

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

JOSÉ MARIO MACEDO PEREIRA HAUARE

**O PODER JUDICIÁRIO NO REGIME DEMOCRÁTICO: CONVIVÊNCIA ENTRE
DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL**

**CURITIBA
2021**

JOSÉ MARIO MACEDO PEREIRA HAUARE

**O PODER JUDICIÁRIO NO REGIME DEMOCRÁTICO: CONVIVÊNCIA ENTRE
DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Me. Luiz Gustavo de Andrade.

CURITIBA

2021

JOSÉ MARIO MACEDO PEREIRA HAUARE

**O PODER JUDICIÁRIO NO REGIME DEMOCRÁTICO: CONVIVÊNCIA ENTRE
DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção
do grau em Direito do Centro Universitário Curitiba,
pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2021

DEDICATÓRIA

A todos que me acompanharam na minha jornada.

Para todos aqueles que produzem conhecimento científico e têm esperança num Brasil mais justo, garantidor de direitos e provedor de qualidade de vida a todos, exemplo para a humanidade.

Não percamos a esperança, continuemos na luta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família: meus pais, Valéria e Mario, minha irmã, Lúcia, meus avós, vô Mario (*in memorian*) e vó Mirian, vô Joel e vó Neide, meus tios e tias, primos e primas, tias-avós e tios-avós. Foram os responsáveis por me acolherem no mundo, e, mais do que isso, me proporcionaram conhecer o que é ser feliz. Aqui, cabe ainda um agradecimento a Eva e a Lena, presentes desde que tenho memória.

Agradeço aos meus amigos, a família que “escolhi” ao longo de minha vida, que me possibilitaram descobrir um mundo externo a que nasci, e quão maravilhoso ele pode ser. Vocês tornam tudo mais leve. Obrigado, amigos do Sagrado, Marista, Unicuritiba e os que formei por esse mundo afora.

Agradeço aos meus professores, sem os quais seria apenas alguém com vontade de entender o mundo, porém sem sair da expectativa. Os ensinamentos de vocês foram imensuráveis. Em especial, agradeço aos professores de propedêuticas, ao me fazerem ver o Direito em sua profundidade e me encantarem por ele: Edimar Brígido, Violeta Caldeira e Thiago Hansen. Aos professores de dogmáticas, agradeço a todos no nome do professor Luiz Gustavo de Andrade, meu orientador, o qual une a excelência da didática com o amor a disciplina. Essa Monografia não seria possível sem você.

Agradeço, por fim, a todos aqueles que estiveram presentes de alguma forma nessa aventura chamada vida, os quais me fizeram ser quem sou hoje. Tira-se um elemento da equação e seu resultado é outro.

Deixo, assim, meu muito obrigado a todos.

*“Senhor, dai-me força para mudar o que pode
ser mudado...*

*Resignação para aceitar o que não pode ser
mudado...*

E sabedoria para distinguir uma coisa da outra.”

(São Francisco de Assis)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre a democracia e o ativismo judicial, no sentido da compatibilidade entre esses dois elementos, e, logo, a possibilidade de convivência mútua. Para tanto, primeiramente tem-se como escopo analisar o princípio da separação de poderes, em sua formação histórica e o que representa para o Direito atual, bem como ao Estado contemporâneo e suas implicações numa conduta ativista por parte do Judiciário. Logo após, pretende-se dissertar acerca da democracia, inicialmente sobre os aspectos gerais relativos ao seu exercício na atualidade, para então examinar a teoria democrática de Robert Dahl, com os fundamentos e institutos que entende necessário, tanto quanto para se alcançar um ideal democrático, quanto para adequar o regime democrático à realidade. Ainda, explora-se reflexões de Dahl sobre a Suprema Corte norte-americana e suas relações com a democracia. Ao fim, discorre-se acerca do significado da judicialização da política, da politização da justiça e do ativismo judicial, assim como suas relações entre si, e, então, analisa-se a filosofia do Direito de Habermas, com sua posição procedimentalista, e a teoria do Direito de Dworkin, com uma tese substancialista, e como o ativismo judicial é visto por esses autores. Assim, diante desse arsenal teórico, permite-se concluir que o ativismo judicial não é compatível com a democracia, já que fere o princípio da separação de poderes e a participação efetiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões, pilar fundamental do regime democrático.

Palavras-chave: Princípio da Separação de Poderes. Ativismo Judicial. Democracia em Robert Dahl. Procedimentalismo em Habermas. Substancialismo em Dworkin.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	10
2.1 CONCEPÇÕES GERAIS	10
2.2 DIVISÃO DE FUNÇÕES: RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DE FREIOS E CONTRAPESOS.....	21
2.3 REVISÃO CONTEMPORÂNEA DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES.....	27
3 DEMOCRACIA E OS ENSINAMENTOS DE ROBERT DAHL	34
3.1 DEMOCRACIA: CONCEPÇÕES GERAIS	34
3.2 CRITÉRIOS PARA UM GOVERNO DEMOCRÁTICO EM ROBERT DAHL.....	45
3.3 ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCEPÇÃO DE ROBERT DAHL.....	55
4 ATIVISMO JUDICIAL	60
4.1 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	60
4.2 PROCEDIMENTALISMO EM HABERMAS	75
4.3 SUBSTANCIALISMO EM DWORKIN.....	81
5 CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS.....	93

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem a intenção de analisar a relação entre ativismo judicial e democracia, no sentido de compatibilidade entre esses dois fenômenos, ou seja, se há possibilidade de uma convivência harmoniosa entre eles ou se um é inconciliável com o outro, inerentemente. Para tanto, a metodologia utilizada foi o método dedutivo, com revisão bibliográfica acerca da matéria.

Todavia, na sociedade atual, como é o Direito o responsável por ordenar a sociedade, e, dessa forma, regular os mais diversos conflitos, o ativismo judicial, bem como a democracia, não são exceções. Logo, tanto as normas aplicáveis à democracia e ao ativismo, quanto a regulação que o Direito realiza do conflito entre os dois, são substanciais para compreendê-los.

Com efeito, o Direito regulamenta a democracia, nos seus mais diversos aspectos, e essa relação torna-se cristalina no aspecto de a sociedade estar sob a égide de um Estado Democrático de Direito. O ativismo, por sua vez, desenvolve-se dentro desse mesmo Estado, portanto, democrático e estruturado pelo Direito, o que faz com o ativismo não possa escapar das prescrições jurídicas.

Percebe-se, então, a complexidade dos vínculos a se analisar, pois, para ser possível chegar a uma conclusão, será preciso investigar, primeiramente, o conteúdo do Direito, da democracia e do ativismo judicial, e, sendo impossível cobrir todas as frentes desses fenômenos, ao menos as mais essenciais ao assunto serão exploradas.

Ainda, num mundo em que a atuação do Poder Judiciário está em evidência no meio social, a democracia está em crise e, após trinta anos da redemocratização, o Brasil ainda pena em cumprir os direitos previstos na Carta Magna de 1988, o que faz com que o tema pesquisado adquira relevância ímpar. Isso porquanto o escopo de verificar a compatibilidade entre democracia e ativismo judicial, resvala num plano de fundo mais amplo, que são as circunstâncias acima relatadas.

Dessa forma, inicia-se a pesquisa com um exame do princípio da separação de poderes, cláusula pétrea da Lei Maior de 1988, e, portanto, princípio basilar do Estado brasileiro. Como a democracia moderna se conforma dentro da divisão de funções e o ativismo judicial toca justamente nesse ponto, impera-se que a discussão parta daqui.

Assim, analisar-se-á a formação histórica do princípio da separação de poderes, na modernidade, com a política inglesa do Século XVII, as teorias políticas de Locke e Montesquieu, os quais influenciaram a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos, e Constant, que repercutiu no Brasil Imperial. Ademais, serão abordadas as Constituições republicanas, com destaque a de 1988.

Logo após, explora-se a relação do princípio da separação com o dos freios e contrapesos, igualmente através de teorias políticas, de Locke, Montesquieu e os Federalistas, bem como na realidade política da Inglaterra do Século XVII, na Constituição dos Estados Unidos e na Constituição do Brasil de 1988.

Para finalizar a investigação desse princípio, as transformações do Estado Liberal para o Estado Social, o advento do constitucionalismo contemporâneo, as mudanças na concepção de acesso à justiça e as disposições da Constituição de 1988, demonstrarão as modificações no princípio da separação de poderes, para se permitir uma aferição da relação do princípio com o ativismo judicial.

Passa-se, então, a abordar a democracia, num primeiro momento, no aspecto jurídico e político dela, com a sua concepção na Constituição de 1988 e as formas de democracia, ao que se desdobra, então, para como a democracia brasileira vem ocorrendo desde 1988, sobretudo no aspecto da influência do Poder Judiciário e do Direito nela, bem como a sua crise mais recente.

A partir disso, retoma-se a teoria democrática de Robert Dahl, de forma a se percorrer os fundamentos teóricos do regime democrático, a princípio os ideais e as instituições que a democracia exige, para depois se examinar a teorização que Dahl faz sobre o Poder Judiciário, aqui visto sob o enfoque da Suprema Corte norte-americana.

Ao fim, chega-se ao tema do ativismo judicial, o qual necessita ser compreendido ao lado dos fenômenos da judicialização da política e da politização do judiciário, de forma a diferenciá-los do ativismo judicial. Então, estuda-se a filosofia do Direito de Habermas, a qual tem um enfoque procedimentalista, e a teoria do Direito de Dworkin, com sua concepção substancialista, de maneira a verificar como essas visões jurídicas lidam com o ativismo judicial.

Intenta-se, com esse conjunto teórico, afinal, poder-se alcançar uma conclusão sobre a compatibilidade entre ativismo judicial e democracia, na complexidade dessa relação.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1 CONCEPÇÕES GERAIS

Na modernidade, há o desenvolvimento de novas teorias políticas europeias para justificar o poder, entre as quais as que se dedicavam a legitimar o poder dos reis no Estado Absoluto e as de pensar novas formas de governo. Desse modo, naquelas tem-se, por exemplo, a teoria de Hobbes, enquanto nestas encontra-se em destaque o filósofo do liberalismo clássico, John Locke, e o teórico Montesquieu.

Igualmente, movimentos políticos como as transformações políticas na Inglaterra do século XVII, a Revolução Francesa e a independência das colônias britânicas na América do Norte, no século XVIII, foram substanciais para a formação do Estado nacional como conceituado atualmente, e, do ponto de vista do Direito, para a formação do constitucionalismo moderno¹.

Assim, esse último foi uma nova forma de pensar o Direito, o que significou uma mudança no paradigma jurídico da cultura europeia. Ele pregava a limitação do poder estatal, por meio da garantia do respeito aos direitos fundamentais e à separação de poderes².

Logo, a separação dos poderes se encontra no cerne do constitucionalismo moderno, pois, sem ele, o movimento perde seu conteúdo central, e transmuta-se em outro ente. É condição para o resultado final, que são as Constituições modernas, positivas e escritas, constituintes do poder político.

Dessa forma, o caminho para tanto começa a ser sedimentado a partir de mudanças na estrutura do poder inglês do século XVII. Conquanto a Inglaterra não tenha até os dias de hoje Constituição escrita, nos moldes de outros países ocidentais, já nos anos de 1700 ela apresentou limites ao poder, de modo que “a noção da divisão orgânico-funcional da estrutura e das atividades do Estado remonta, em especial, à Grã-Bretanha do século XVII, associada [...] a compreensão de *rule of law*.”³.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 50.

² Ibid., p. 51.

³ OLIVEIRA, Fábio de; STRECK, Lênio Luiz. Art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). p. 145.

A nação britânica, desse modo, em 1628, viu, não obstante o então rei Carlos I assumir compromisso estabelecidos no *Petition of rights*, criar impostos de forma arbitrária, violando essa Petição. Isso levou à guerra civil, que durou até 1649, com a instalação da República, com Oliver Cromwell à frente dela, dissolvendo o parlamento.

Em 1660, a monarquia é restaurada, tendo como rei Carlos II, o qual dissolveu o parlamento em 1683, culminando na Revolução Gloriosa, em 1688. Essa colocou como rei Guilherme de Orange e acarretou no *Bill of rights*, em 1689, o qual fixou a supremacia do Parlamento sobre o poder real e limitou o poder estatal frente a seus cidadãos⁴.

Vê-se, nesse contexto, a gênese do princípio da separação de poderes, que não só intencionava limitar o poder do trono, como também do parlamento, ou seja, não só dividir o poder, como também não permitir abuso por nenhuma parte⁵.

Nesse quadro, surge John Locke, filósofo clássico do liberalismo, o qual é um teórico paradigmático da separação de poderes, sendo relevante seus fundamentos para esse princípio. Pertencendo a corrente do contratualismo, defendia que o ser humano, antes de habitar em sociedade, vivia no chamado estado de natureza, situação em que não existia Estado e, portanto, nenhuma forma de regulamentação supraindividual das relações interpessoais.

Todavia, nesse estado natural, todos os indivíduos têm direito à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Isso porque ninguém é superior ao outro e são todos livres para agirem como bem quiserem, e, ainda, o que a pessoa produz pela força de seu trabalho, pertence-a. Contudo, todos esses direitos estão sob constante ameaça, já que é possível um sujeito violar a esfera jurídica de outro a qualquer momento.

Desse modo, o ser humano se une aos demais, e, pela forma de um contrato, concorda em formar a entidade chamada Estado, com o escopo de que esses direitos naturais sejam devidamente protegidos. Para tanto, institui-se o poder legislativo, o qual detém a autoridade suprema, já que é por meio dele que o povo, verdadeiro titular de todo poder, se autorregula. Esse modelo, para Locke, é o único legítimo, visto que não é justificável cidadão impor lei a outrem de forma arbitrária.

⁴ BARSOSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 37-38.

⁵ OLIVEIRA; STRECK, 2018, p. 146.

Do mesmo modo, são estabelecidos os poderes executivo e federativo⁶. Enquanto o federativo cuidaria de temas internacionais, como guerra, paz e realizar acordos, o executivo efetivaria as leis feitas pelo legislativo. Na doutrina de Locke, não é reconhecido o poder de julgar como sendo autônomo.

De toda forma, os poderes constituídos não podem abusar de seu poder, sendo que, se assim procederem, o povo tem o direito de dissolver o parlamento, para reaver seu poder original, deturpado por quem o exercia. Com efeito, segundo Locke⁷,

O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens; [...] permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; [...] devem ter o direito de preservar este bem inalienável e de se livrarem daquele que invade esta lei fundamental, sagrada e inalterável de autopreservação.

Desse modo, verifica-se que, não obstante o princípio da separação de poderes pretender limitar o poder, para que não se abuse desse, o que é passível de acontecer, para John Locke, nessa hipótese, o povo está autorizado a exercer um direito de resistência a esse regime ilegítimo.

Outro autor que lançou as bases do princípio da separação de poderes foi o barão de Montesquieu, já no século XVIII, com seu livro *O espírito das leis*, de 1748. Nele, de forma geral, o filósofo está preocupado em entender sobre qual é a relação que as leis possuem com os objetos que regulam, isto é, para o francês, a natureza das relações sociais detinham uma constante, passível de ser identificada na forma de uma lei.

Ao contrário do paradigma de sua época, que relacionava a concepção de lei com lei de Deus, de modo que a lei detinha uma expressão natural, uma de dever ser e outra de autoridade, Montesquieu definia as leis como “relações necessárias que derivam da natureza das coisas, e, neste sentido, todos os seres têm as suas leis”⁸. Desse modo, Montesquieu foi marcante para que as leis passassem a serem

⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 171.

⁷ Id., p. 165-173.

⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 47.

compreendidas em seu aspecto científico⁹, ao importar a lógica das ciências físicas, especialmente das leis de Newton, para a percepção de o que é a lei e de que modo as instituições políticas são reguladas.

As leis, então, deixaram de ter um aspecto divino, e o filósofo investigou, especificamente, as leis que regem as instituições que governam os seres humanos. Dessa forma, ele conclui que são três as naturezas do governo: monarquia, república e despotismo. Eles são regidos, respectivamente, pelos seguintes princípios: honra, virtude e medo. A relação entre a natureza do governo e seus princípios será tratado no tópico seguinte.

