo interpretativo ao paradigma da filosofia da consciência (e suas vulgatas).

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 385.

⁴⁴⁴ Idem. P. 386.

⁴⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 386-387.

⁴⁴⁶ Idem. P. 392-393.

Nesse íterim, tem-se que o referido dever de coerência e integridade desenvolvido por Dworkin, que está expresso no artigo 926 do Código de Processo Civil e, como já explicado, tem íntima relação com o dever de uma resposta correta. Assim, através de uma interpretação analógica, tendo em vista que não há no Código de Processo Penal dispositivo equivalente ao 926 do Código de Processo Civil, há a possibilidade de aplicação do referido dispositivo na seara processual penal, conforme autoriza o artigo 3 do Código de Processo Penal.

Feita essa explicação, siga. Ante a ausência de uma teoria da decisão que tenha como cerne a preocupação como o modo em que os juízes e Tribunais decidem, considerando o fato de que a hermenêutica constitucional não deve ficar a mercê de atitudes solipsistas, o professor Lenio Streck desenvolveu uma teoria da decisão que implica um forte controle das decisões judiciais.⁴⁴⁷

Assim, o referido jurista desenvolve um conjunto de cinco princípios na sua teoria da decisão que concretizam a constituição. Tais princípios, sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação dessa principiologia, somente se manifestam quando colocados em um âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreto, pois representam um contexto de significações históricas compartilhadas por uma determinada comunidade jurídica.⁴⁴⁸

Seguem os cinco princípios:

Princípio um: preservar a autonomia do direito

A constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma em face das outras dimensões com ele intercambiáveis, como por exemplo, a política, a economia e a moral.

[...] Trata-se da institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito nesta quadra da história. Com efeito, podem ser detectados dois tipos de predadores do direito: os endógenos e exógenos.

Os endógenos funcionam na dogmática jurídica através do pamprinciologismo, pelos embargos declaratórios, pelas teses que relativizam a coisa julgada, pela aposta no ativismo e na discricionariedade judicial, além de posturas que desloquem o problema da legitimidade da interpretação do direito em favor do protagonismo judicial.

Na outra ponta, tem-se os **predadores exógenos**, que funcionam no plano da teoria do direito, podendo ser citada moral, a política e os discursos de *law and economics*.

Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional

⁴⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2013. p. 328.

⁴⁴⁸ BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review. O nascedouro do controle judicial de constitucional, de Sir Edward Coke a John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018. P. 272.

Esse princípio deve ser entendido como a imposição de limites às decisões judiciais ou, em outras palavras, como o enfrentamento à discricionariedade judicial. Enquanto no primeiro princípio a discricionariedade fragiliza a autonomia do direito, neste princípio o controle hermenêutico se apresenta como um remédio para esse problema.

A partir do encurtamento do espaço de manobra e conformação do legislador e do consequente aumento da proteção contra maiorias, mostra-se evidente a necessidade, para a preservação do nível de autonomia alcançado pelo Direito, [...] Em que pese o fato de não existir um método que garanta a correção do processo interpretativo isso não significa que estaria o interprete autorizado a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade, tendo em vista que, caso o interprete tenha a possibilidade de escolher os sentidos, a democracia estaria nas mãos dele.

Portanto, o professor afirma que em tempos de pós-positivismo o segundo princípio é colocado em oposição às diversas teses ou teorias que apostam na plenipotenciabilidade da subjetividade do interprete ou aos pragmatismos, que têm uma postura cética em relação ao direito.

Princípio três: O efetivo respeito à integridade e à coerência do direito

A tese da coerência e integridade é de autoria do jusfilósofo Ronald Dworkin. Dentro da sua obra, o referido autor busca uma ruptura com o juspositivismo a partir do reconhecimento do Direito como uma atividade interpretativa sem que isso represente uma defesa de posturas relativistas no julgamento de casos.

[...] Assim, a percepção de uma dimensão interpretativa no Direito parte da divergência para afirmar a existência de respostas corretas no Direito, com o escopo de encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia. Portanto, sendo o Direito a prática social que garante a legitimidade para o uso da força por parte do Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser.

Dessa forma, a coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si, ao passo que a integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Ou seja, exigir integridade é uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, colocando freios em atitudes solipsistas, tendo em vista que ela aponta um caminho a ser seguido.

Toda decisão em que se constata que não foram obedecidas a coerência e integridade é recorrível. Ou seja, uma decisão incoerente e/ou não íntegra será errada, portanto, digna de reforma.

Princípio quatro: O dever fundamental de justificar as decisões ou de como motivação não é igual a justificação

Se estamos de acordo em que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de direito não poder deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente, parece evidente que a sociedade não pode ser indiferente às razões pelas quais um juiz ou tribunal toma suas decisões.

[...] Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar o que foi fundamentado, o que demonstra o absurdo que são os embargos declaratórios nos tribunais.

Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada

Se traduz na garantia de que cada cidadão tenha sua causa julgada a a partir da Constituição e de que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Trata-se de um princípio, tendo uma relação de estrita dependência com o dever fundamental de justificar as decisões.

[...] Consequentemente, representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistas do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais, substituindo a pretensão solipsista, lembrando a coerência e integridade com o escopo de superar o esquema sujeito-objeto.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2013. p. 330-346.

Assim, uma decisão deve passar pelo filtro desses cinco princípios, devendo ser respondidas a essas seguintes perguntas:

- a) Está sendo respeitada a autonomia do direito? Essa decisão não está comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos? A decisão está imune aos predadores endógenos e exógenos?
- b) Essa decisão é discricionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história institucional da regra a ser aplicada? Essa decisão é arbitrária? Se eu decidi conforme “minha concepção sobre o direito, essa concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?
- c) Essa decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Essa decisão pode ser aplicada a outros semelhantes? O princípio que se extrai da holding dessa decisão possui caráter de universalidade?
- d) Essa decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados?
- e) Essa decisão está respeitando o direito fundamental a se ter a melhor resposta a partir do direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada?⁴⁵⁰

Dessa forma, seguindo o magistério de Streck⁴⁵¹, somente existiriam seis hipóteses em que o Poder Judiciário estaria autorizado a deixar de aplicar uma lei, qual sejam:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; as especificidades podem ser encontradas nos respectivos desdobramentos da presente obra;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. Como poderá ser visto amiúde mais adiante, a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2013. p. 346-347

⁴⁵¹ Idem. p. 347-34

interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido (conforme item específico no capítulo em que discuto esses mecanismos de aplicação do direito);

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da

comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os

princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da applicatio hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persistem, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que

ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (ontologische Differenz) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

Seguindo, há de se mencionar também que, para se saber se determinado ato judicial é ativista e, conseqüentemente, prejudicial à democracia, ou uma mera judicialização da política, há de se responder negativamente ao menos uma das três seguintes perguntas: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade? O atendimento a esse pedido poder ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas? E, por fim, se para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia?⁴⁵²

Além disso, Streck⁴⁵³ menciona que há outro critério que pode ser utilizado para averiguar se uma decisão é correta e se está adequada à Constituição, critério este

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 394.

⁴⁵³ Acerca da Condição Hermenêutica de Sentido, STRECK. Afirma que “qualquer enunciado proferido em uma decisão jurídica ou no âmbito do processo judicial sempre estará inserido nessa pressuposição

que é derivado do neopositivismo lógico consistente na condição semântica de sentido que, de acordo com o referido professor, pode em muito contribuir para afastar enunciados subjetivistas. Para a Crítica Hermenêutica do Direito a condição semântica de sentido assume o nome de Condição Hermenêutica de Sentido (CHS).

Ou seja, a resposta correta ou adequada à Constituição é algo que decorre da própria democracia. É uma responsabilidade política que faz com que todas as partes que compõe o sistema tenham uma obrigação de meio, e não apenas de resultado, cabendo a teoria do direito dar uma resposta às demandas da dogmática jurídica que acabaram por se tornar reféns do livre convencimento, livre apreciação da prova e demais variações de atitudes solipsistas.⁴⁵⁴

Assim, por consequência lógica, a decisão do juiz deve se dar de maneira fundamentada e enfrentando todos os argumentos aduzidos pelas partes e, caso isso não ocorra, tal decisão será considerada não fundamentada, por força do artigo 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal. Assim, Streck⁴⁵⁵ afirma que

Se permitimos ou aceitamos, fatalisticamente, o “livre convencimento” (com adjetivo motivado ou não [...]), estamos permitindo que o juiz decida arbitrariamente e logo após fundamente de qualquer jeito, conforme a opção que preferiu. Estaríamos, então, reconhecendo como verdadeira a afirmação de Rousseau de que “depois que a vontade é fixada, a razão vem em busca de seus fundamentos”. E isso não pode ser assim, não porque a Crítica Hermenêutica do Direito ou Dworkin não queiram que seja assim. Fundamentalmente, não pode ser assim porque, dentro de uma estrutura democrática, o Direito – e sua interpretação – deve ser resultado de uma prática intersubjetiva. Isto tudo também quer dizer que não se decide primeiro para, só depois, fundamentar. E é possível afirmar isso porque é impossível chegar à outra margem do rio sem passar pela ponte, ou por algum mecanismo que permita ao intérprete saltar de uma margem à outra [...].