Ao estudar o regime britânico, depreendeu que o objetivo desse é a liberdade política, a qual é possível apenas pela separação de poderes. O nobre francês identificou a existência de três poderes: o legislativo, o executivo das que dependem do direito civil e o executivo das coisas que dependem do direito das gentes. Enquanto este é o poder executivo do Estado, aquele é o poder estatal de julgar.

Assim, Montesquieu afirma que só é possível que a liberdade seja garantida com a separação desses poderes, atribuídos para pessoas distintas, pois livre é o cidadão que não teme outro cidadão. Se o legislativo e o executivo forem exercidos pelo mesmo indivíduo, “não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente”, segundo o filósofo francês.¹⁰

De igual forma, se o poder julgador se juntar ao poder executivo ou legislativo, a liberdade igualmente estaria comprometida, já que, no primeiro caso, o juiz tem a potência de se tornar um opressor. Por sua vez, no segundo caso, imperaria a arbitrariedade sobre a vida dos julgados.

Desse modo, essas são as leis, identificadas por Montesquieu, instituidoras da liberdade. Do contrário, por mais que o governo não seja explicitamente despótico, sente-se isso a todo momento, isto é, o que move esse regime é o medo.

Tanto Locke quanto Montesquieu foram significativos para os dois subsequentes movimentos políticos que consagrariam o constitucionalismo moderno:

⁹ ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política. volume 1:** Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011, s. p.. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/164696/mod_resource/content/1/Francisco%20Weffort%20-%20Os%20Classicos%20da%20Politica%20Vol.%2001.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020

¹⁰ MONTESQUIEU, 2014. p. 230.

a independências do Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, ambos no século XVIII.

O processo de independência das 13 colônias da Grã-Bretanha, na América do Norte, foi iniciado após a Inglaterra começar a agir no sentido de taxar mais os colonos e reduzir as suas atividades comerciais. Esses, por sua vez, entendiam, assim como o filósofo Locke, terem direitos naturais, dentre os quais a vida e a liberdade, e que, quando o governo não protege esses direitos, cabe ao povo retornar seu poder e instituir novo regime. Esse discurso fica claro por meio da declaração de independência das 13 colônias, do ano de 1776, em que os insurgentes afirmam:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. [...] sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo.

Ao declararem-se independentes da coroa britânica, iniciou-se a guerra pela emancipação política, a qual durou seis anos. Com a vitória, os recém Estados independentes, então, ligaram-se por meio de uma confederação, a qual não detinha real poder de impor suas decisões aos seus membros. Esse modelo revelou-se insuficiente, já que, segundo Luís Roberto Barroso, “essa união mostrou-se frágil e incapaz de enfrentar os desafios da consolidação das novas nações independentes e de impedir a competição predatória entre elas.”¹¹.

Diante dessa situação, reuniram-se em Convenção Constitucional delegados dos Estados, justamente para redigir a Constituição dos Estados Unidos da América. Após aprovação do documento e ratificação pelos estados, essa foi a primeira Constituição escrita nos moldes da modernidade, assentando a supremacia da lei, a igualdade e a separação de poderes.

A Carta Magna dos Estados Unidos constituiu três poderes, o executivo, legislativo e judiciário, prevendo as competências de cada um deles, assim como a forma federativa de Estado. Esse sistema, ao prever certo grau de autonomia dos estados em face da união, representou inovação quanto ao modo que os países europeus vinham até então se organizando. Igualmente, o chefe do Poder Executivo,

¹¹ BARROSO, 2020. p. 42.

ao invés de ser um rei, seria um Presidente, rompendo com a possibilidade de um regime monárquico.

Assim, para o constitucionalismo moderno, a Constituição dos Estados Unidos foi um marco, ao ser o primeiro documento escrito a fundar o Estado, tendo como base a separação de poderes.

Outro movimento fundamental para a consolidação da cisão de poderes foi a Revolução Francesa, no ano de 1789. No séc. XVIII, pensadores europeus estavam propondo novas formas de ver o mundo, o que resultou na revolução intelectual conhecida como Iluminismo¹². Locke e Montesquieu são considerados autores integrantes desse movimento.

Na França, a forma de governo era o antigo regime, em que o poder político era absolutista, ou seja, não havia limites ao poder real, além de a sociedade ser dividida em estamentos. Esses estamentos eram conhecidos como primeiro, segundo e terceiro estado, representando, respectivamente, a nobreza, o clero e as classes remanescentes.

Ocorre que tanto o primeiro quanto o segundo estado eram cercados de regalias, sustentadas pelo terceiro estado. Como a burguesia, a qual era uma classe de comerciantes que detinha cada vez mais poder econômico, era membro do estamento social sem poder político, isso começou a criar tensão entre o poder econômico e o político, ainda mais por esse desfrutar de inúmeros privilégios, entre os quais não pagar impostos.

As ideias dos filósofos iluministas Montesquieu e Locke, de restrição do poder por meio da separação de poderes, contestando o direito divino dos reis de governar, era de ampla influência no âmbito da burguesia, a qual queria ter acesso a instância de decisões políticas. A nação francesa, ao enfrentar uma forte crise financeira estatal, somado ao apoio à independência dos Estados Unidos¹³, formou o quadro cultural necessário para que uma revolução acontecesse.

Dessa forma, a nobreza, por recusar ter seus privilégios diminuídos, ocasionou a convocação do Estados Gerais pelo Rei Luís XVI. Por meio de autoproclamação do terceiro estado, essa reunião tornou-se Assembleia Nacional e, posteriormente, Assembleia Constituinte, com o intuito de elaborar uma Constituição. Todavia, em

¹² BARROSO, 2020. p. 49.

¹³ Ibid., p. 50.

razão da rebelião popular que levou à queda da Bastilha, prisão localizada em Paris, em 14 de julho de 1789, a Assembleia passou a redigir uma Declaração de Direitos.

Em outubro de 1789, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, além de garantir direitos fundamentais, instituiu a separação de poderes como fundamento do Estado francês. Com efeito, o art. 16º da citada Declaração assim estabeleceu: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Verifica-se, portanto, a intrínseca relação do constitucionalismo moderno com a separação de poderes.

A Revolução, após esse ato, elaborou diversas Constituições, e continuou envolta em conflitos e crises até a tomada de poder por Napoleão Bonaparte no golpe conhecido como 18 Brumário, o que significou a volta do poder absoluto na França.

De todo modo, a Revolução foi vitoriosa¹⁴ ao dissolver o antigo regime definitivamente, e com ele as divisões sociais e os privilégios, espalhando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, lema do movimento, para o restante da Europa e do mundo.

Assim, a Revolução Francesa foi vital para o constitucionalismo moderno se consolidar no pensamento político e jurídico moderno, especialmente no Ocidente, e também para a formação dos Estados liberais-burgueses, característicos do séc. XVIII e XIX. Esses Estados, tendo como fundamento o liberalismo, não eram democráticos, intencionando apenas proteger a autonomia dos indivíduos frente ao poder político. Isto é, cria-se o Estado para que, através da separação de poderes e da supremacia da lei, o próprio poder estatal se abstenha de interferir indevidamente na autonomia privada de seus cidadãos.

Desse modo, o poder legiferante cria as normas, o executivo espontaneamente as aplica, conforme seu próprio interesse, e o judiciário realiza a vontade concreta da lei¹⁵. A lei, então, como expressão da vontade geral da população, é quem dita a fronteira entre o passível de ser realizado na esfera individual e o proibido. A Revolução francesa manifestou essa ideia por meio do art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “[...] o exercício dos direitos naturais [...] não tem

¹⁴ BARROSO, 2020. p. 52.

¹⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. 2. ed. ver. e ampl.. São Paulo: Almedina, 2018. p. 231.

por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

Logo, a lei, por meio da Constituição, além de estabelecer a separação de poderes, ainda submete os próprios indivíduos que exercem o poder ao império da lei. Destarte, ninguém está acima dela, devendo todos obedecê-la.

Nesse contexto, importante para a constituição da separação de poderes em terras brasileiras¹⁶ foi o pensamento do suíço Benjamin Constant, o qual propunha a separação em quatro poderes: executivo, legislativo, judiciário e real. Essa formatação foi adotada pela primeira Constituição brasileira, a do Império, porém foi excluída na era republicana.

Entretanto, essa configuração foi relevante para a cultura política brasileira, tendo ainda hoje repercussões, já que, como afirma Ives Gandra, “Alguns juristas defendem a tese que [...] o único Poder Moderador seria o Judiciário”, enquanto defende o próprio doutrinador que “se um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador”¹⁷.

Desse modo, vê-se a influência do pensamento de Constant, para a atualidade brasileira. Assim, o suíço propôs sua teoria política num momento pós-Revolução Francesa, no século XIX, e, assim, tinha como objetivo conciliar as ideias liberais de garantir a liberdade dos cidadãos, sem as crises e o derramamento de sangue que a Revolução experimentou. Logo, sua pretensão era analisar como seria possível a estabilidade política no Estado Liberal, sem os valores precedentes sociais¹⁸.

Para tanto, o suíço se inspirou na Inglaterra, a qual desfrutava da proteção de liberdades junto com uma estabilidade política. Destarte, concluiu pela necessidade de um quarto poder, acrescido aos três defendidos por Montesquieu, chamado de poder real, do qual o rei é titular. Esse poder seria responsável por mediar conflitos que por ventura ocorressem entre os demais poderes, tendo a característica de ser neutro, visando apenas à conservação do próprio Estado¹⁹.

¹⁶ OLIVEIRA; STRECK, 2018. p. 147.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Consultor Jurídico**. s. p. 28 maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira?imprimir=1>>. Acesso em: 09 set. 2020.

¹⁸ ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 45, n. 180, p. 65-75, 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176563/000860606.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020. p. 66.

¹⁹ Ibid., p. 71-72.

Por meio desse Poder Moderador, como foi nomeado na Constituição imperial de 1824, evitar-se-ia que a conquista de liberdades, por meio da instituição de Estados liberais, se perdesse através da volta a um despotismo, como aconteceu na Revolução Francesa.

Portanto, no Brasil, a primeira e mais duradoura Constituição de nossa história estabeleceu a existência de 4 poderes. Já na República, o Poder Moderador foi extinto, sendo que nas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988, adotou-se modelo tripartite da separação de poderes de forma expressa. Assim, todas as Constituições brasileira separaram os poderes estatais em seus artigos, com exceção da Constituição de 1937, única a não mencionar a separação de tarefas²⁰.

Ressalva-se que, não obstante previsto na Constituição, o princípio separatório das funções estatais nem sempre foi seguido, como na Constituição de 1967, feita dentro do contexto ditatorial pelo qual o Brasil passava. De 1964 a 1985, então, tempo que durou o regime militar, e especialmente após a decretação do Ato Institucional nº 5 até o seu fim, o Presidente da República estava autorizado a interferir no Poder Legislativo. Isso porque podia declarar o fechamento do Congresso Nacional ou cassar mandatos eletivos a qualquer momento²¹. Logo, não é porque era instituído pela Carta Magna que os poderes estavam efetivamente divididos.

Com a redemocratização, em 1985, pela volta de um civil ao comando do Poder Executivo, e a proclamação da nova Constituição em 1988, a democracia estava, finalmente, restabelecida. Através da Lei Fundamental que assegurou direitos fundamentais e a separação de poderes, vê-se que os pilares do constitucionalismo moderno foram as bases para a formação da nova ordem jurídica que nascia ali.

Sendo a democracia uma conquista, não algo certo e garantido para todo o sempre, a defesa desses dois elementos como pilares do Estado Democrático de Direito deve ser algo sempre a ser feito por todos os cidadãos, não importando a época. Destarte, prezar pela efetiva separação de poderes é dever de todo brasileiro compromissado com a democracia, para que períodos de violações de direitos fundamentais não voltem a acontecer.

Na Constituição de 1988, desse modo, a separação de poderes está consolidada já em seu art. 2º, com a seguinte redação: “São Poderes da União,

²⁰ OLIVEIRA; STRECK, 2018. p. 147-148.

²¹ Ibid., p. 148.

independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Esse dispositivo se encontra no título dos princípios fundamentais, ou seja, a República Federativa do Brasil tem como uma de suas sustentações a separação de funções. Sem ela, o conteúdo constitucional se distorce, tornando-se a República outra coisa, não mais a prevista na Carta Magna de 88.

O poder a que se refere a Constituição pode ser entendido de duas maneiras²²: em um sentido objetivo e subjetivo. O sentido objetivo, ou funcional, diz respeito à função exercida proeminentemente pelo órgão estatal. Assim, são três as funções do Estado: administrativa, jurisdicional e legislativa, sendo que nenhum órgão exerce exclusivamente uma função.

Com efeito, a função típica do órgão é aquele que por excelência ele é incumbido de desempenhar, e, logo, atípica é a função que se exerce de maneira excepcional, já que, conforme Oliveria e Streck, “relativa a princípio ou propriamente a outro órgão, ou como meio para o desempenho da sua função clássica ou prioritária”²³.

Por sua vez, o sentido subjetivo, ou orgânico, se refere não à função, porém sim ao órgão estatal propriamente dito, isto é, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa maneira, esses poderes exercem de forma típica, respectivamente, as funções executiva, normativa e jurisdicional. Como função atípica se tem, por exemplo, a edição de medidas provisórias por parte do Poder Executivo.

Observe-se que, não obstante se fale em separação de poderes, tecnicamente o correto é separação de funções, já que o poder é um só, indivisível, com o povo sendo titular dele²⁴, consoante art. 1º, Parágrafo único, da Constituição Federal, *in verbis*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Ademais, o conteúdo do princípio da separação de poderes está ancorado na ideia de discricionariedade. Cada poder tem o dever, atribuído pela Carta Magna, de efetivar suas funções típicas, em razão de que nenhum outro órgão ou membro da sociedade pode, por exemplo, fazer valer a função jurisdicional com a competência que o Poder Judiciário tem. Dessa maneira, a essência de separação é a de que um

²² OLIVEIRA; STRECK, loc. cit.

²³ Ibid., p. 148.

²⁴ Ibid., p. 148.

poder não pode invadir a discricionariedade do outro, sendo esse “o ponto de equilíbrio, a linha fronteira”, conforme Oliveira e Streck²⁵.

Outrossim, a Lei Fundamental dispôs que a separação de funções não pode ser abolida sob nenhuma hipótese, ou seja, não pode haver emenda à Constituição que tenha como objeto unificar funções. Isso porque esse princípio é cláusula pétrea no ordenamento jurídico, conforme o art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes.”

Dessa forma, as cláusulas pétreas têm por finalidade impedir que o projeto constitucional para o Estado e a sociedade se perca ou seja dilapidado por maiorias eventuais. Como afirma Branco e Mendes, “pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.”²⁶.

A autoridade da cláusula pétrea provem do próprio poder constituinte originário, o qual funda o Estado, e, por isso, não há qualquer limites a sua atividade. Por sua vez, o Poder Constituinte Originário pode impor limites à ordem jurídica que funda, visando à preservação da Constituição que proclamou, nos termos de seus princípios estruturante e fundamentais. Destarte, esse Poder Originário impõe barreiras ao Poder Constituinte de Reforma, justamente para impedir que esse desfaça o núcleo essencial da Carta Magna²⁷.

Logo, quando a Constituição normatiza que o princípio da separação de poderes não pode ser alterado, não se pretende proteger a mera redação do dispositivo, e sim, justamente, o princípio em si, como norma estruturante da República.

Todavia, isso não implica que qualquer reforma à Constituição que lide com a separação de poderes é inconstitucional. Com efeito, de acordo com Marinoni, Mitidiero e Sarlet, “as “cláusulas pétreas” não implicam absoluta imutabilidade dos conteúdos por elas assegurados.”²⁸. Portanto, é possível emendas que toquem no princípio da separação de funções, contanto que não se altere o núcleo essencial, fundamental dessa cláusula pétrea.

²⁵ OLIVEIRA; STRECK, 2018, p. 149.

²⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Série IDP). p. 122.

²⁷ Ibid., p. 121.

²⁸ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2020, p. 164.

Assim sendo, a separação de poderes foi construída e consolidada ao longo de séculos. No campo das ideias, por pensadores como Locke, Montesquieu e Constant. Já no campo político, por movimentos como as transformações políticas na Inglaterra no séc. XVII, a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa.