É justamente em decorrência disso que a resposta adequada à constituição não se compatibiliza com decisões autoritárias – leia-se “baseadas no livre convencimento” – justamente porque a decisão judicial, em que pese o fato de ter sido tomada por um juiz, é pública e decorre de um debate público fundado em razões

de caráter hermenêutico. [...] sabemos que a hermenêutica ocupa um nível de linguagem diferente do ocupado pela analítica, lócus em que se encontram, por exemplo, as posturas neopositivistas. Falo, aqui, não do âmbito da hermenêutica (logos hermenêutico), mas, sim, do plano apofântico. [...] com isto quero dizer que a hermenêutica – entendida aqui como a minha CHD) – não recusa o nível lógico-epistêmico. A compreensão deve ser sempre explicitada em um nível apofântico. [...] Explicando melhor. Se dissermos que “chove lá fora”, esse enunciado pode ser falso ou verdadeiro, bastando colocar a partícula “não” e olhar para fora. Com isso, verifica-se que o enunciado “chove lá fora” é falso. Entretanto, se dissermos – utilizando um exemplo que Luis Alberto Warat trazia frequentemente – que “os duendes se apaixonam em maio”, esse enunciado é impossível de ser verificado”. Idem. P. 395-397.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 402.

⁴⁵⁵ Idem. P. 403.

públicas e que vincula todas as pessoas, ou seja, a decisão judicial deve ser tomada com base em responsabilidade política.⁴⁵⁶

Portanto, tem-se que a jurisdição, principalmente no período pós 1988, tem sido cada vez mais chamada para se manifestar sobre os mais diversos assuntos. Isso se dá, em grande medida, em decorrência da judicialização da política, fator contingencial e inerente ao espaço público brasileiro. Todavia, o que não se pode permitir é que, em decorrência da judicialização da política, o judiciário assumira uma postura ativista, fazendo com que o direito seja substituído pela sua vontade a partir de argumentos morais, políticos ou econômicos.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. P. 405.

⁴⁵⁷ BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review. O nascedouro do controle judicial de constitucional, de Sir Edward Coke a John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018. P. 278.

4 CONCLUSÃO

Chegado ao fim deste trabalho, cumpre deixar em destaque uma singela colocação: a discussão acerca do ativismo e de seus temas conexos não se limitam aos temas tratados aqui nesta dissertação, justamente porque está a se tratar de um tema extremamente amplo e que ultrapassaria em muito os limites minimamente impostos para uma dissertação de mestrado.

De uma forma ou de outra, o presente trabalho está relacionado com o aumento da atividade jurisdicional que vem ocorrendo nas últimas décadas no Brasil e no mundo, fazendo com que o Judiciário assuma um papel de protagonismo no ambiente jurisdicional, fazendo com que surja a necessidade de se (re)pensar os pressupostos teóricos do direito como forma de compreender o novo com olhos do novo.

Isso se dá principalmente pelo fato de que após o processo de redemocratização que ocorreu em 1988, abandonando a base jurídica ditatorial do período militar, diversos juristas se viram obrigados, como afirma acima, a olhar o novo com os olhos do novo, e isso se deu através de uma importação de aportes teóricos, em sua grande maioria europeus, de maneira completamente acrítica e descontextualizada, como a jurisprudência dos valores, ponderação de valores Alexyana e o ativismo judicial.

Além disso, no contexto brasileiro, tendo em vista a adoção do neoconstitucionalismo por boa parte da doutrina, foi adotado como marco filosófico, utilizando a terminologia de Luis Roberto Barroso, o pós-positivismo, que, em tese, teria como premissa básica a superação da base epistemológica do positivismo jurídico, principalmente no que se refere a separação do direito e da moral justamente porque se havia um forte sentimento de que havia uma necessidade de se romper com o positivismo tendo em vista que, na visão dos defensores do neoconstitucionalismo, teria sido ele o legitimador dos horrores dos regimes nazista e fascista.

Assim, é com a adoção do pós-positivismo, mas não exclusivamente, que ocorre um aumento do indevido exercício da discricionariedade, dando margem para o ativismo judicial de forma irrefreada em todo o Judiciário, principalmente em decorrência daquilo que Lenio Streck passou a chamar de predadores do Direito, como a moral, a política, a economia, a religião etc.

Dessa forma, o presente trabalho pode ser resumido nas seguintes cinco conclusões:

1. Sobre o positivismo jurídico:

Foi com o surgimento do Estado Moderno que o positivismo jurídico passou a ter mais representatividade, retirando os holofotes do jusnaturalismo e consequentemente do dualismo que então reinava. Dessa forma, a antiga concepção de que o jusnaturalismo e o positivismo jurídico estariam no mesmo nível é deixada de lado para se ter somente o direito posto pelo Estado como sendo o único e verdadeiro direito.

Todavia, há de se ter em mente que o positivismo jurídico não ficou imune às alterações que o Direito sofreu com o passar das décadas, como não poderia deixar de ser. Passou de uma forma exegética, em que o juiz estava preso ao texto da lei e deveria exercer a função de “boca da lei”, para outras das mais diversas, como o positivismo normativista de Hans Kelsen e o positivismo inclusivo ou soft positivism de H.L.A Hart.

Porém, independentemente da forma que tenha assumido o positivismo ao longo do tempo, a característica que permaneceu em todas as variações consiste na discricionariedade judicial, que pode ser compreendida como uma atitude solipsista por parte do juiz em que há, em boa parte dos casos, um envolvimento político-ideológico do juiz quando no ato decisório a partir da inclusão de valores pessoais, políticos, morais e religiosos, demonstrando um forte despreço pela democracia e pelo Estado Democrático de Direito.

2. Sobre o ativismo judicial:

O ativismo judicial e a sua base epistemológica são oriundos do neoconstitucionalismo, termo que, conforme exposto, percorre caminhos que levam à Jurisprudência dos Valores e à ponderação alexyana. Tais aportes teóricos, no que se refere ao contexto brasileiro, remontam ao período de redemocratização do país.

Porém, a adoção do termo “neoconstitucionalismo” não foi um completo equívoco justamente porque o Brasil ingressou tardiamente no novo mundo constitucional, em que pese o fato de que as características próprias a ele acabaram por corromper o texto constitucional mediante o uso da ponderação de valores e do uso desmedido do prefixo *neo*, tendo em vista que a partir dessa nova forma de se compreender o fenômeno jurídico se passou a crer que era a jurisdição a responsável pela incorporação dos verdadeiros valores do direito tido como justo.

Assim, diante de uma nova realidade constitucional e com a constitucionalização de diversos direitos tidos como fundamentais, era necessário enxergar o novo com os olhos do novo a partir de teorias como a ponderação alexyana, jurisprudência dos valores e do ativismo judicial, sendo que todos esses aportes teóricos possuem em seu centro a mesma característica: a discricionariedade judicial.

No que se refere especificamente ao ativismo judicial, há de se ter em mente que este não se confunde com a judicialização da política, justamente pelo fato de que a judicialização consiste em levar uma demanda específica para que o Poder Judiciário a aprecie, ao passo que o ativismo pode ser compreendido como uma prática do juiz em ir além dos limites interpretativos insculpidos na Constituição Federal ou até criá-los.

Dessa forma, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito é possível afirmar que o juiz ativista, ou seja, aquele que viola os padrões interpretativos impostos pela Constituição, é e sempre será uma ameaça a democracia e à separação dos poderes, fazendo com que seja possível compreender o ativismo judicial, como já exposto nesse trabalho, como excesso judicial ou arbitrariedade judicial.

Independentemente de se estar tratando de uma concepção de ativismo judicial como arbitrariedade ou excesso, um dos poucos pontos em comum nos autores que se propõe a analisar o referido fenômeno consiste no reconhecimento do julgamento orientado pelo resultado como a concepção mais difundida de ativismo judicial.

No julgamento orientado pelo resultado o que ocorre é que há uma inserção por parte do juiz das suas ideologias políticas e de seus valores pessoais na decisão judicial, o que deixa evidente que quando tal postura ocorre há uma total desvinculação com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a imparcialidade, e que acarreta numa politização da justiça.

Além disso, há de se entender que o ativismo não é um fenômeno que surgiu propriamente nos Estados Unidos da América, mas sim somente a expressão em si. As posturas discricionárias por parte dos juízes podem ser verificadas em diversos países, como é possível se constatar no período pós-Segunda Guerra no Tribunal Constitucional Alemão com o que restou chamado de Jurisprudência dos Valores, movimento que deixou evidente um forte protagonismo do Judiciário para romper com a legalidade extremamente fechada imposta pelos aliados.

Ainda no contexto alemão, Robert Alexy, com a sua teoria da argumentação jurídica, tenta racionalizar a jurisprudência dos valores e no período pós 1988 ambas

as teorias são recepcionadas no Brasil, porém, de maneira completamente acrítica, tendo em vista que receberam uma leitura superficial por grande parte da comunidade jurídica brasileira. A consequência? A noção de que no neoconstitucionalismo existem mais princípios do que regras e mais ponderação do que subsunção, além da ideia de que casos difíceis se resolvem na base da ponderação e os fáceis com a subsunção.

É possível afirmar que o ocorreu foi uma leitura superficial da jurisprudência dos valores e da ponderação alexyana tendo em vista que quando da importação da jurisprudência dos valores, os juristas brasileiros simplesmente tomaram dela o seu cerne, qual seja, de que a Constituição é uma ordem concreta de valores e que é o papel do intérprete de encontrar e revelar esses interesses ou valores. Além disso, em que pese o fato de muitos juristas afirmarem que a ponderação alexyana não desagua na discricionariedade judicial, o próprio Alexy a reconhece no pós-fácio da edição brasileira.