No Brasil, esse princípio foi recepcionado logo desde a primeira Constituição, inicialmente em formato quatripartite, no Império, e, depois, tripartite, na República, até ser estabelecido como cláusula pétrea pela Constituição de 1988. Ainda, o referido princípio tem ligação íntima com a ideia de freios e contrapesos, além de passar, atualmente, por certa revisão do âmbito de seu alcance, o que será analisado na sequência.

2.2 DIVISÃO DE FUNÇÕES: RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DE FREIOS E CONTRAPESOS

O princípio da separação de poderes se relaciona diretamente com a concepção de freios e contrapesos, pois o cerne da ideia de atribuir tarefas estatais, para indivíduos diferentes, é impedir que o poder seja abusado. Contudo, apenas distribuir o poder não é suficiente, em razão de que a pessoa, no exercício dessa parcela do poder, ainda pode extrapolar os seus limites.

Desse modo, é importante que, mesmo separado, o poder ainda seja contido. O meio encontrado é o próprio poder se conter, ou seja, uma função estatal reprimir a outra, em caso de excesso. Esse método encontra-se demonstrado tanto nas teorias de Montesquieu, Locke e dos Federalistas, quanto na prática política da Inglaterra do séc. XVII, na Constituição dos EUA e na Constituição brasileira de 1988.

Quanto à Inglaterra, no séc. XVII, adotou-se a fórmula do *king in parliament*, pela qual o legislativo convive com o executivo, de forma que, apesar de o Parlamento ser supremo, ao legislar, dava-se ao rei a oportunidade de vetar o documento legal. Por outro lado, o rei detinha a prerrogativa de executar as leis, porém quem aprovava seus gastos de antemão era o Parlamento, e sem poder expender verba desautorizada, sua atuação se tornava restrita²⁹.

Por sua vez, para John Locke³⁰, o Poder Legislativo não deveria ser permanente, de modo que fica a cargo do Executivo convocá-lo quando for necessário

²⁹ BRANCO; MENDES, 2020, p. 43.

³⁰ LOCKE, 2001, p. 173 e ss.

ou quando a lei determinar. Ainda, por mais que o Parlamento faça a lei, o rei não deve aplicá-la de forma rígida, o que leva a um campo de discricionariedade do poder real para executar a legislação.

Em todos os casos, o rei não deve agir por interesses pessoais, e sim para atingir a vontade geral, o bem público. Ainda, segundo Oliveira e Streck, na doutrina de John Locke, “o monarca possui o veto (*negative voice*) [...], e o parlamento o *impeachment*.”³¹.

De todo modo, Locke afirma que se o legislativo, poder supremo, deturpar sua função e violar direitos naturais das pessoas, sendo o povo titular do poder supremo, ele está apto para exercer o direito de resistência ao regime ilegítimo e instituir outro.

Dessa forma, vê-se uma concepção inicial de freios em contrapesos no filósofo inglês, primeiramente, entre os poderes estatais e, em segundo lugar, entre o Poder Legislativo e o povo. Ressalta-se que Locke, ao elaborar sua teoria, estava legitimando o reinado de Guilherme de Orange, o qual ascendeu ao poder através da Revolução Gloriosa, em 1688. Isto é, o inglês validou a deposição do então rei Jaime II do trono³².

Por sua vez, Montesquieu³³, em sua teoria, como mencionado anteriormente, entendeu que existiam três formas de governo: o despotismo, a república e a monarquia. O despotismo é o governo de um indivíduo só, movido pelo medo. Não há regras ou limitações ao poder do governante, e, para conservar a ordem das coisas dessa maneira, age de maneira opressiva contra sua população.

Já a república é o governo de homens, sendo poucos (aristocracia) ou todos (democracia), dependendo que essas pessoas ajam com virtude. Isto é, para que um governo republicano funcione, é preciso que os poderosos não sejam mesquinhos ou egoístas. Pelo contrário, é imperativo que os governantes guiem suas decisões apenas nas tentativas de atingir o bem comum.

Por fim, a monarquia é o governo de um só. Porém, com leis e outras instituições, guiadas pela ideia de honra. Com efeito, uma das características desse governo é ter estamentos sociais, em especial a nobreza. Essa ficaria responsável

³¹ OLIVEIRA; STRECK, 2018. p. 146.

³² MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**, volume 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/164696/mod_resource/content/1/Francisco%20Wefort%20-%20Os%20Classicos%20da%20Politica%20Vol.%2001.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

³³ MONTESQUIEU, 2014, p. 55 e ss.

por fazer oposição ao rei, todas às vezes que suas atitudes ultrapassassem certas barreiras. Por isso, para Montesquieu, a monarquia é a melhor das formas de governo, justamente por não depender da bondade dos cidadãos, como na República, e permitir que uma força política imponha limites a outra. Verifica-se, portanto, a continuação da ideia de freios e contrapesos e sua ligação com a separação de poderes, bem como suas qualidades para um sistema de governo.

Ademais, tradicionalmente se interpretou a doutrina de Montesquieu de separação de funções como separação total. Destarte, o legislativo faz leis, o executivo as efetiva e o judiciário não teria a tarefa de ser nada mais do que a boca da lei, de pronunciar sua vontade no caso concreto. Ocorre que, mais recentemente, análises da teoria do francês apontam que não havia uma divisão tão abrupta, admitindo-se que um poder freie o outro.

Com efeito, segundo Albuquerque, a separação de poderes em Montesquieu não pretende separar funções, de modo que cada uma tem um poder equivalente, e sim “assegurar a existência de um poder que seja capaz de contrariar outro poder”, já que “Montesquieu mostra claramente que há [...] uma interdependência entre o executivo, o legislativo e o judiciário.”³⁴.

Essa relação é demonstrada pelo francês quando disserta, por exemplo, acerca da necessidade de nobres serem julgados por seus pares, ao invés de serem sentenciados por tribunais ordinários, para que assim possam ter um julgamento justo³⁵. Esse julgamento ficaria a cargo da parcela do Poder Legislativo que representa a nobreza. Vê-se, portanto, que, em situações excepcionais, o Poder Legiferante exerceria função típica do Judiciário, o que cristaliza a falta de separação total e absoluta de poderes na teoria de Montesquieu.

Igualmente, o nobre afirma que o poder de julgar é nulo³⁶, o que expõe a inexistência de equivalência entre poderes, porquanto o judiciário seria um poder neutralizado. Por sua vez, os poderes executivo e legislativo, justamente por não serem nulos, é que preocupam o teórico no sentido de como evitar abusos por parte desses.

Dessa forma, constata-se a estreita relação da separação de poderes em Montesquieu com a ideia de freios e contrapesos.

³⁴ ALBUQUERQUE, 2011, s. p.

³⁵ MONTESQUIEU, 2014, p. 238.

³⁶ Ibid., p. 235.

Apesar da importância do filósofo francês, a concepção de freios e contrapesos alcançou destaque na América, mais especificamente nas ex-colônias britânicas independentes. Como já mencionado antes, ao se emanciparem da Coroa inglesa, as antigas colônias se uniram em uma confederação, a qual não detinha poder de fato e, por isso, fracassou.

Foi instaurado, então, a Convenção Federal, a qual elaborou uma Constituição para o país que vinha a nascer. Ocorre que esse documento necessitava ser ratificado pelos Estados participantes da Confederação. Nesse cenário, surgem três defensores da aprovação da Constituição: Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. Esses autores escreveram o que mais tarde viria a ser conhecido como “O Federalista”, que foram ensaios publicados em jornais de Nova York, os quais foram agrupados posteriormente.

Nesses textos, os autores, conquanto não compartilhassem da mesma visão de mundo em todos os tópicos, partilhavam do mesmo objetivo de ver um novo país formado a partir da união dos Estados então confederados.

Dessa forma, em “O Federalista”, a natureza humana é vista como propensa a cometer abusos, evitando-se uma abordagem em que se espera que ela seja virtuosa. Assim, o próprio governo é reflexo dessa essência viciada do ser humano, pois “se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum”, conforme afirma Hamilton, Jay e Madison³⁷.

Para evitar, então, que os governantes se tornem tiranos, e garantir a liberdade dos cidadãos, é preciso que os poderes sejam não só separados, como capazes de frear um ao outro. Isto é, como a natureza humana não é virtuosa e corre-se o risco de aquele que detém o poder utilizá-lo para realizar seus interesses pessoais, é preciso construir um sistema em que não se dependa da virtude dos seres humanos.

Pelo contrário, é indispensável a construção de um sistema que, quando um poder tentar extrapolar suas funções e ferir a liberdade dos governados, outro poder o contenha. Como afirma Hamilton, Jay e Madison, “a ambição deve poder contra-atacar a ambição.”³⁸.

A inovação dos federalistas com a tradicional teoria política, notoriamente Montesquieu, se dá ao anunciarem a república como sendo a melhor forma de

³⁷ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Os artigos federalistas**, 1787-1788: edição integral. Tradução de Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 350.

³⁸ Ibid., p. 350.

governo. Ao invés de utilizar os sistemas greco-romanos antigos como modelos de governos populares bem-sucedidos, há uma diferenciação entre democracias puras e república. Enquanto naquelas o povo agiria diretamente, nesta o exercício do poder ocorreria por meio de representantes do povo³⁹.

O ponto central é que nas democracias puras facilmente poderia se cair em tiranias da maioria, com a consequência de se exterminar a liberdade dos indivíduos. Esse agrupamento de cidadãos que partilham dos mesmos interesses, chamada de facções na obra, é uma ameaça à separação dos poderes, e, em última análise, à autodeterminação dos cidadãos.

Isso porque eles poderiam usurpar o Estado para si, de modo que esse tivesse como finalidade atender aos seus interesses privados. Portanto, é imperativo impedir que essas facções, se chegaram no poder, deturpem o sistema estabelecido.

Para tanto, Hamilton, Jay e Madison⁴⁰ defende que o modelo adequado é a república, ao invés de uma democracia pura, as quais, lembrando, diferenciam-se na medida em que aquela é representativa, enquanto nesta os cidadãos participam diretamente das decisões políticas. Dessa forma, por meio da representação, o Estado ficaria a cargo de pessoas que buscam sempre o interesse comum. Entretanto, ainda sim seria possível que os eleitos enganassem os eleitores, para, quando chegassem ao poder, reproduzir vontade de uma facção.

Assim, o benefício da república para amenizar males republicanos é se instalar sobre uma extensa área com grande número de cidadãos, pois, assim, haveria a formação de várias facções. Isso não permitiria que uma controlasse o Estado, impondo sua vontade para as minorias, ou seja, a república permite a neutralização das facções. Dessa forma, no embate entre elas, a solução seria a coordenação para que chegasse à resposta que mais atendesse ao interesse geral.

Logo, os federalistas contribuíram para o desenvolvimento da ideia de freios e contrapesos, na medida que mostraram que era necessário conter o poder não só sob uma ótica estatal, porém levando em consideração também a relação do Estado com a sociedade civil.

³⁹ LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**, volume 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "o Federalista". 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. s. p. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/164696/mod_resource/content/1/Francisco%20Weffort%20-%20Os%20Classicos%20da%20Politica%20Vol.%2001.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020.

⁴⁰ HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 352-353.

Por seu turno, a Constituição dos Estados Unidos, ao consagrar três poderes, estabeleceu um sistema em que um poder pudesse frear o outro. O Poder Executivo federal, cujo chefe é o presidente da república, tem poder de veto sobre disposições do Poder legislativo. Por outro lado, o presidente deve, periodicamente, informar ao Congresso sobre o estado da União e, ainda, pode sofrer *impeachment*, se cometer algum crime grave, suborno ou traição⁴¹.

Já o Poder Legislativo⁴² é formado pelo Congresso, o qual é bicameral, integrado pelo Senado e pela Câmara dos Representantes. Isso já significa uma limitação, pois impõe uma dupla aprovação de uma deliberação desse órgão, tendo em vista que os dois entes terão que aceitar ou negar propostas legislativas. Igualmente, as competências legislativas da União são expressas na Constituição, isto é, há uma fronteira sobre que assuntos o Congresso pode tratar.

Em relação ao Poder Judiciário, esse deve decidir conforme o Direito. Logo, ele está limitado, por um lado, pela própria Constituição, pelas leis que o Poder Legislativo emana e pelas próprias decisões judiciais, já que o sistema jurídico do Estados Unidos tem como marco os precedentes que suas cortes proferem.

Por outro lado, ele é responsável por declarar a barreira legal dos demais poderes, determinando quando a atuação deles está dentro da lei e quando está no campo da ilegalidade. Essa função encontra expressão máxima no controle de constitucionalidade, papel que a Suprema Corte está incumbida de realizar, apesar de não estar expresso na Constituição⁴³.

Portanto, verifica-se que a Constituição dos Estados Unidos concebeu um sistema em que um poder é capaz de impor barreiras ao outro, freando abusos.

Por sua vez, a Constituição de 1988 do Brasil igualmente estabeleceu meios de um poder impor barreiras ao outro. O Poder Legislativo federal, o qual é bicameral, pode julgar processos de impeachment do Presidente da República e de ministros do Supremo Tribunal Federal. Também fiscaliza o Poder Executivo⁴⁴, como, por exemplo, por meio de Comissão Parlamentar de Inquérito, e aprova ou não as leis orçamentárias da União, encaminhadas pelo Presidente da República.

⁴¹ BARROSO, 2020, p. 44-45.

⁴² Ibid., p. 45.

⁴³ Ibid., p. 45

⁴⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Já o Poder Executivo federal tem o poder de veto de deliberações do Legislativo e é responsável por indicar os magistrados que integrarão tribunais federais, em especial os ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais têm competência para dar decisões finais no âmbito da jurisdição constitucional.

O Poder Judiciário, por seu turno, é incumbido de realizar o controle de constitucionalidade das leis, tanto de maneira difusa quanto concentrada, isto é, no caso concreto ou em abstrato. Ele, da mesma forma, deve zelar pela legalidade dos atos dos demais poderes, declarando como inválidos os ilegais⁴⁵.

A Constituição Cidadã, assim, concebeu um sistema em que nenhum poder é absoluto na matéria de sua competência, sendo passível de controle na própria sistemática institucional. Outra situação exemplificativa é a nomeação de um terço dos ministros do Tribunal de Contas da União, o qual é órgão de fiscalização integrante do Poder Legislativo, pelo Presidente da República (art. 73, § 2º, I, da Constituição Federal). Igualmente, o Congresso Nacional é incumbido de, quando o chefe do Poder Executivo aprovar ato normativo que ultrapassa limites legais, sustar tais normas (art. 49, V, da Constituição Federal).

Vê-se, portanto, a intrínseca relação do princípio da separação de poderes com a concepção de pesos e contrapesos, já em sua gênese, tanto na prática organizacional da Inglaterra do século XVII, da Constituição dos EUA e do Brasil de 1988, quanto nas teorias políticas de Locke, Montesquieu e os Federalistas.

Sendo uma invenção humana, o princípio separatório de poderes está apto a mudanças e aperfeiçoamentos, com as transformações culturais que o decorrer do tempo trás. Dessa forma, esse princípio vem passando por modificações acerca de sua concepção e extensão, o que será tratado no tópico seguinte.

2.3 REVISÃO CONTEMPORÂNEA DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

O postulado liberal de Estado, que respeita direitos como o da liberdade e da igualdade, apenas de forma abstrata, foi importante estágio na história do Ocidente, para se alcançar uma sociedade que não trata as pessoas a partir do estamento social em que nasceu, como a feudal, ao menos do ponto de vista da lei.

⁴⁵ Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Todavia, essa mudança paradigmática não foi suficiente para gerar uma comunidade política mais igualitária materialmente. Isto é, na prática, e em particular com o advento da Revolução Industrial, não obstante estar previsto na lei que as pessoas são iguais, a desigualdade social era gritante.

Isso porquanto o Estado liberal objetivava a proteção da não interferência estatal na autonomia do indivíduo. Ele queria proteger a vida, a propriedade e a liberdade do cidadão em face do Estado, entendendo-os como direitos fundamentais. A ideologia liberal, desse modo, defendia as liberdades negativas do ser humano, ou seja, um núcleo da esfera privada em que o que prevalece é a vontade do sujeito⁴⁶.

Com a chegada do século XIX, o qual trouxe a Segunda Revolução Industrial, o sistema societário europeu se transformou, especialmente na Inglaterra, já que muitas pessoas deixaram o campo e foram trabalhar em fábricas na cidade. Esse contexto deixou evidente uma situação de desigualdade, em que a burguesia, proprietária das fábricas, dispunha de bens materiais e uma vida com condições mínimas de dignidade, enquanto a classe dos trabalhadores vivia em situação de miséria.