Em síntese, em que pese as manifestações que podem assumir uma típica postura ativista no judiciário, tem-se que uma concepção amplamente difundida do ativismo judicial seria que este seria uma deturpação das funções do Poder Judiciário, invadindo a esfera de atuação do Poder Legislativo e se valendo de argumentos morais, inserindo nas decisões judiciais valores pessoais, políticos, religiosos etc.

3. Sobre a judicialização da política:

A judicialização da política é um fenômeno que está relacionado com a interação entre Direito, Política e Judiciário e que tem como grande marco o período do segundo pós-guerra e o rompimento do modelo jurídico que até então era vigente. Dessa forma, com o fim da guerra ocorre uma grande preocupação em se assegurar direitos fundamentais nas constituições, ocorrendo a chamada transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, fazendo com que as constituições fossem juridicamente vinculantes.

No contexto brasileiro, o grande marco pode ser verificado após a redemocratização do país que ocorreu em 1988 com a efetiva queda do regime militar ditatorial que fora iniciado em 1964, sendo importante destacar que durante todo o período da ditadura diversos direitos e garantias fundamentais foram relativizados.

Naturalmente que com a derrocada da referida ditadura, uma nova Constituição se mostrou necessária para que houvesse um rompimento completo com a ideologia totalitária e a mentalidade ditatorial, fazendo com que diversos direitos e garantias

fossem elevados a nível constitucional como forma de aviso àqueles que flertam com os extremos de que não seria mais aceito no Brasil a relativização de tais direitos e garantias.

Uma leitura superficial da Constituição de 1988 deixa clara a sua forte preocupação com a proteção de direitos fundamentais, o que demonstra o comprometimento com a transformação social, estabelecendo diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, objetivos e fins estes que vinculam também o legislativo quando da elaboração de Leis e à realização de políticas públicas.

Assim, a judicialização da política na verdade consiste em uma questão social, tendo em vista que ela não depende da vontade do Poder Judiciário, mas sim de fatores que são em boa parte alheios à jurisdição, com o amplo catálogo de direitos fundamentais circunscritos na Constituição Federal, conforme exposto acima, e que não são implementados de maneira satisfatória na sociedade, fazendo com que a população movimente o Judiciário para fazer valer tais direitos.

Portanto, a judicialização da política pode ser verificada como um fenômeno que decorre da insuficiência do Estado em efetivar políticas públicas, na deficiência dos serviços prestado, principalmente na saúde, educação, previdência social e na segurança pública e, obviamente e não menos importante, no aumento do descrédito dos políticos em geral, tendo em vista que como a população os enxerga como corruptos e incapazes de reduzir as desigualdades sociais, batem nas portas do judiciário para fazerem valer os direitos resguardados nas leis e na Constituição, somado ao fato de que os próprios parlamentares recorrem ao judiciário quando ocorre a necessidade de se apreciar determinadas demandas que teriam custos políticos demasiadamente grandes para os seus partidos.

4. Sobre o neoconstitucionalismo:

Em que pese os diversos problemas conceituais acerca do neoconstitucionalismo, Luis Roberto Barroso estruturou o estudo do referido movimento pós-guerra para que fosse minimamente possível a compreensão dos seus elementos caracterizadores, dividindo-o em três marcos: um histórico, outros três marcos teóricos e, por fim, um marco filosófico.

No que se refere ao marco histórico, Luis Roberto Barroso afirma que tal marco desse novo constitucionalismo, principalmente quando analisamos no contexto

Europeu continental, foi o constitucionalismo do segundo pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No contexto brasileiro, se deu através do processo de redemocratização instaurado com a Constituição Federal de 1988.

Acerca do marco filosófico, este seria o pós-positivismo. O positivismo jurídico, como bem se sabe, assumiu diversas formas desde aquela que ficou conhecida como exegética. Porém, independentemente da forma que tenha assumido, sempre restou na sua estrutura um traço em comum, qual seja, a discricionariedade.

Todavia, em decorrência do fato de se colocar um modelo teórico que se propõe a superar a base epistemológica do positivismo, a principal necessidade que surge é de uma nova teoria da interpretação justamente porque o período pós-guerra ocasionou na elaboração de constituições com normas de alto teor axiológico, contrárias àquelas dos regimes totalitários, que eram extremamente formalistas.

Dessa forma, qualquer postura teórica, tal qual o neoconstitucionalismo, que se intitule como pós-positivista, tem (ou deveria ter) como principal característica o afastamento do caráter epistemológico do(s) positivismo(s) jurídico(s), principalmente a discricionariedade.