Esse quadro desaguou, principalmente, na criação do Estado de Bem-Estar Social, no século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial. O *Welfare State* detinha como objetivo promover uma igualdade material entre seus cidadãos, e não mais apenas uma igualdade formal, como no Estado Liberal⁴⁷. Assim, direitos sociais passaram a integrar a categoria de direitos fundamentais, e, ainda, foram constitucionalizados como tal.

Esse contexto de modificações impactou o Direito igualmente, na medida que fez surgir o que Streck⁴⁸ chama de constitucionalismo contemporâneo, o qual seria uma continuação do movimento constitucional moderno, com o desenvolvimento de novas conquistas assimiladas ao Estado Constitucional.

Desse modo, esse movimento, por ser político-jurídico, alterou a forma como o Direito e a política eram desempenhadas, por meio de transformações na teoria da Constituição, do Estado e do Direito⁴⁹. Enquanto as modificações no âmbito da teoria do Estado e Constituição se dá com a gênese da concepção de Estado Democrático

⁴⁶ CAMBI, 2018, p. 232.

⁴⁷ CAMBI, 2018, p. 235-237.

⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68

⁴⁹ Ibid., p. 68-69.

de Direito, a qual substitui a ideia do Estado de Direito, na teoria do Direito, a reforma ocorre em três áreas.

Assim, na esfera da teoria da norma, os princípios passam a ter caráter normativo, ao lado das regras, sendo expressamente previstos na legislação ou derivados dela. Por sua vez, no plano da teoria das fontes do Direito, a Constituição se torna suprema, em contraposição a soberania da lei, isto é, todas as normas jurídicas retiram sua validade da Carta Magna. Por fim, na teoria da interpretação, cuja discussão parte a partir do positivismo jurídico.

Ressalva-se que, no Brasil, essa nova perspectiva jurídica não foi adotada de imediata, pois, como afirma Streck, “o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar à realidade europeia”⁵⁰.

Essas reformulações no campo jurídico foram intensificadas na década de 80, quando Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵¹ lançaram novas bases para o direito ao acesso à justiça. Até então, a efetivação de direitos sociais, com suas constitucionalizações, aconteciam dentro da fórmula do Estado liberal burguês.

Nessa concepção, os responsáveis por concretizar direitos coletivos ainda eram o Poder Legislativo e Executivo, os quais, logo, solucionavam os conflitos comunitários, enquanto o Judiciário resolvia litígios entre particulares, relativos a direitos individuais.

Ocorreu que os italianos Cappelletti e Garth identificaram empecilhos nesse sistema institucional, no que concerne o acesso à justiça. Destarte, eles analisaram que havia vários obstáculos na realidade que impediam ou dificultavam a busca do Poder Judiciário pelos cidadãos, para terem seus direitos cumpridos.

Esses obstáculos⁵² eram, de modo geral, o alto custo para mover um processo, inclusive aqueles de causas de pequeno valor; o tempo; o contato que as partes têm com situações jurídicas, o que proporciona vantagens; a capacidade para reconhecer, na vida cotidiana, que um direito foi violado; e, por fim, a falta de aptidão dos sistemas processuais, para procederem uma ação cujo objeto é um direito metaindividual.

Dessa maneira, os italianos identificaram iniciativas que têm o condão de remediar esses empecilhos e ampliar o acesso à justiça, de modo que os cidadãos

⁵⁰ STRECK, 2017, p. 67.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 9 e ss.

⁵² Ibid., p. 15-29.

teriam condições de requerer ao Poder Judiciário uma prestação jurisdicional, acerca de qualquer direito seu violado. Essas iniciativas foram classificadas em ondas de transformações.

Com efeito, a primeira onda⁵³ objetivava possibilitar que os menos afortunados tivessem acesso ao Judiciário, por meio de representações legais, em que não precisariam pagar pelo serviço. Já a segunda onda⁵⁴ vê formas de levar a representação de interesses difusos ao Poder Judiciário, para que esse garantisse o cumprimento desses direitos supraindividuais. Observa-se nessa onda a mudança paradigmática, em que a responsabilidade de efetivar direitos coletivos deixa de ser apenas dos poderes eleitos, passando também ao Estado-juiz.

Por seu turno, a terceira onda⁵⁵ visa à ampliação da concepção de acesso à justiça, para que essa possa ir além da ideia de representação legal. Isto é, essa última onda abrange as outras duas, porém tem como escopo repensar o processo e o sistema judiciário, de maneira que eles facilitem o acesso à justiça, e, em última instância, ao cumprimento efetivo de direitos.

Portanto, a reflexão parte de reformas nas próprias estruturas dos tribunais, e, igualmente, no procedimento processual, para que ambos possam resolver os litígios da maneira mais hábil possível. Assim, temos, por exemplo, a criação de procedimentos especiais, para assim, segundo Cappelletti e Bryant, “adaptar o processo civil ao tipo de litígio”⁵⁶.

Essa perspectiva foi recepcionada no Brasil, em 1985, quando foi criada a Lei nº 7.347/85, a qual disciplina a ação civil pública, que permite o processamento em juízo de litígios coletivos. De modo igual, a criação de juizados especiais, com intenção de solução mais célere de conflitos que envolvem pequeno valor, são amostras da tentativa de ampliar o acesso à justiça.

Todas essas alterações no modo de ver o papel do Poder Judiciário no sistema democrático impactam o princípio da separação de poderes, pois a concepção clássica dada a ele não se sustenta mais em um Estado cujo sistema judiciário tem o dever de efetivar direitos difusos também. Isso implica que se esses direitos forem violados, o Judiciário tem o encargos de restaurá-los.

⁵³ CAPPELLETTI, 1988, p. 31-49.

⁵⁴ Ibid., p. 49-67.

⁵⁵ Ibid., p. 67-73.

⁵⁶ Ibid., p. 71.

Contudo, num país como o Brasil, em que a Constituição de 88 garantiu diversos direitos sociais, além de instituir em seu art. 5º, XXXV, que o Judiciário não pode deixar de apreciar lesões, ou ameaças de lesão, a direitos, o papel do sistema judicial na efetivação de direitos adquire ampla relevância. De fato, os direitos sociais previstos na Carta Magna não chegaram a ser cumpridos, o que impõe situação em que os Poderes Executivo e Legislativo podem ser vistos como os violadores de tais direitos. Isso porquanto detinham o dever de efetivá-los, por meio de uma prestação positiva, dentro da ideia do Estado de Bem-Estar social.

Todavia, assim não agiram, e, como detentores do orçamento público, o Judiciário pode se ver frente a intervir nos demais poderes, com o escopo de obrigá-los a concretizar os direitos sociais, exigindo que eles tenham determinada conduta. Essa conjuntura se torna problemática, na medida em que os Poderes Executivo e Legislativo serem os poderes representativos do povo. Logo, os detentores dos cargos desses poderes são eleitos com a promessa de realizar determinada agenda política.

O judiciário, formado por juízes não eleitos, impor aos poderes eleitos, em especial o Executivo, obrigações de fazer pode ser visto como uma violação do princípio da separação de poderes. Isso porquanto essa interferência pode ser uma limitação à atuação do agente político em realizar as medidas para as quais foi eleito, isto é, representaria uma barreira à representação da população e à realização de sua vontade.

Outrossim, o Brasil não é uma democracia em que a maioria governa ilimitadamente. Pelo contrário, o objetivo de se ter uma Constituição que proteja direitos fundamentais é justamente proteger o direito de todos, em especial da minoria.

Logo, verifica-se a importância de delimitar os contornos da atuação legítima do Judiciário, para que o princípio da separação de poderes seja respeitado. Dessa forma, verifica-se que os juízes não são agentes que fazem escolhas, pois eles estão vinculados a decidir conforme o Direito.

Com efeito, o dever constitucional do Poder Judiciário é efetivar o Direito, o que se coloca como barreira a atuações que não respeitem a separação de poderes, isto é, que o juiz faça escolhas políticas em decisões jurídicas. Desse modo, conforme afirma Streck, “Afiml, ninguém vai ao Judiciário [...] para saber das convicções

peçoais dos juízes. As pessoas recorrem ao Judiciário para saberem o que a lei diz”⁵⁷.

Obviamente, como diferenciar uma decisão jurídica de uma que se utiliza de escolhas políticas depende do caso concreto, porém parte-se do princípio de que o Direito é algo compartilhado, fora do julgador, e, portanto, é fora de quem se julga que se encontra a resposta de qual é o Direito aplicado ao caso.

Se o julgador, ao decidir, ter como base argumentos políticos, morais, ou até mesmo as consequências de seu julgado, já se compreende que a decisão não é jurídica, podendo ser vista como ativista. De fato, consoante Streck, “O Direito não serve exatamente para que o juiz não decida com base em algo que *não seja* a própria consciência? O fundamento de uma decisão *jurídica* não deve ser... *jurídico*?”⁵⁸.

Portanto, é imperativo que o Poder Judiciário, em suas decisões, cumpra o Direito. Ressalva-se que o princípio de separação de poderes é imperativo, e sua relevância para que o Brasil tenha como regime o democrático é demonstrado através do seu estabelecimento como cláusula pétrea.

Com efeito, não há democracia sem direito, pois, segundo Streck, “para que haja hermenêutica jurídica é preciso que haja democracia. E vice-versa, me permito acrescentar”⁵⁹. Logo, não se cumpre o direito sem o respeito à separação de poderes, e, de modo inverso, não há separação de poderes sem o império do Direito. Consequentemente, para uma democracia estável existir, em que as instituições funcionam, é mandatário que o Judiciário julgue conforme o Direito.

Outrossim, ressalta-se que, desde o advento da Revolução Francesa, depositam-se mais expectativas em um poder, esperando que ele solucione os problemas de sua época. Assim, no século XIX, o poder legislativo era o responsável por formular os códigos que trariam as respostas para os mais variados conflitos. No século XX, após a 2ª Guerra Mundial, o Poder Executivo se torna central, pois cabe a ele efetivar os direitos sociais. Por fim, no Brasil, com a Constituição de 88 e a não

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. E respondi a Moro: 'Bah, com juízes como você, prefiro o originalismo'. **Consultor Jurídico**. s. p. 01 out. 2020b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-01/senso-incomum-respondi-moro-bah-juizes-voce-prefiro-originalismo>>. Acesso em: 22 out. 2020.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. E o desembargador Rangel decidiu conforme sua consciência! **Consultor Jurídico**. s. p. 02 jul. 2020a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/senso-incomum-desembargador-rangel-decidiu-conforme-consciencia>>. Acesso em: 22 out. 2020.

⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. Pergunta: Palavras importam? Retirar "ofício" ou "livre" importa? **Consultor Jurídico**. s. p. 08 out. 2020c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-08/senso-incomum-pergunta-palavras-importam-retirar-oficio-ou-livre-importa>>. Acesso em: 22 out. 2020.

concretização de direitos fundamentais pela via política, ocorre o que Streck chama de “deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.”⁶⁰.

Conclui-se, dessa forma, que Estado liberal, cuja característica era de não intervenção na vida do indivíduo, começou a ser substituído, no século XX, pelo Estado de Bem-Estar social, o qual tinha o escopo de dar prestações positivas aos cidadãos. Essa alteração paradigmática teve como reflexo o constitucionalismo contemporâneo, o qual, dentre outras reformas, estabeleceu a supremacia da Constituição, e, posteriormente, dispôs de contribuições de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, cuja pesquisa analisou iniciativas para ampliar o acesso à justiça.

A conquista de direitos sociais, somados a transformações no papel institucional do Poder Judiciário, geram discussões acerca de quais são os limites da decisão do juiz. Destarte, deve o julgador aplicar o Direito, o que se apresenta como sua fronteira. O que ultrapassá-la é caracterizado como ativismo judicial. As consequências de uma decisão ativista para a democracia, além de para o próprio Poder Judiciário, será analisada nos capítulos seguintes.

⁶⁰ STRECK, 2017, p. 225.

3 DEMOCRACIA E OS ENSINAMENTOS DE ROBERT DAHL

3.1 DEMOCRACIA: CONCEPÇÕES GERAIS

A Constituição Federal de 1988, já em seu art. 1º, constitui a República brasileira como Estado Democrático de Direito. Logo, no ordenamento jurídico do Brasil, é princípio constitucional o Estado Democrático, isto é, é norma estruturante do Estado e não pode ser violada. Assim, é importante determinar seu conteúdo, para se saber quando sua aplicação ocorre.

A essência desse princípio, então, é revelada pelos princípios democrático e do pluralismo político⁶¹. O primeiro consiste no reconhecimento à proteção de direitos fundamentais, tanto políticos quanto individuais e sociais, das minorias, bem como pelos mecanismos que permitem a participação e representação dos cidadãos no poder e em seu controle.

Ainda, compõe-se da garantia de participação da população em processos comunitários de deliberação; por medidas que tenham como escopo a diminuição de desigualdades materiais entre grupos; e, por fim, pela autenticação da existência de grupos sociais com identidades diversas⁶². Portanto, o teor da democracia traduz-se em um aspecto tanto organizacional e procedimental, quanto material.

Quanto ao segundo, compreende-se na garantia da convivência entre coletivos de cidadãos que pensam diferentemente, de modo que, segundo Marinoni, Mitidiero e Sarlet, “significa uma abertura para posições políticas distintas e a possibilidade efetiva de participação política por parte de todos os integrantes do corpo da cidadania, inclusive mediante a formação e/ou participação em partidos políticos”⁶³.

Vê-se, dessa forma, o caráter cristalino do princípio do Estado Democrático de Direito como estruturante do Estado brasileiro, além da sua intrínseca relação com outros fundamentos e diretrizes da República, como os direitos fundamentais.

Ademais, o Estado Democrático de Direito pode ser utilizado como sinônimo de Estado Constitucional⁶⁴, verificando-se como, para se falar em Constituição a partir

⁶¹ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2020, p. 280 e ss.

⁶² Ibid., p. 286.

⁶³ Ibid., p. 286.

⁶⁴ Ibid., p. 280.

do constitucionalismo contemporâneo, implica em falar num Estado em que a democracia e o Direito caminham juntos.

Outrossim, para além de seu conteúdo jurídico, o conceito de democracia abarca outros ramos do conhecimento, notadamente o da ciência política, já que o regime democrático é uma forma de exercício de poder. Essa análise política da democracia se revela significativa, pois é empírica, portanto, a partir das democracias como se apresentam na realidade, com seus defeitos e qualidades. O Direito, então, depende de regimes democráticos estáveis e saudáveis, pois historicamente, quando a democracia cai, o Direito não resiste também⁶⁵.

Desse modo, no âmbito da ciência política, o termo democracia detém um caráter vago, isto é, não é de todo simples determinar o significado dessa palavra. Porém é possível afirmar que é o governo do povo, para o povo⁶⁶, o que denota o caráter que comumente esse vocábulo assumiu. Trata-se, assim, da ideia de ser um governo popular, em que quem toma as decisões são os próprios habitantes. Logo, os cidadãos não teriam suas vidas conduzidas por escolhas de terceiros.

Não obstante, formalmente, classifica-se que a democracia contém três formas: direta, indireta e semidireta⁶⁷. O governo democrático direto ocorreu apenas na Antiguidade, em Atenas, berço desse sistema político, não sendo exequível na modernidade. Isso porquanto na democracia direta os cidadãos deliberam, votam, ou seja, tomam as decisões sem nenhum intermediário, de forma que não é representado por ninguém.

Essa forma de governo impõe que os seus habitantes exerçam uma vida política, pois depende que eles expressem diretamente sua vontade, nas variadas situações pelas quais uma vida em comunidade clama. Desse modo, vê-se que a democracia direta foi factível, na Grécia Antiga, devido ao Mundo Antigo ser constituído principalmente de Cidades-Estados.

Atenas não fugia a essa regra, e, destarte, a quantidade não elevada de indivíduos unidos em torno da Cidade-Estado, somado às regras estritas de quem era considerado cidadão, e, logo, de quem poderia participar da vida política, permitia a possibilidade de deliberação política por meio da participação direta dos indivíduos.

⁶⁵ STRECK, 2020c, s. p.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 288.

⁶⁷ Ibid., p. 288.

Ainda, a sociedade ateniense ser escravocrata, e a economia do mundo antigo diferir da lógica moderna capitalista, autorizava seus cidadãos a terem uma vida integralmente política⁶⁸, isto é, dedicarem-se para a vida em comunidade.

Essa base ateniense não é passível de ser replicada no mundo moderno, já que o Estado moderno tem como território vastas áreas de terra, o que implica em um número muito superior de governados sob seu abrigo.

Ademais, a modernidade também trouxe a necessidade da organização de exércitos nacionais, bem como da organização da economia capitalista, a qual, num primeiro momento, se caracterizou pelo mercantilismo, cujo papel estatal era central.

Outrossim, o sujeito moderno é alguém que não se dedica de forma total à política, sendo também econômico. Assim, ele se ocupa de atividades econômicas com o objetivo de adquirir capital, e, dessa maneira, satisfazer-se materialmente⁶⁹. Portanto, a democracia direta se revela impraticável na modernidade, tanto em razão do número de habitantes, quanto pela impossibilidade de seus cidadãos aplicarem suas vidas à solução das adversidades da comunidade.

Consequentemente, a forma de democracia que aflora nos tempos modernos é a indireta ou representativa, pela qual a pessoa que detém o poder é representante do povo, real soberano. Esse tipo de governo democrático se firma no Ocidente com as revoluções burguesas do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa e a independência do Estados Unidos.

Esses movimentos políticos estabeleceram que os governantes são os que regem o Estado no nome do povo, apesar de, ressalta-se, o entendimento de que o povo não equivalia a totalidade da população. Essa realidade começa a mudar conforme emergem movimentos sociais reivindicando o sufrágio universal.

De todo modo, as características⁷⁰ dessa democracia indireta eram a separação de poderes, a igualdade formal perante a lei, o sufrágio universal, e as instituições representativas baseadas na soberania popular, limitadas pelo Estado de Direito (liberal), logo, com proteção das liberdades individuais, inclusive das minorias.

Por fim, a terceira forma de democracia é a semidireta, a qual adquiriu relevância principalmente no começo do século XX, com a crise do sistema democrático que abalou o Ocidente, especialmente após a 1ª Guerra Mundial. O tipo

⁶⁸ BONAVIDES, 2006, p. 293.

⁶⁹ Ibid., p. 294.

⁷⁰ Ibid., p. 295.

democrático semidireto se revela um misto do direto e representativo, já que o povo expressa sua vontade diretamente por meio de certos institutos, acerca de determinado assunto⁷¹.

Esses institutos⁷² são, então, o referendo e o plebiscito, pelos quais o povo aprova ou não determinada alteração legislativa, assim como a iniciativa, pela qual a população apresenta projeto de lei. Igualmente, o *recall*, que consiste na deposição de um funcionário público de seu cargo, e o poder de veto, em que há um documento jurídico prestes a obter força de lei, e a população impede sua entrada em vigor.

Salienta-se que, por mais que esses mecanismos jurídicos tenham conquistado destaque no âmbito político, nem todas as nações adotaram todos eles em suas esferas internas.

Percebe-se, dessa maneira, que há uma conjunção, nesse período histórico, do liberalismo com a democracia, o que se chama de democracia liberal. Com efeito, essa tem o aspecto de limitar os poderes do Estado, protegendo direitos fundamentais de toda a população, ao mesmo tempo em que a maioria governa. Verifica-se que a democracia ateniense antiga não tinha nada de liberal, pois o cidadão se submetia às decisões da maioria, sejam elas quais fossem.

A democracia liberal entra em crise no começo do século XX, com a crise do capitalismo e o surgimento de regimes totalitários. Após a 2ª Guerra Mundial, ocorre a transição do Estado Liberal para o Estado Social, em que a euforia pelos institutos da democracia semidireta encolhe, e os partidos políticos se tornam os responsáveis por viabilizar a democracia do Estado Social⁷³, notadamente numa sociedade de massas, as quais reivindicam a concretização de direitos sociais.

Assim, ao invés de o povo ocasionalmente expressar diretamente sua vontade, os múltiplos desejos das diferentes camadas da sociedades são canalizados pelos partidos políticos. Portanto, segundo Bonavides, “a democracia do Estado Social é a democracia do Estado partidário [...] Nela são os partidos a expressão mais viva do poder.”⁷⁴.

Esse contexto traz diferentes atributos⁷⁵ para a democracia, dentre os quais o eleitor passar a votar no partido, e não mais no candidato, já que o governante não

⁷¹ BONAVIDES, 2006, p. 295-296.

⁷² Ibid., p. 302 e ss.

⁷³ Ibid., p. 296-298.

⁷⁴ Ibid., p. 300.

⁷⁵ Ibid., p. 301.

mais pode atuar livremente, pois o partido cerceia a sua autonomia. Igualmente, as discussões do Poder Legiferante, as quais no Estado Liberal tinham o condão de que do debate se chegasse ao consenso, e esse seria o melhor possível, já que resultado do embate de ideias, no Estado partidário adquirem outro aspecto.

De fato, como os partidos reúnem os interesses de certos setores da sociedade, representando-os, as discussões legislativas convertem-se em tentativas de grupos divergentes tentando impor sua opinião sobre o outro. Com efeito, segundo Bonavides, “não se trata de convencer o competidor, mas de coagi-lo ou esmagá-lo, pois a luta pelo poder substitui em definitivo a luta pela verdade.”⁷⁶.

Assim, dentro dessa conjuntura democrática, é possível definir também a democracia, que se estabelece na segunda metade do XX, como baseada num princípio majoritário ou consensual, conforme os estudos de Arend Lijphart⁷⁷. Assim, o autor holandês analisou regimes democráticos em 36 países no período de 1945 a 1996, para verificar como se dá a distribuição no poder nesses locais, por meio de comparações, de modo que se possa concluir se algum modelo de democracia é melhor do que o outro.

Dessa forma, o modelo majoritário trata da maioria governar, seja a absoluta ou até mesmo simples. Por sua vez, o consensual consiste na governabilidade do maior número de pessoas possíveis, isto é, ele objetiva ir além de uma maioria que se poderia formar em torno de um único partido, e, em última análise, de somente uma ideia.

Ademais, o consensual, segundo Lijphart, “se caracteriza pela abrangência, a negociação e a concessão”, enquanto o majoritário “é exclusivo, competitivo e combativo”⁷⁸.

Isto posto, Lijphart indica⁷⁹ duas dimensões em que se pode opor as características de uma democracia consensual de uma majoritária. A primeira é a dimensão executivos-partidos, enquanto a segunda é a federal-unitária.

Desse modo, naquela a democracia majoritária qualifica-se por um Poder Executivo composto unicamente por um partido, que prevalece perante as relações com o Poder Legislativo; o sistema é composto predominantemente por dois partidos;

⁷⁶ BONAVIDES, loc. cit.

⁷⁷ LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 15 e ss.

⁷⁸ Ibid., p. 18.

⁷⁹ Ibid., p. 18-19.

o sistema eleitoral é desproporcional e majoritário; e, por fim, os grupos de interesses diversos se integram num sistema em que concorrem entre si.

Por seu turno, o modelo consensual é identificado por um Poder Executivo composto por um quadro multipartidário, tendo um equilíbrio na relação com o Poder Legislativo; o sistema é composto por diversos partidos; o sistema eleitoral tem como escopo uma representação proporcional; e, por último, os grupos políticos se relacionam num sistema corporativista e coordenado, que tem como objetivo a formação de coalizões.

Já em relação à segunda dimensão, federal-unitária, no modelo majoritário, tem-se um governo centralizado e unitário, sendo que o Poder Legislativo é unicameral e determina se a legislação é constitucional ou não; a Constituição da pátria é flexível, isto é, pode sofrer alterações por majorias simples; e o banco central é dependente do Poder Executivo.

Por sua vez, a democracia consensual compõe-se por um governo descentralizado e federal; o Poder Legislativo é composto por dois órgãos que são preenchidos de maneira diferente, porém possuem forças isonômicas, ou seja, um não prevalece sobre o outro; o processo de alteração da Constituição exige mais requisitos, pois é imperativo uma maioria extraordinária que aprova a mudança, o que caracteriza a Lei Magna como rígida; a decisão sobre a constitucionalidade fica a cargo do Poder Judiciário, por meio de um tribunal constitucional ou supremo; e, finalmente, o banco central é independente.

Ressalva-se que dificilmente uma nação se encaixa totalmente no modelo consensual ou majoritário⁸⁰, com a regra sendo que os regimes democráticos transitam entre os aspectos de cada modelo, podendo se qualificar como predominantemente um ou outro.

Assim sendo, passa-se para a análise do regime da democracia brasileira, instaurada em 1988 e desde então em vigor, pelos critérios acima referidos, com a divisão que o seu autor concebeu.

No tocante ao eixo executivos-partidos, verifica-se que o Brasil detém um Poder Executivo federal formado por múltiplos partidos, notadamente em seus ministérios, o que revela uma relação de equilíbrio com o Poder Legislativo, já que depende desse para governar.

⁸⁰ LIJPHART, 2003, p. 26.

De fato, como demonstrado no capítulo antecessor, em variadas matérias é essencial a aprovação do Poder Legiferante sobre pautas do Poder Executivo. Para além disso, é possível inferir que o Executivo não consegue governar sem o apoio do Legislativo.

Logo, pode-se concluir que o sistema político é multipartidário, não tendo a prevalência de dois partidos nas escolhas do eleitorado. Ademais, vê-se que o método eleitoral para a escolha dos cargos das Câmaras de Vereadores, das Assembleias Legislativas e da Câmara dos Deputados é o proporcional, ou seja, não são os candidatos mais votados que são eleitos. Pelo contrário, é possível que candidatos que receberam menos votos sejam eleitos no lugar de quem obteve mais votos.

Isso ocorre justamente pelo sistema não ser majoritário, já que o número total de votos é dividido pelo número de cadeiras disponíveis, e, então, divide-se esse resultado pelo total de votos recebidos pelo partido.

Assim, chega-se a quantidade de vagas que cada partido adquiriu. Contudo, se um candidato alcança mais votos que o necessário, os votos remanescentes beneficiam o candidato que não atingiu o mínimo, o qual pode ainda pode ser eleito, em razão desse restante.

As eleições para os Poderes Executivos federal, estadual e municipal, bem como para o Senado, por sua vez, utilizam o método majoritário, isto é, são eleitos os candidatos mais votados.

Por sua vez, o Brasil não possui um corporativismo forte, esse entendido como, segundo Lijphart, “sistema em que os grupos de interesse são constituídos em organizações nacionais de pico, especializadas, hierárquicas e monopolistas.”⁸¹. Esse cenário permite a coordenação entre eles para que se chegue ao consenso acerca de determinada matéria.

O seu contrário⁸² é o pluralismo, em que os grupos são pequenos, não tem abrangência nacional relevante, e não dialogam entre si para alcançarem um acordo. Dessa maneira, verifica-se que o Brasil é mais pluralista do que corporativista, pois as ambições de coletividades, por mais que em certas situações tenham organização nacional, não possuem uma coordenação para formação de pactos. Longe disso, a judicialização da maioria dos conflitos de interesses demonstra o caráter combativo da relação entre os grupos de interesses.

⁸¹ LIJPHART, 2003, p. 197.

⁸² LIJPHART, 2003, p. 198.

Apesar de nesse último tópico a democracia brasileira apresentar característica majoritária, pela análise dos demais, constata-se o perfil mais consensual do regime democrático brasileiro, nessa dimensão. Logo, busca-se que o maior número de pessoas governe, através do consenso.

Por seu turno, na dimensão federal-unitária, constata-se que o governo brasileiro é federal e descentralizado, com um Poder Legislativo bicameral, em que, enquanto o Senado representa os Estados da federação, a Câmara dos Deputados é o representante do povo brasileiro.

Ainda, o processo para modificações na Constituição requer aprovações além da maioria simples, pois exige que 3/5 dos representantes das duas Casas Legislativas, em dois turnos distintos, concordem com a alteração. Portanto, a Constituição Federal qualifica-se como rígida.

Ademais, a própria Carta Magna atribui como competência do Poder Judiciário para julgar a constitucionalidade das leis, sendo que qualquer juiz pode realizar esse exame de modo difuso, ou seja, na análise do caso concreto.

Para o julgamento em concentrado, em que se julga de forma abstrata a constitucionalidade, a competência fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, assim como é sua a palavra final em controle difuso. Logo, não cabe ao Poder Legiferante a análise terminativa sobre a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo.

Quanto ao Banco Central brasileiro, através da Lei Complementar nº 179 de 2021, foi-lhe concedido status formal de independência do Poder Executivo. Consequentemente, percebe-se que a democracia brasileira, nessa segunda dimensão, também adota modelo mais consensual, de modo a evitar que uma maioria mínima governa. Ressalta-se, igualmente, que isso significa uma maior distribuição de poder, já que no modelo majoritário o poder tende a ficar concentrado⁸³.

Destarte, a democracia brasileira, segundo as concepções de Lijpdhart, de modo geral, tem as qualidades de ser consensual, não sendo um modelo puro, porém sim predominantemente não majoritário.

Ademais, em terras brasileira, com a transição da ditadura militar para a democracia, processo que culminou na Constituição de 88, as instituições democráticas assumem particularidades. O Direito, bem como o Poder Judiciário e os

⁸³ LIJPHART, 2003, p. 18.

juristas, de forma geral, manifestaram papel relevante no cotidiano da sociedade brasileira⁸⁴.

De fato, o Direito se espalhou na linguagem cotidiana, tornando-se um plano de possibilidade para realizações de interesses dos cidadãos. Igualmente, a maior judicialização de conflitos políticos e o combate à corrupção fizeram do Poder Judiciário, e por conseguinte, do Direito, ocorrência corrente na mídia, assim como a arena de efetuação, ou não, de expectativas políticas.

Destarte, a Carta Magna de 88 consolidou direitos sociais, não adotando um modelo econômico neoliberal de forma total, o que produziu, num primeiro momento, um embate entre juristas conservadores e progressistas sobre a aplicabilidade da Constituição.

Com o governo FHC, é feita uma reforma neoliberal na Constituição, visando à implementação de uma agenda de liberalização da economia, pela retirada do Estado dessa. Juristas que não se alinham com o pensamento neoliberal, então, promovem a defesa do texto constitucional e da Constituição dirigente.

Em 2002, com a vitória da oposição nas eleições, o governo Lula promove a reforma das instituições judiciais, ampliando a possibilidade de acesso à justiça e a eficiência dos tribunais. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem sua jurisdição constitucional concentrada estabelecida, de modo que adquiriu maior domínio do efeito de decisões suas, como também de sua agenda.

Igualmente, os juristas progressistas passaram a apostar no Judiciário como entidade capaz de apoiar direitos sociais. É nesse cenário que despontam doutrinas como do neoconstitucionalismo e pós-positivismo, os quais incentivariam os magistrados a tomarem decisões ativistas, para concretizar direitos fundamentais sociais. Os juristas conservadores, por sua vez, aceitam o ativismo judicial, porém o restringem no aspecto dos direitos sociais, devendo, nesse campo, terem posições de não interferência.

Desse modo, segundo Koerner⁸⁵,

Assim, o discurso do ativismo judicial não é efeito direto do constitucionalismo democrático ou do texto da Constituição de 1988 e não é exclusivamente gerado por propensões açambarcadoras de juristas e

⁸⁴ KOERNER, Andrei. Política, Direito e Judiciário – centralidade e ambivalências do jurídico na ordem constitucional de 1988. In: AMARAL, Oswaldo E.; HOLLANDA, Cristina Buarque; VEIGA, Luciana Fernandes. (Org.). **A constituição de 88: trinta anos depois**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2018. p. 305-306.

⁸⁵ Ibid., p. 317.

ministros do STF. Ele é uma potencialidade da ordem constitucional de 1988 que foi promovida nos governos de Lula e Dilma. Ele foi difundido por doutrinas jurídicas, efetivado pelos ministros do STF, apoiado pelos dirigentes judiciais e líderes associativos e celebrado pela mídia com o beneplácito da oposição política.

Outrossim, outro fator importante na ampliação do papel do Direito e do Poder Judiciário foram episódios ocorridos na seara do combate à corrupção estatal. Desde o julgamento do Mensalão pelo STF, até a mobilização popular para a aprovação da Lei de Ficha Limpa, passando pela Operação Lava jato, o que se viu foi um movimento de juristas, especialmente os togados, por um combate à corrupção que não seguia os limites legais.