Todavia, a partir da má compreensão de que o positivismo jurídico conduziria a uma aplicação da letra fria da lei, valores e/ou princípios são inseridos na ordem jurídica, fato este que na prática leva à substituição do legislador pelo julgador e seus juízos morais, éticos e etc justamente porque se tem uma compreensão de que os princípios proporcionariam uma abertura interpretativa, ao passo que as regras proporcionam um fechamento interpretativo.

E esse é um grande ponto acerca da discricionariedade que ainda existe no neoconstitucionalismo, tendo em vista que o autor alemão Robert Alexy desenvolve uma diferenciação estrutural entre regras e princípios, sendo que os primeiros seriam mandados de definição e os segundos mandados de otimização. Ou seja, os princípios se realizam na medida do possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que as regras são ou não satisfeitas, ou seja, se dão na base do “tudo ou nada”.

Porém, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, é possível fazer críticas pontuais ao modelo proposto por Robert Alexy, especificamente no que se refere a distinção estrutural. No que se refere a referida distinção, esta pode ser identificada como lógica, formal-enunciativa e material-conteudística.

A questão envolvendo regras como enunciados fechados e princípios proporcionando uma abertura interpretativa decorre da distinção estrutural formal-enunciativa, sendo que tal compreensão, para a Crítica Hermenêutica do Direito, é completamente equivocada, tendo em vista que, na verdade, é a regra que abre a interpretação, tendo em vista que faz parte da sua natureza a universalidade, abstração e generalidade, não tratando de um caso em específico, ao passo que os princípios servem como fechamento interpretativo.

Relacionado a problemática envolvendo a distinção entre regras e princípios, temos o marco teórico desenvolvido por Barroso, o qual a questão envolvendo a nova interpretação constitucional assume especial importância para este trabalho, tendo em vista que diz respeito à ponderação.

O grande problema que permeia a ponderação nos moldes propostos por Alexy reside no fato de que ela propicia o voluntarismo e impulsiona ainda mais a discricionariedade judicial. As motivações de Robert Alexy são nobres no que se refere à sua teoria da ponderação, todavia, como ele mesmo reconhece, ela em si abre margem para critério valorativos e pessoais do julgador quando na interpretação do sistema jurídico, fazendo com a força normativa da constituição seja enfraquecida.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo pode ser compreendido como um movimento do segundo pós-guerra que operou uma mudança de atitude dos juristas, tendo em vista que não havia mais interesse em perpetuar o modo de compreender o direito com base naquele modelo em que os regimes totalitários estavam insculpidos e amparados pela legalidade. Porém, quando do processo de redemocratização do Brasil, o que ocorreu foi uma importação acrítica de alguns aportes teóricos, como a ponderação alexyana, a jurisprudência dos valores e o ativismo judicial, desconsiderando completamente o contexto em que estes surgiram e que, de uma forma ou de outra, serviram como propulsores para o avanço da discricionariedade judicial no Brasil.

5. Sobre a tentativa de impor freios ao poder discricionário dos juízes no pacote anticrime:

A inserção do artigo 315, § 2º, no Código de Processo Penal através da Lei n. 13.964 de 2019, o Pacote Anticrime, pode ser considerado como um dos maiores avanços no processo penal no que se refere ao combate a discricionariedade judicial

das últimas décadas, tendo em vista que restaram consolidadas seis hipóteses em que não será considerada fundamentada uma decisão, seja ela interlocutória, uma sentença ou acórdão que limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Dessa forma, a inserção do artigo acima mencionado representa uma proibição à discricionariedade judicial, que é inerente ao Estado Democrático de Direito e que proíbe tanto o Legislador quando o Juiz a dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O que ocorre, na verdade, é que no caso do Legislador há um espaço permitido pela Constituição para que ele possa fazer opções, opções estas que, no caso do magistrado, não estão permitidas pois ele está vinculado pela doutrina, pela jurisprudência e pela lei, as quais o obrigam a decidir com coerência e integridade.

Porém, a partir das discussões apresentadas neste trabalho é possível concluir que independentemente de esta dissertação estar focada na crítica à discricionariedade judicial, isto em nenhum momento significa uma crítica ao ato de interpretar ou que aplicar a letra da lei é uma atitude positivista, mas sim significa que a concretização do texto não pode depender de uma atitude solipsista do julgador com base nas suas convicções morais, religiosas, éticas, políticas e econômicas.

Isso assume especial relevância quando tratamos de um marco histórico do processo penal, marco este que diz respeito a introdução no Código de Processo Penal do artigo 3-A, estando insculpido na legislação processual penal que o processo penal será regido pelo modelo acusatório de processo, ou seja, um modelo em que temos muito bem separadas as funções de julgar e acusar, distanciado daquele modelo inquisitório – ou instrumentalista, no processo civil - que tem como característica o protagonismo judicial.