Essa conjuntura resultou no impeachment da então Presidente Dilma, em 2016, e, além de demonstrar o caráter político e ativista do Supremo Tribunal Federal, não fez cessar a crise política brasileira. Por fim, vê-se que, conforme Koerner, “A partir do governo Lula, os juristas, a mídia e a oposição investiram no jurídico como uma instância capaz de promover os valores da Constituição”⁸⁶.

Entretanto, devido à crise prolongada que se instalou no país, é provável que ou a relação entre a política e o direito seja redefinida, de modo a acomodá-la em um novo perfil constitucional, ou pare-se de atribuir ao Direito a tarefa de conduzir a política da sociedade. Se essa última possibilidade se concretizar, a ordem constitucional iniciada em 1988 estará superada.

Outrossim, vê-se que a democracia brasileira está em crise, da qual não consegue sair. Assim, como a saúde democrática é essencial para o império do Direito, passa-se a análise das causas dos acontecimentos que levaram a isso.

Primeiramente, a democracia partidária sempre corre o risco da coletividade não se ver mais representada pelos partidos políticos, em casos de corrupção desses. Nessa situação, o povo se vê diante de uma ditadura partidária, em que não é mais sua vontade que governa, sendo, na verdade, tutelados por uma minoria extrema. A democracia, nesse cenário, já se encontra em escombros⁸⁷. No Brasil, a partir de operações de combate à corrupção, a população começou a visualizar os partidos como defensores de seus interesses particulares, e não mais da vontade do povo.

Em segundo lugar, para além da instabilidade do sistema partidário, a democracia brasileira atual foi instaurada com a promulgação da Constituição de 88.

⁸⁶ KOERNER, 2018, p. 322.

⁸⁷ BONAVIDES, 2006, p. 299.

A redação de uma nova Carta Magna foi o sinal maior de uma redemocratização pelo qual o país passou, após 21 anos de ditadura militar, na qual o Estado perpetró severas violações de direitos humanos contra seus cidadãos.

O mundo à época, então, atravessava, desde a segunda metade da década de 70, uma onda de pensamento progressista e cosmopolita, sob o qual foi produzida a Constituição que fundou a Nova República⁸⁸. O sistema político se conformou na relação entre o Executivo e Legislativo federais chamada de presidencialismo de coalizão, o que concedeu uma estabilidade das instituições. Essa estabilidade concedeu dois momentos governamentais estáveis, com a presidência liberal dos governos Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), e a administração social-democrata dos governos Lula e Dilma (2002-2016).

Ocorre que essa estabilidade democrática já começou a sofrer abalos com o escândalo do mensalão, no 1º governo Lula, somado ao desgaste da política socialista já por volta de 2012. O descontentamento popular ficou evidente com as jornadas de 2013, e foi expandido pela crise econômica de 2015, cuja existência foi negada pela então Presidente Dilma, candidata à reeleição.

Concomitantemente a esse contexto interno, internacionalmente, a fase cosmopolita pela qual o mundo percorria se encerrou, após sofrer abalos com o atentado terroristas às Torres Gêmeas em 2001, e desmoronar diante das crises do sistema capitalista que iniciou em 2008.

A vitória de Dilma Rousseff, nas eleições de 2015, deu sobrevida a situação social-democrata, o que, diante de toda essa conjuntura, propiciou a volta do conservadorismo de forma rígida. Ainda, nesse cenário, apareceu um movimento dentro do Poder Judiciário e Ministério Público, o judicialismo, o qual é o liberalismo em sua versão jurídica, corporificado na Operação Lava-Jato, disposto a corrigir a República.

Para tanto, essa classe jurídica, segundo Lynch, representaria a “mera aplicação destemida da lei por um grupo de patrióticos operadores jurídicos.”⁸⁹. Toda essa conjuntura, desse modo, resultou no *impeachment* da Presidente Dilma em 2016, que modificou o panorama político para um governo conservador liberal.

⁸⁸ LYNCH, Christian. A utopia reacionária do governo Bolsonaro (2018-2020). **Insight Inteligência**. Rio de Janeiro, ano 22, n. 89, p. 21-40, 2020. Disponível em: <<https://www.insightinteligencia.com.br/pdfs/89.pdf>>. Acesso em 06 de novembro de 2020. p. 23.

⁸⁹ Ibid., p. 24.

As eleições de 2018 tinham, portanto, o ambiente propício para o aparecimento de um candidato com discurso antissistema, o qual, eleito, teria legitimidade para reformar a ordem política, de modo que se iniciasse uma nova fase. Entretanto, isso não aconteceu, já que, segundo Lynch, “As eleições levaram assim à Presidência da República um “falso Bonaparte” [...] [que] não deseja reformar o regime, mas explorar o sentimento antissistema para destruí-lo.”⁹⁰.

Dessa forma, a crise da democracia brasileira, cristalizada em 2013 e intensificada ao longo dos anos a partir de então, ainda está em curso, e, ao menos no curto prazo, não parece mostrar sinais de recuperação.

Essa situação revela a imperatividade de se revisitar a teoria política do cientista político Robert Dahl, importante teórico da democracia, para, assim, averiguar os fundamentos do regime democrático.

Isso para que se crie uma base de seus conceitos e institutos, e, assim, poder encontrar as raízes de sua crise de forma teórica, gerando a possibilidade de renovação do regime democrático, o que é substancial. Afinal, para proteção de direitos fundamentais acontecer, é essencial um sistema democrático, já que quando esse último não está presente, normalmente tem-se como consequência a violação de direitos humanos.

3.2 CRITÉRIOS PARA UM GOVERNO DEMOCRÁTICO EM ROBERT DAHL

Em seu livro *Poliarquia: participação e oposição*⁹¹, publicado originalmente em 1971, Robert Dahl debateu os aspectos que compõem uma democracia. Inicialmente, a democracia constitui-se em um regime político, cujo governo responde aos seus cidadãos permanentemente.

Para tanto, sendo todos os seus cidadãos iguais, é necessário que eles tenham chances equivalentes de formularem e expressarem suas preferências através de ações coletivas e individuais, tanto em relação ao governo, quanto aos demais habitantes da nação.

⁹⁰ LYNCH, loc. cit.

⁹¹ DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1997. (Clássicos, 9). p. 25 e ss.

Essa preferência, então, deve ser considerada de forma igual pelo governo em sua conduta, não diferenciando nem de que grupo surgiu tal pretensão, nem o âmago dessa pretensão.

Com essas três premissas⁹², tem-se o essencial para formar-se um sistema político democrático. Todavia, é indispensável que para que todos consigam desfrutar dessas premissas da democracia, sejam salvaguardadas oito garantias.

Essas garantias⁹³ são a autonomia para aderir ou formar organizações, bem como para expressar suas opiniões; o direito ao voto e de cidadãos disputarem esse voto, assim como apoio, quando forem líderes políticos; diversas fontes que provejam informações; eleições caracterizadas pela idoneidade e por serem livres; e, por último, um sistema institucional que obrigue o respaldo eleitoral e outras formas de manifestação da vontade para promoção de políticas governamentais.

Nem todos os três atributos da democracia exigem as oito garantias, porém, como para se ter uma democracia é imperativo a totalidade dos atributos, conseqüentemente, as garantias são igualmente indispensáveis em suas integralidades.

Todavia, como nenhum regime nacional atinge esse ideal democrático, com a maioria se encontrando em graus diferentes de democracia, segundo os critérios de Dahl, o autor prefere chamar os sistemas que se aproximam mais do ideal democratizante de poliarquias.

Assim, é necessário considerar que uma nação, ao efetivar as garantias acima referidas, todas ou algumas, está assegurando a possibilidade de contestação da situação que governa o país. Contudo, isso não implica que os seus cidadãos, em sua totalidade ou não, podem, realmente, fazer parte da formação da vontade governamental.

Com efeito, Dahl separa⁹⁴ esses dois traços em dimensões distintas para considerações acerca do quão democrático é um sistema político. Por um lado, tem-se a questão da possibilidade de contestação de ações de governo, o que qualifica o regime político como competitivo. Por outro lado, vê-se a abertura do sistema à participação de seus cidadãos, de forma que possam influenciar na formação da vontade do governo.

⁹² DAHL, 1997, p. 26.

⁹³ Ibid., p. 27.

⁹⁴ Ibid., p. 28.

De fato, é possível que um regime permita o questionamento de seus atos, porém só dê a uma parcela da população esse direito. Igualmente, um governo pode se abrir para participação de seus cidadãos, sem, contudo, constituir mecanismos para que o povo conteste suas escolhas.

Dahl, nesse sentido, dá o exemplo da Grã-Bretanha no final do século XVIII, a qual “possuía um sistema altamente desenvolvido de contestação pública [...] mas apenas uma minúscula parcela da população estava plenamente incluída nele”⁹⁵. Já a União Soviética detinha um sistema com sufrágio universal, todavia não havia nenhuma perspectiva de se poder contrariar condutas governamentais.

Desse modo, o cientista político classifica⁹⁶ que há 4 governos nas “extremidades”, os quais representariam modelos ideais de categorização. O primeiro é o governo de hegemonia fechada, que não permite nem participação, nem contestação por parte de seus nacionais. Na outra linha, está a poliarquia, que é o modelo que mais se aproxima do ideal de democracia. Nela, há um desenvolvimento alto de mecanismos de contestação e participação para os seus cidadãos.

Por fim, há o regime oligárquico competitivo, que permite a contestação, porém não participação, e o contrário desse regime, o hegemônico inclusivo. Assim, essas são as classificações puras, porém é plausível que vários governos ao redor do mundo se encaixariam em perfis intermediários.

Assim, vê-se que o sistema democrático brasileiro se aproxima da concepção de poliarquia, podendo ser considerado uma, ou, ao menos, uma quase-poliarquia, já que, a partir da Constituição de 1988, criou-se vários meios para a população poder tanto contestar o governo, quanto para participar na formação de sua vontade.

Por outro turno, em seu livro *Sobre a democracia*⁹⁷, lançado originalmente em 1998, isto é, quase 30 anos depois de publicar *Poliarquia: participação e oposição*, Robert Dahl discutiu os aspectos ideais de uma democracia, bem como as instituições necessárias e as condições favoráveis, para que um regime democrático possa se estabelecer em uma nação. Logo, visou tanto a analisar o prisma empírico da democracia, quanto as metas de uma verdadeiro regime democrático.

⁹⁵ DAHL, loc. cit.

⁹⁶ Ibid., p. 30-31.

⁹⁷ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed. da UNB, 2001. p. 11 e ss.

Assim, o que caracteriza uma democracia é a consideração de todos os seus membros como politicamente iguais⁹⁸. Logo, ninguém é superior ao outro, em qualquer característica, seja sabedoria, força, perspicácia, para que possa dar ordens de modo que o “inferior” tivesse simplesmente que segui-las.

A questão, então, é como assegurar que no processo de decisão, essa igualdade entre os cidadãos seja considerada. Para tanto, Dahl pensa em, pelo menos, cinco critérios⁹⁹. O primeiro é a participação efetiva, o qual se traduz na oportunidade de todos os cidadãos, de maneira efetiva e igual, expressarem suas opiniões acerca dos mais variados assuntos, de modo que os demais membros da comunidade tomem conhecimento delas.

A falta desse critério pode implicar na imposição da vontade de alguns que detenham mais possibilidade de manifestarem suas opiniões, em detrimento daqueles que não tenham igual oportunidade. No cenário mais drástico, uma minoria pode fazer sua vontade prevalecer sobre a maioria.

Como segundo critério, a igualdade de voto é essencial para a democracia. No momento de se determinar qual a decisão a ser tomada, todos devem ter a possibilidade de votar e que esses votos tenham o mesmo peso. Do contrário, a própria noção de igualdade política entre os cidadãos é rompida.

O entendimento esclarecido é o terceiro critério, o qual consiste na garantia de que os cidadãos possam ter acesso às variadas formas de pensar as problemáticas que os afligem, com as prováveis consequências que cada alternativa traz. Destarte, não se pressupõe que os indivíduos detenham, a princípio, conhecimento, porém objetiva-se garantir que possam tornar-se esclarecidos.

O quarto critério é o controle do programa de planejamento, pelo qual os membros da comunidade influenciam quais controles entram no planejamento da comunidade, de forma que ele sempre possa ser alterado. Sem essa garantia, é possível que uma minoria domine o que pode ser votado e discutido pelos demais.

Por fim, a quinta garantia é a inclusão de adultos, ou seja, as pessoas maiores de idade residentes na nação terem direito aos quatro primeiros requisitos. Isso para terem uma voz que os permita influenciar na tomada de decisões, pois, caso contrário, dificilmente outros defenderão interesses e vontades desses privados, no processo de decisão, de direito de manifestação.

⁹⁸ DAHL, 2001, p. 49.

⁹⁹ Ibid., p. 49-50.

Com esses critérios, está estabelecido um padrão para comparar a qualidade da democracia e suas instituições nas sociedades, já que nenhum Estado conseguiu garantir todos os critérios de forma plena na história, e provavelmente jamais conseguirá. De fato, dificilmente associações de pessoas, em formato menor que o estatal, sucederiam nessa empreitada igualmente. Como afirmou Dahl, esses critérios “são tão úteis quanto podem ser modelos ideias e mais importantes e úteis do que muitos. Eles nos proporcionam padrões para medirmos o desempenho de associações reais que afirmam ser democráticas.”.¹⁰⁰

Outrossim, a democracia, no âmbito do Estado, deve ser buscada, pelas consequências vantajosas que ela proporciona. Em busca de motivos de por que as sociedades democráticas são preferíveis às ditatoriais, Dahl¹⁰¹ argumenta que os regimes democráticos tendem a evitar a tirania implantada de maneira cruel; a garantir os mais variados direitos fundamentais aos seus nacionais, medida que regimes não democráticos não podem tomar; a liberdade dada aos indivíduos que estão sob a égide da democracia é maior que os que não estão.

Ainda, o regime democrático permite as pessoas a resguardarem suas preferências primordiais, frente a um governo que pode provocar graves danos a eles, já que os cidadãos têm direito a influenciar e contestar os governantes. A autodeterminação, por sua vez, encontra, na democracia, o espaço mais viável para se desenvolver, pois sendo a unanimidade impossível de ser alcançada, logo, apesar de ter que se submeter a lei aprovada pela maioria, ao cidadão se dá a possibilidade de participar do processo de decisão e, também, de poder fazer parte dessa maioria eventualmente.

Igualmente, o exercício de responsabilidade moral e o desenvolvimento humano, na democracia, atingem a potência máxima realisticamente possível, sendo aquele a possibilidade de seguir os próprios princípios morais e este, a construção de características individuais tidas como positivas, como, por exemplo, a honestidade, o agir com responsabilidade, entre outros. Esses pontos são melhor acolhidos na democracia justamente por ela proporcionar mais liberdade aos seus habitantes.

Ademais, a igualdade política entre os habitantes somente é propiciada, de modo mais elevado, em um regime democrático. Por fim, as democracias, atualmente,

¹⁰⁰ DAHL, 2001, p. 54.

¹⁰¹ Ibid., p. 59 e ss.

são sistemas políticos que buscam à paz, além de proporcionarem mais riqueza aos que nela vivem, em comparação com regimes não democráticos.

Tantos os critérios, quanto as razões de se escolher um sistema democrático, se encaixam na análise das metas e ideais que uma democracia possui, já que não se espera que ela alcance plenamente nenhum deles. Como disse Dahl, “Na prática, a democracia jamais correspondeu a seus ideais. [...] as democracias modernas também sofrem de muitos defeitos.”¹⁰².

Some-se a isso a temática da igualdade intrínseca, princípio adotado pelas democracias. Dahl, então se debruça acerca da problemática de aceitar ou não que todos os seres humanos são iguais¹⁰³. Dessa forma, a igualdade entre todos não é algo óbvio, a ser simplesmente constatado. Com efeito, proclamar a humanidade como igual é um princípio moral, sobre como se deve ser, ou seja, deve-se tratar de forma isonômica os interesses de todos os indivíduos.

Como justificativa para esse princípio moral, tem-se fundamentos religiosos e éticos, no sentido de que as principais religiões do mundo atualmente concebem todos como equânimes, além de que a generalidade de pensamentos éticos e morais partem desse princípio. Também, é prudente considerar todos como iguais, e, portanto, mais aceitável perante a maioria tal ideia, já que não se tende a privilegiar ninguém em detrimento de outros.