O exemplo dado pelo professor Lenio Streck acerca do artigo 212 do Código de Processo Penal representa bem a questão envolvendo o protagonismo judicial e os

impactos do positivismo jurídico. Diz o referido artigo que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”, e o parágrafo único estabelece que “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

No que se refere ao artigo 212 do Código de Processo Penal, afirma o professor Lenio Streck que a prática judiciária caminha no sentido de manter o sistema presidencial-inquisitório de condução do interrogatório do acusado, o que na prática significa que a doutrina e a jurisprudência estão caminhando em sentido contrário à própria legislação. Porém, o questionamento, que está ligado com a pergunta “aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?”, consiste no seguinte: pode o judiciário e a doutrina “passar por cima da lei” que foi aprovada democraticamente?⁴⁵⁸

Quando se está diante de uma norma como a do artigo 212 do Código de Processo Penal, estamos diante de um dever de cumprir a lei que foi aprovada pelo Poder Legislativo de forma democrática e em respeito ao sistema acusatório, que há época nem constava no corpo do referido Código. Cumprir a letra da lei é um avanço democrático e é um dever cumpri-las quando aprovadas democraticamente.⁴⁵⁹

Dessa forma, não há que se falar em atitude positivista pela mera aplicação fria da lei, justamente porque a partir do momento em que a lei é feita, a decisão judicial tem como fundamento a lei que por sua vez está (ou deveria estar) sob o comando da Constituição e não vinculada à vontade do julgador e nem às suas orientações políticas, religiosas ou morais. Isso se dá pois nos primórdios do positivismo jurídico a moral estava separada do Direito, porém, com o advento do Estado Democrático de Direito, a moral passou a ser co-originária⁴⁶⁰.

É por isso que uma resposta adequada à constituição ou uma resposta correta decorre diretamente da democracia, tendo em vista que o julgador possui uma responsabilidade política de meio, e não apenas de resultado. Caso contrário, estaríamos a mercê do livre convencimento.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. P. 169.

⁴⁵⁹ Idem. P.170.

⁴⁶⁰ Idem.

É nesse momento que resta inserido o artigo 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal, pois o juiz deverá decidir de maneira fundamentada e enfrentando todos os argumentos aduzidos pelas partes e, caso isso não ocorra, tal decisão será considerada não fundamentada. A Crítica Hermenêutica do Direito reconhece o grande avanço desse dispositivo, pois, somado à inserção do artigo 3-A do Código de Processo Penal, está se pondo uma barreira ao livre convencimento, não se permitindo mais, como afirma o professor Lenio Streck, atravessar o rio e depois construir a ponte.

Porém, em que pese a importância do sistema acusatório no processo penal e a inserção do artigo 315, § 2º, IV do Código de Processo Penal, até antes da Crítica Hermenêutica do Direito não havia uma teoria da decisão que tivesse como cerne a preocupação com o modo como juízes decidem, o que levou Lenio Streck a formular os seguintes princípios que formam a base da sua teoria da decisão: preservar a autonomia do direito, o controle hermenêutico da interpretação constitucional, o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, o dever fundamental de justificar as decisões ou de como motivação não é igual a justificação e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Por fim, devem ser respondidas as cinco perguntas, que são consequências lógicas dos cinco princípios acima enunciados.

No que se refere especificamente ao ativismo judicial, nos moldes propostos por Lenio Streck são formuladas as seis hipóteses em que estaria o juiz autorizado a deixar de aplicar lei, já expostas neste trabalho e, além disso, há de serem respondidas as seguintes três questões seguintes: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade? O atendimento a esse pedido poder ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas? E, por fim, se para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia?

REFERÊNCIAS

- ABEL, Henrique. **Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial: A Filosofia do Direito na encruzilhada do Constitucionalismo Contemporâneo**. 2^a.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde**. Revista de Saúde Coletiva: Rio de Janeiro, 20 [1]: 33-55, 2010.
- AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**.1^a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review. O nascedouro do controle judicial de constitucional, de Sir Edward Coke a John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Editora UNESP, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 98.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 383.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 21 de abril de 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CAVALCANTE NUNES, André Clark; OLIVEIRA LIMA, Antônio Edilberto; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo: JHMizuno, 2020.

CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verdum Cardoso. **Do Estado Liberal ao Estado de Direito Social: uma redefinição de Estado a partir de Georges Gurvitch**. XII seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea: VIII mostra de trabalhos jurídicos científicos, 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista Sociologia Política: Curitiba, **23**, p. 115-126, nov. 2004.

COSTA, Pedro D'Angelo da. **A crítica de Dworkin ao Positivismo Jurídico e a Construção do Conceito de Discricionariedade**. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015, Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em < www.conpedi.org.br>.

COSTA, Marcelo Cacinotti; MELO LIMA, Vinicius de. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª.ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas Fronteiras da Argumentação: A Discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. 2ª.ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Facultad Monterrey: Libre de Derecho de Monterrey.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª.ed. São Paulo: Atlas.

DORADO PORRAS, Javier. **Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos em defensa del iuspositivismo**. Madrid: Dykinson, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; Bolesina, Iuri. **Discricionariedade e Arbitrariedade Judicial Na Perspectiva Positivista de Kelsen e Hart**. Revista do Departamento de Ciências Humanas, Santa Cruz do Sul n.º 44 ANO 2015/2.

FACCI, Lucio Picanço. **Discricionariedade Judicial: Considerações Sobre a Perspectiva Positivista de Kelsen e Hart e a Proposta de Dworkin para sua Superação.** Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 125-144, out.-dez. 2011.

FERRAJOLI, Luigi; Et al. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA BRAGANÇA, Fábio Luiz. **A Possibilidade de Superação da Discricionariedade Judicial Positivista pelo Abandono do Livre Convencimento no CPC/2015.** Salvador: Editora Juspoivm, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (1994). **Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça.** *Revista De Direito Administrativo*, 198, 1-17.

FERREIRA SANTOS, Gustavo. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2011.

FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. **Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária.** *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto.** In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019.** Florianópolis: EMais, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de; Chueiri, Vera Karam de. **Marbury versus Madison: Uma Leitura Crítica.** Curitiba: Juruá, 2017.

GREEN, Craig. **An intellectual History of Judicial Activism.** *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, No. 5, p. 1219, 2009.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Almedina, 2019.

HAMILTON; MADISON; JAY. **O Federalista.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2018.

JUNIOR, Gilberto Andreassa. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário.** Curitiba: Juruá Editora, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo; et al. **Lei Anticrime: comentada – artigo por artigo.** São Paulo: Saraiva, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. **O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin**. *Revista da AJURIS* – v. 39 – n. 126 – Jun/2012.

KOZICKI, katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI- Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art 3º - A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020.

M. BENTO, Milani. **Positivismo Jurídico e Neoconstitucionalismo: Postulados e Diferenças**. Florianópolis :Empório do Direito, 2015.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. **A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz**. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí*, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MARSHALL, John. **Biography: John Marshall, Chief Justice of Supreme Court (1755-1835)**. Disponível em: <https://www.biography.com/political-figure/john-marshall>. Acesso em 10 de abril de 2021.

MELLO, Celso Antônio Badeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELO FILHO, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Ricardo Quartim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** Revista de Informação legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF.** 2ª.ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

NETO, Alcimor Rocha; et al. **Curso de teoria geral do Estado.** Org: Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro :Elsevier, 2009.

OTTO, Écio, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2014.

POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. **Apontamentos acerca da judicialização da política no brasil.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional.** Doxa: Cuardenos de Filosofia del Derecho, v.21, n. 2, p.339-353, 1998.

RAMALHO, Raineri. **STF e o Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fada ao fracasso do arbítrio.** Salvador, JUSpodium, 2018.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais.** Curitiba, Juruá Editora 2011.

SILVA RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da; OLIVEIRA DE CAMARGO, Rodrigo. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a

introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO DE, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yury (orgs). **Pacote Anticrime: Reformas Processuais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: EMais, 2020.

STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart**. Revista Direito GV: V. 3 N. 1 | P. 101 - 120 | JAN-JUN 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos.

STRECK, Lenio Luiz. “O problema é o processo”, Dr. Moro? Até Reinaldo Azevedo sabe que não! **Consultor Jurídico**, São Paulo, abr 02. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao>. Acesso em 21/06/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um ‘terceiro turno da constituinte’. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 19 jun. 2021. P.04.

STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. BOECKEL, Fabrício Dani de; RICK ROSA, Karin Regina; SCARPARO, Eduardo (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **EJLL**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016c. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

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

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4^a. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 1^a. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Moro dá às palavras o sentido que quer! O Direito através do espelho. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar 30. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/senso-incomum-moro-palavras-sentido-direito-atraves-espelho>. Acesso em 13/02/2020.

STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar 13. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>> Acesso em 14 de mar de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 21-22, jan/jun. 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>. Acesso em: 9 de junho de 2021.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **EJLL**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016c. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz.; TASSINARI, Clarissa.; LEPPER, Adriano Obah. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 51-61, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016a. Disponível em: https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_eJiberdade/article/view/1181. Acesso em: 28 jun. 2021.

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

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012a. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012.

TOVAR ZEHURI, Leonardo. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão da resposta adequada**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011.

VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson. **Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo. V. 8. P.037-058.

VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson; FERREIRA NEVES, Isadora. **As influências do Neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014.

VIEIRA LUIZ, Fernando. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011.