Ademais, afirmar o oposto é delicado, isto é, a superioridade de alguns, já que a tendência é proclamar que o superior é o grupo que o proclamado pertence, e, não fazendo parte dele, é improvável a concordância com essa assertiva.

Por outro lado, anuir com a igualdade intrínseca não tem como consequência necessária adotar a democracia, como o melhor sistema político. É possível ver todos como iguais e, ainda assim, advogar por um governo tutelar. O que seria asseverar a incapacidade de pessoas ditas comuns de se autogovernarem, e, dessa forma, a responsabilidade pelo governo seria entregue aos mais capazes, preparados e inteligentes da sociedade, que administrariam o Estado segundo o interesse público¹⁰⁴.

Essa ideia já retroage a Platão, o qual detinha uma posição antidemocrática, no sentido de que quem tinha que comandar a sociedade seriam os filósofos, por se

¹⁰² DAHL, 2001, p. 73

¹⁰³ Ibid., p. 76 e ss.

¹⁰⁴ Ibid., p. 83-84.

dedicarem à busca do bem comum. Dahl¹⁰⁵, então, elenca argumentos contrários a um sistema tutelar.

Por mais que algumas vezes, na vida cotidiana, os cidadãos deixem certas questões serem decididas por especialistas, como, por exemplo, cirurgiões e pilotos, há uma grande diferença entre seguir recomendações de um advogado, por exemplo, e permitir que essa pessoa que detém um conhecimento especializado tome as decisões. A mesma lógica se aplica ao governo, em que é distinto a elite política consultar especialistas quando necessário, e entregar a administração nas mãos dessas pessoas, sem uma eleição.

Igualmente, é abismal a distância das situações entre um indivíduo confiar na opinião de um pessoa com conhecimento especializado, e especialistas terem a função de comandar, em razão de seu entendimento mais aprofundado. Ademais, exercer a política, isto é, gerir o Estado, demanda mais que conhecimento, e, acrescenta-se, mais que o domínio da ciência.

De fato, ter conhecimento não implica ter outras qualidades exigidas para ser um bom político, como honestidade e a procura do bem de todos. Para além disso, na política, há necessidade de se tomar decisões complexas, que implicam no alcance de certos objetivos e no sacrifício de outros. Esse tipo de escolha não tem nada de científico, pois, como disse Dahl, “tomar uma decisão sobre os objetivos que as políticas do governo deveriam atingir [...] é fazer um julgamento ético. Julgamento éticos não são científicos no sentido habitual.”¹⁰⁶.

Ademais, para se implementar um governo tutelar teria que se enfrentar a problemática questão de como seriam escolhidos os tutores, ponto central dessa ideia, entre outros importantes, como quanto tempo seria o governo, haveria troca de pessoal, como seria a troca, e todas as outras temáticas empíricas que a realidade de administrar traz.

Diante desses motivos seria razoável atestar que o governo democrático é o mais prudente a se adotar, por não haver superioridade entre os indivíduos e, ainda, que há uma necessidade de inclusão de todos os adultos no sistema político, critério já colocado como essencial para a democracia¹⁰⁷.

¹⁰⁵ DAHL, 2001, p. 85-89.

¹⁰⁶ Ibid., p. 86.

¹⁰⁷ Ibid., p. 91-92.

Contudo, ele se revela ainda mais importante diante da relevância e consequências de se adotar a igualdade intrínseca como princípio estatal. A ausência dessa inclusão pode ser a não consideração dos interesses dos excluídos pelo governo.

À luz desses ideais e metas democráticos, parte-se para uma análise mais empírica da democracia, na procura de conferir o quão democráticos são, ou podem ser, os governos das sociedades modernas. Assim, verifica-se a necessidade de certos conjuntos, com variadas possibilidades, de instituições políticas, sistema constitucional, sistema eleitoral e de partidos políticos.

Como instituições políticas¹⁰⁸, as democracias atuais demandam a liberdade, justiça e frequência de eleições, e, conseqüentemente, governantes eleitos, junto com liberdade de expressão, informações de origens diversas, associações autônomas e cidadanias inclusivas. Nesse quadro, os critérios (ideais) para se ter uma democracia, relacionados anteriormente, são essenciais para que essas instituições sejam vistas na prática. Portanto, é imperativo se assegurar a participação efetiva, o controle de programa, igualdade de voto, entendimento esclarecido e inclusão de adultos.

Na atualidade, os sistemas políticos são representativos. Contudo, com o escopo de se atingir o máximo das metas democráticas possíveis, persiste o dilema entre ser uma democracia representativa ou direta. Nesse embate, a questão pode ser resumida entre se ter um sistema eficaz ou uma cidadania participativa, no sentido de que uma democracia direta permite ao cidadão influenciar e decidir toda matéria importante à comunidade.

Por outro lado, isso pode engessar o sistema, de modo que depositar a gestão estatal à responsabilidade de eleitos pelo povo, permite uma maior eficiência do Estado para solucionar as dificuldades da população. Outrossim, como fator negativo do sistema representativo, tem-se as negociações feitas pelas elites políticas, nas quais, normalmente, não há transparência e controle. De qualquer forma, como sustentou Dahl, “A maioria dos cidadãos que vivem em países democráticos [...] aceitam como parte do preço a pagar pela representação.”¹⁰⁹.

Em relação às formas de constituições estatais possíveis, é relevante a estabilidade que a constituição pode trazer à nação, conforme o modelo adotado. Destarte, garantir direitos fundamentais; os cidadãos terem neutralidade entre si;

¹⁰⁸ DAHL, 2001, p. 99 e ss.

¹⁰⁹ Ibid., p.128.

responsabilizar os governantes; possibilitar uma representação política gerada através de concordâncias informadas e que seja eficaz, com decisões competentes; o sistema político ser transparente e suas decisões chegarem a todos; e, por fim, a própria constituição não ser inflexível, a ponto de não ser mutável a novos contextos sociais, ampliam ou decrescem as chances do regime político ser visto como legítimo, e, portanto, da própria democracia ser assimilada à vida cultural do país.

Ainda, importante para o regime democrático é o sistema eleitoral optado. Com efeito, há inúmeras opções e desenhos institucionais possíveis. Dahl¹¹⁰ examina, primeiramente, os dois principais modelos de representação política, os quais são o representativo e o *first-past-the-pot*. Naquele, a conquista de cadeiras no Poder Legislativo é concebido para ser o mais perto possível ao número de votos que o partido conquistou nas eleições, enquanto neste ganha o candidato que deteve o maior número de votos no distrito eleitoral. Isso faz com que o partido possa obter mais cadeiras do que votos.

Em segundo lugar, é significativo o sistema partidário produzido pelo sistema de representação, já que pode gerar um sistema pluripartidário ou bipartidário. O sistema representativo tende a engendrar o pluripartidário, por possibilitar a eleição de variados candidatos, sob o mesmo território. Essa fórmula, portanto, viabiliza que mais do que dois partidos políticos conquistem cadeiras no parlamento.

Por sua vez, o sistema *first-past-the-pot* amplifica as chances da consolidação de um sistema bipartidário, em razões de somente um candidato ser eleito por zona eleitoral, e, dessa forma, a polarização em dois partidos potencializa a votação nesse mesmo partido em repetidas eleições, o que, conseqüentemente, reflete em maior quantidades de cadeiras no congresso.

Tanto um quanto outro sistema traz benefícios e sacrifícios, já que o *first-past-the-pot* viabiliza um governo mais eficaz, visto que proporciona uma maioria no parlamento, o que facilita a governabilidade. Contudo isso não é regra, sendo possível um sistema representativo formar coalizões partidárias, que permitem um governo eficaz se estabelecer. De toda forma, como disse Dahl, “A maioria dos problemas básicos de um país não pode ser resolvida com um projeto constitucional [...] manter a estabilidade democrática [...] não é o único critério [...] a uma boa Constituição.”¹¹¹.

¹¹⁰ DAHL, 2001, p. 148 e ss.

¹¹¹ Ibid., p. 157.

De fato, se as condições a uma democracia forem desfavoráveis, é improvável que ela consiga se consolidar. Agora, se forem favoráveis, o arranjo institucional democrático tem uma propensão a se estabelecer. Dessa maneira, Dahl¹¹² separa, como condição essencial para a democracia, os governantes eleitos terem o controle da polícia e do exército, a nação não estar sob ameaça de intervenção estrangeira, e existir uma cultura democrática que seja convicta com suas práticas e valores. Sem esses fatores, é rara a consequência de um regime ditatorial não dominar o poder, especialmente em situações de crise.

Além dessas condições essenciais, tem-se ainda outras conjunturas favoráveis ao regime democrático, os quais são, o que Dahl chama de¹¹³, pluralismo cultural débil e economia de mercado e sociedade modernas. Desse modo, a democracia que governa nações heterogêneas, em que suas subculturas têm relações conflituosas, tem mais chances de se ver substituída por outro sistema político. Por sua vez, sociedades que têm empresas privadas, isto é, que possuem economia de mercado, pendem para a democracia, devido ao desenvolvimento econômico gerado.

De fato, ao expandir a riqueza e reduzir a pobreza, encolhe-se os conflitos sociais e políticos que ameaçam a democracia, e causa a formação de uma classe média, a qual é aliada do regime democrático. Por outro lado, em sociedades com economia planificada, ou seja, em que o Estado é o administrador econômico, não há chance da democracia se desenvolver. Isso porquanto o governante tem a sua disposição a gerência de recursos econômicos, os quais tem a potência de, se bem administrados, mantê-lo no poder. Além de precisar que todos sigam o plano econômico que elaborou. Assim, a democracia apenas é possível onde há economia de mercado.

Em contrapartida, a economia de mercado produz desigualdade econômica, que se reflete na distribuição de recursos políticos, isto é, o poder de influenciar outras pessoas. Ademais, esse sistema econômico causa prejuízos e benefícios aos indivíduos, de maneira desigual também. Como numa democracia poliárquica, no plano ideal, todos têm voz, a propensão é a regulamentação do sistema para proteger os prejudicados. Há, então, uma tensão constante entre o sistema de economia que

¹¹² DAHL, 2001, p. 163.

¹¹³ Ibid., p. 163.

quer se autorregular, e as forças populares que, por meio da democracia, querem a sua normatização¹¹⁴.

Dessa forma, Dahl dá as diretrizes da sua teoria da democracia, ao propor as bases teóricas de seus ideais e metas, bem como os aspectos empíricos de um regime democrático. Assim, verifica-se qual é a conjuntura de ideal e práticas democráticas em que o ativismo judicial surgiu e convive.

No tocante à relação da democracia com o ativismo judicial, é possível, então, já estabelecer uma observação. Assim, se um dos pilares fundamentais do regime democrático é participação efetiva de cidadãos no processo de tomada de decisões, o ativismo, na medida em que é o uso de discricionariedades, pelo magistrado, em suas decisões, estremece essa base da democracia.

Isso porque, pela divisão de poderes, o Direito é produzido majoritariamente pelo Poder legislativo, o qual é o poder que representa toda a sociedade. Logo, o Direito é constituído democraticamente, em outras palavras, feito pelo povo. Ao decidir de forma ativista, o Poder Judiciário se desvia da sua função de cumprir o Direito, e, em última análise, usurpa o poder dos cidadãos de participarem na formação das decisões que os governaram, e compromete um dos ideais democráticos.

Outrossim, ainda se faz necessário a análise de Dahl acerca do Poder Judiciário, na figura do tribunal constitucional, em uma democracia, o que será exposto no próximo tópico.

3.3 ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCEPÇÃO DE ROBERT DAHL

O exame de Dahl¹¹⁵ se localiza no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, órgão incumbido pelo controle de constitucionalidade das leis, chamado de *judicial review* em terras norte-americanas. Logo, ela é a responsável por proferir, em caráter definitivo, decisões substanciais para a vida política dos Estados Unidos.

Ocorre que Dahl considera a Suprema Corte uma instituição política, e não estritamente jurídica, como a maioria das pessoas a podem pensar. Isso quer dizer que seus julgamentos nem sempre são baseados em critérios legais, isto é,

¹¹⁴ DAHL, 2001, p. 175.

¹¹⁵ DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. Tradução: Grupo Primacy Translations. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, 1 maio 2009. p. 25 e ss.

decorrentes das leis, da jurisprudência e da Constituição. Logo, essa Corte Constitucional usa de juízos de valores para decidir certas matérias, cuja solução não é encontrada no texto legal.

Esses julgamentos, cujo conteúdo não se dá exclusivamente no mundo jurídico, envolvem matérias controvertidas em nível nacional, na política. Com efeito, são decisões sobre políticas públicas, as quais qualquer tribunal, no exercício de sua função, tem que tomar. O que torna, então, a Suprema Corte com uma característica atípica é não se basear em parâmetros jurídicos ao julgar, já que esses não seriam adequados.

Uma decisão em matéria de política pública, assim, pode ser entendida como, segundo Dahl, “uma escolha eficaz entre as alternativas sobre as quais há, pelo menos a princípio, alguma incerteza.”¹¹⁶ Dessa forma, essa dúvida surge pelas variadas opções possíveis, com cada uma tendo suas potenciais consequências, e a própria probabilidade de que essas consequências aconteçam.

Com isso, cada opção adquire um valor relativo, com a distinção entre as opções mais e menos preferíveis. Uma escolha eficaz, então, é a que elege, dentre as alternativas possíveis, a mais preferível, e assegura que essa opção escolhida será implementada¹¹⁷.

Ocorre que as lides encaminhadas para a Suprema Corte julgar, constantemente são polêmicas em suas próprias alternativas, já que envolvem grandes assuntos de relevância nacional, como, por exemplo, a economia. Essa situação acontece, inclusive, dentro do Direito, como grandes juristas conhecedores de Direito Constitucional não entram em consenso sobre o que a Constituição diz, e há jurisprudência em sentidos opostos. Isso faz com que a contrariedade se prolongue para as consequências e suas probabilidades de ocorrência, bem como qual é a mais preferível.

Ressalta-se que o contexto jurídico norte-americano diverge do brasileiro, já que a Constituição dos Estados Unidos é enxuta, enquanto a brasileira possui mais de 200 artigos, o que, pelo maior detalhamento, facilita a interpretação constitucional¹¹⁸.

¹¹⁶ DAHL, 2009, p. 25.

¹¹⁷ Ibid., 2009, p. 26.

¹¹⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 104.

Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao ter que decidir casos nesse formato, julga com base em critérios não jurídicos, em, no mínimo, parâmetros retirados de outras áreas. Nessa medida, a Suprema Corte formula políticas nacionais, e por isso não é órgão exclusivamente jurídico, e eis que nesse ponto reside a problemática, já que ela exerce suas tarefas dentro de uma democracia.

Dessa forma, Dahl confronta esse dilema, inicialmente, utilizando o critério da maioria, para analisar o papel da Corte Constitucional. Logo, vê-se que, diante das políticas nacionais, a opinião da população pode ser dividida entre aqueles que as suportam e aqueles que as são contrárias. Isto é, majoritariamente, a sociedade apoia ou não. O que faz com que a decisão da Suprema Corte possa ser a favor da minoria e contra a maioria, ou vice-versa.

Contudo, numa sistema democrático, é desnecessário manter uma instituição judiciária para se cumprir os desejos da maioria, quando já se tem o Poder Legislativo. Ainda, em análise mais detalhada dos julgamentos que a Suprema Corte acolheu algum ato como inconstitucional, Dahl conclui que "em todos os casos, ou em inúmeros, a Suprema Corte estava defendendo os direitos de alguma minoria contra uma maioria "tirana"."¹¹⁹

A princípio, essa defesa da minoria frente a interesses da maioria pode aparentar ferir a democracia, já que, classicamente, o regime democrático é visto como sendo o que a maioria decide. Desse modo, o povo é quem possui a soberania e, justamente por todos serem iguais que a opinião majoritária prevalece. Logo, a Suprema Corte julgar em benefício da minoria golpeia dois pilares democráticos.

Contudo, essa argumentação esbarra na complexidade da realidade, devido à dificuldade de se provar, empiricamente, o que a população pensa sobre determinado assunto, para então se poder delimitar a maioria e minoria, e ver a ideia prevalecente. Com efeito, até mesmo eleições são poucos confiáveis em estipular o que a maioria quer, já que não são todos os adultos que votam, e nos Estados Unidos o voto não é obrigatório.

Soma-se a isso a falta de relação entre a precedência por certo candidato à cargo público e o desejo por uma política pública, dentre as várias alternativas existentes. Assim, conforme Dahl, "não há como estabelecer, com alto grau de

¹¹⁹ DAHL, 2009, p. 29

confiabilidade se determinada alternativa foi ou não apoiada por uma maioria ou minoria de adultos”¹²⁰.

De toda forma, a história da Suprema Corte norte-americana demonstra que os seus juízes nunca ficam desalinhados com a posição majoritária do Poder Legislativo. De fato, os ministros da Suprema Corte são nomeados pelo Senado e, por ser indicação do Presidente, é alguém alinhado com suas preferências de políticas públicas.

Além de que às vezes basta uma indicação para mudar a posição da Corte, e o candidato a juiz, para apropriar-se desse título, é um cidadão com algum destaque no cenário nacional, que anteriormente já declarou suas posições sobre variados assuntos. O que faz com que a tendência seja que a Suprema Corte não derrube iniciativas de maiorias prolongadas e firmes, enquanto de maiorias mais passageiras sim¹²¹.

Dessa forma, o critério da maioria mostra que se a Suprema Corte defende minorias, ela se transforma em algo anômalo em um sistema democrático. Porém as maiorias legislativas agem como querem, e, quando são feridos direitos entendidos como básicos, nesses casos a Suprema Corte intercede, por uma compreensão dentro de um critério de justiça ou direito.

Entretanto, mesmo nesses casos, ao final, a Corte Constitucional acaba decidindo conforme o interesse das elites da política. Dessa forma, o que Dahl demonstra é que a atuação da Suprema Corte se dá muito mais por acordos políticos, nos quais ela tem papel relevante, do que pela defesa da Constituição.

Com efeito, seus julgamentos têm índole política, e ao decidir sobre políticas públicas, assume um papel de validação das políticas assentadas pela situação. Mais do que isso, sua função na democracia culmina em legitimar “padrões comportamentais básicos necessários para a operação de uma democracia.”¹²².

Conclui-se, dessa maneira, que a Corte Constitucional tem uma tarefa substancial na democracia dos Estados Unidos. Sendo o ativismo judicial incorporado, no Brasil, a partir da experiência norte-americana, as reflexões de Dahl acerca da Suprema Corte tornam-se relevantes para uma correta interpretação do Direito brasileiro e do papel do juiz.

¹²⁰ DAHL, 2009, p. 30.

¹²¹ Ibid., p. 32-33.

¹²² Ibid., p. 42.

Então, a teoria democrática de Dahl, somada a sua análise da Suprema Corte, dá as bases para uma reflexão acerca da relação entre ativismo judicial e democracia. Para tanto, no próximo capítulo passa-se a investigar o fenômeno do ativismo judicial.

4 ATIVISMO JUDICIAL

4.1 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A partir da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional sofreu uma enorme transformação, por adquirir uma nova feição, necessária em virtude do extenso rol de direitos fundamentais estabelecidos pela nova Carta Magna.

Essa alteração se deu, principalmente, em razão da imprescindibilidade de que o Poder Judiciário passasse a efetivar esses, à época, novos direitos constitucionais. Como parte, então, do novo panorama, começou um processo em que verificou-se novos fenômenos atinentes ao Poder Judiciário, dentre eles a politização do judiciário e a judicialização da política.

Essas experiências judiciais ainda estão, se não mais até do que antigamente, presentes nos dias atuais, e são frequentemente aludidos como formas de explicar o Direito nos tempos atuais. Com efeito, os dois vocábulos remetem, em alguma medida, ao ativismo judicial, conquanto não devam de maneira nenhuma serem confundidos ou usados como sinônimos, apesar de isso acontecer com certa repetição.

Dessa forma, primeiramente será feito a análise do que se trata quando se fala do fenômeno da judicialização da política e sua relação com o ativismo judicial, para se examinar em que medida os dois são díspares. Em seguida, será averiguado os acontecimentos entendidos como politização do judiciário, em perspectiva histórica, igualmente.

Exclui-se, desse modo, o que poderia ser entendido como ativismo judicial, e, assim, abre-se o caminho para melhor defini-lo e analisar como se processa esse fenômeno jurídico no Brasil.

Começa-se, então, a investigar a judicialização da política, a partir da compreensão de que esse tema parte da imbricação das grandes áreas do Direito, da Política e do Poder Judiciário¹²³. De fato, o próprio constitucionalismo é um movimento jurídico que objetiva a limitação do poder político. Vê-se, portanto, como, no direito constitucional, a conexão com o elemento político é forte, já que a Constituição visa a regular a política.

¹²³ TASSINARI, 2013, p. 28.

Essa visão de mundo não autoriza uma mistura entre Direito e Política, isto é, entender que é possível ter-se, dentro do Direito, uma inserção das escolhas políticas do intérprete. Fazer essa conexão demonstraria um equívoco, ao tomar ativismo judicial e judicialização da política como iguais. Logo, a política não determina o conteúdo do Direito¹²⁴.

Assim, a Constituição de 88 nasce dentro de um contexto do constitucionalismo, que na contemporaneidade assume características próprias, que desembocam na judicialização da política. Essas particularidades são parte de uma nova maneira de conceber a jurisdição constitucional, na medida que o juiz deve, a partir de então, atentar-se para uma aplicação constitucional direta, somado ao cumprimento das finalidades da Constituição e exercendo sempre um controle de constitucionalidade.

Essa valorização do papel do Poder Judiciário, no contexto de efetivação de direitos, atesta a importância que esse Poder passou a ter nas sociedades democráticas. Com efeito, na passagem de um Estado Social para um Estado Democrático de Direito, mudança paradigmática ocorrida na segunda metade do Século XX, é atribuído ao Poder Judiciário as expectativas que, até aquele momento, estavam tradicionalmente depositadas no Poder Legislativo e Executivo¹²⁵.

Trata-se, precisamente, da tensão para concretização de direitos, inicialmente depositada no Poder Legislativo, no Estado Liberal, e, posteriormente, no Poder Executivo, no Estado de Bem-Estar Social. Logo, essa aposta no Poder Judiciário, para efetuar direitos no plano material, não deixa de ser causada por uma incapacidade ao longo dos séculos dos Poderes Executivo e Legislativo de exercer essa tarefa.

Isso pois, tradicionalmente, é função deles, órgãos representativos do povo, saciar as demandas populares por direitos, enquanto o Judiciário ficava encarregado de resolver litígios individuais. Vê-se, portanto, a mudança de paradigma que ocorreu na contemporaneidade e ampliou as atribuições do Poder Jurisdicional.

Ressalta-se que, no Brasil, contribuiu para essa situação a transição de uma ditadura para uma democracia, que se pretende socialmente inclusiva¹²⁶, ou seja, a Constituição não pretendia somente firmar um regime democrático brasileiro, como

¹²⁴ TASSINARI, 2013, 28-29.

¹²⁵ Ibid., p. 31.

¹²⁶ Ibid., p. 37-38.

também solucionar questões sociais históricas, que não concediam a maior parte da população uma vida digna, e muito menos uma participação efetiva na vida política da nação.

Outros motivos para essa maior interferência do Poder Judiciário, segundo Tassinari, foram “um *fato histórico*, uma *proposta teórica* e uma nova *atuação jurisprudencial*”¹²⁷, o que ocorreu em nível global, já que o fenômeno de um aumento dos poderes jurisdicionais foi visto em outras nações, especialmente ocidentais.

O citado fato histórico é a Segunda Guerra Mundial, a qual, após acabar, redefiniu vários conceitos e ideias nas sociedades europeias. Com efeito, com o escopo de evitar que a tragédia humanitária que ocorreu nessa guerra se repetisse, foi concebido um novo jeito de se pensar o Direito.

Assim, buscou-se ir além da ideia de se seguir o procedimento, isto é, não basta que o processo legislativo seja atendido, para que haja a produção de Direito entendido como vigente. Logo, o formalismo, como critério para reconhecimento de conteúdo jurídico, foi descartado como única possibilidade, sendo estabelecido novos marcos teóricos.

Para além de um formalismo, então, instituiu-se um materialismo, entendido como uma certa substancialidade, na análise do Direito, que se procedeu pela inserção da ideia da força normativa da Constituição, bem como pela adição de novos direitos fundamentais ao já existentes¹²⁸.

Dessa maneira, a Constituição direciona a legalidade da lei infraconstitucional, ou seja, não pode violar a Carta Magna e, portanto, todo o ordenamento jurídico tem quem respeitar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Isso representou a formação de um Estado Constitucional de Direito, em substituição a um Estado Legislativo de Direito.

Esse movimento ficou conhecido como constitucionalismo democrático, já que foi um novo modo de conceber o Direito Constitucional, pela perspectiva de assegurar certos direitos a todos os cidadãos. No Brasil, entretanto, essa nova concepção foi recepcionada apenas na Constituição de 1988, com, na verdade, graves violações de direitos humanos no período antecessor, isto é, na ditadura militar.

¹²⁷ TASSINARI, 2013, p. 40.

¹²⁸ Ibid., p. 40.

Esse panorama foi ampliado com a tese da Constituição dirigente, de José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁹, o qual propôs a noção de que a Constituição dirige todos os atos do Estado, e, portanto, a conduta estatal deve estar ligada a um cumprimento da norma constitucional.

Essa teoria do autor português, recepcionada em solo brasileiro, ampliou a atuação dos juízes, para fazer valer a Constituição, frente a um Estado que, na realidade, jamais efetivou o texto constitucional. Essa tese, portanto, conforme Tassinari, “colaborou de modo efusivo para que se insurgisse um compromisso constitucional, resultando numa maior interferência do Judiciário”¹³⁰.

Por fim, outro ponto de contribuição foi a criação de tribunais constitucionais na Europa, em particular na Alemanha, a qual se via diante da derrota da guerra e, mais do que isso, tendo que enfrentar as consequências do regimes nazista ali implementado.

Assim, foi possível naquela nação uma vez um regime totalitário chegar ao poder e realizar ações de extrema crueldade, como foi o Holocausto, com a anuência não somente da sociedade, como também dos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, a simples separação de poderes entre quem executa as leis e quem as faz não bastou.

Com a elaboração de uma nova constituição, foi atribuído ao Poder Judiciário, na forma de um tribunal constitucional, essa tarefa, isto é, de fazer com que a Constituição seja efetivamente respeitada. Essa função foi, igualmente, no Brasil, incorporada pela Constituição de 1988, sendo um dos motivos do alargamento da capacidade de ingerência do Poder Judiciário.

Ainda, outras razões que explicam a judicialização da política foram transformações sociais de caráter político-jurídico, conceitual, comportamental e estrutural¹³¹. A primeira delas, portanto, a político-jurídico, consiste, conforme Faria¹³², nas novas tendências no Direito, o que se traduz em modificações em como o fenômeno jurídico exsurge na atualidade.

Fala-se, desse modo, em, num mundo cada vez mais globalizado, com relações transnacionais fortes, no enfraquecimento da regulação estatal e de direitos

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 2002. p. 5 e ss.

¹³⁰ TASSINARI, 2013, p. 43.

¹³¹ Ibid., p. 45 e ss.

¹³² FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: Direito e conjuntura. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73-112.

sociais, em que, em decorrência da ausência de um Estado de fato soberano sobre determinado território, as “leis” privadas e mercantis acabam por prevalecer.

Soma-se a isso o aparecimento de novos círculos de poder, junto a um maior pluralismo dentro da sociedade, e a atuação de pessoas com interesses em comuns, não vinculadas ao Estado, no processo legislativo. Por fim, um endurecimento nas medidas penais, utilizando o direito penal para reprimir condutas que, tradicionalmente, ele não tinha que lidar até então.

Por seu turno, como novo conceito, surgiu a ideia de sociedade complexa, a qual trata, por lógico, da maior complexidade das relações sociais no mundo atual. Com efeito, a sociedade que emergiu, a partir das últimas décadas, difere das presentes na Europa na primeira metade do Século XX.

Assim, novos fatores surgiram, como globalização, em que tantas culturas quanto economias estão fortemente ligadas, a emergência de novos modelos de comportamentos, a possibilidade de que uma catástrofe, local ou mundial, aconteça a qualquer momento, como atentados terroristas, grandes desastres ambientais, guerras nucleares ou a explosão de usinas nucleares, e, enfim, o surgimento de novas tecnologias. Tudo isso modifica o meio social e o transforma, e o resultado foi, destarte, a maior complexidade das relações sociais.

Dessa forma, diante de uma sociedade complexa, em que o próprio Estado se enfraqueceu, pelas razões mencionadas acima, e o Direito parece não impor suas normas, isto é, não ordena a vida social, há uma expansão da litigiosidade, como nova forma de comportamento da sociedade¹³³.

De fato, isso ocorre como um meio de a população resgatar os compromissos assumidos pela Constituição, nas finalidades do Estado Democrático de Direito brasileiro. Dessa maneira, se os Poderes Executivo e Legislativo se revelam incapazes de assegurar os direitos das pessoas, elas se voltam para o Poder Judiciário, o qual, desde a mudança de paradigma do acesso à justiça, já abordado nessa pesquisa, tem o dever de fazer com que o império do direito realmente aconteça.

Igualmente, numa coletividade mais complexa, mais conflitos irrompem, e, sem perspectiva de resolver as questões na arena política, o povo recorre ao Poder

¹³³ TASSINARI, 2013, p. 46.

judiciário, o que demonstra também os motivos da maior litigiosidade na sociedade atual.

Por outro lado, a provocação ao Poder Judiciário para solucionar, às vezes, grandes questões sociais, torna esse poder paternalista, na medida em que o cidadão deixa de agir politicamente, para que suas pautas e vontades sejam amparadas e aprovadas no âmbito do Poder Legislativo e Executivo.

Com o ativismo judicial, ao invés, então, de haver uma organização da sociedade para que, através de vários engajamentos, políticos se convençam de sua ideia, recorre-se ao Poder Judiciário, o que não exige um movimento político, de forma que ele realize a vontade política e transforme o *status quo*, por meio de uma simples decisão.

Assim, transfere-se ao Judiciário a responsabilidade de solucionar conflitos sociais, e, conforme Maus, “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”¹³⁴.

Além de impedir, ainda, a participação de outros cidadãos no processo de formação dessa decisão, o que retira o caráter democrático da ordem jurídica, já que a democracia se baseia na participação efetiva de seus cidadãos no processo de formação das decisões.

Por fim, ocorreu uma alteração estrutural no meio social¹³⁵, no sentido de que se passou a lidar com uma sociedade de massas, em que, conseqüentemente, houve uma massificação dos conflitos. Isto é, de maneira geral, o conteúdo produzido para ser consumido por um público, seja no campo das artes, mídia, e até mesmo ideologias, é destinado não a um grupo pequeno de pessoas, específico, porém sim para ser consumido em massa.

Logo, tem-se como o escopo que a maior quantidade possível de pessoas veja, leia, pague, comente sobre algum assunto, serviço ou produto, ou seja, que ele seja consumido em massa. No Direito, foi introduzido a concepção de que existem direitos coletivos ou difusos, em que não se pode indicar com precisão o titular de tais direitos, na medida em que várias pessoas são prejudicadas se eles são violados.

¹³⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202. nov. 2000. p. 187.

¹³⁵ TASSINARI, 2013, p. 46-47.

Com isso, é complicado, no mínimo, estabelecer qual a extensão do dano para cada um dos indivíduos, e, por isso, entende-se que o prejudicado é a coletividade, e ela deve ser indenizada. Segundo Tassinari, “Assim, a tutela jurídica passa a ser prestada de forma massificada”¹³⁶.

Contudo, a estrutura do Poder Judiciário continua a mesma que foi construída para um Estado Liberal, ou seja, destinado à resolução de conflitos individuais. A Justiça, então, vê-se diante da situação de ter que resolver conflitos massificados mediante soluções singulares, já que a titularidade da ação, para os cidadãos em geral, é individual, não em grupo.

Logo, diante desse contexto, vê-se todas as causas para o fenômeno da judicialização da política ter se formado nessa quadra da história. Por outro lado, verifica-se, igualmente, como esse fenômeno é, segundo Streck, “ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes.”¹³⁷.

Assim, a judicialização da política é substancialmente diferente do ativismo judicial, o qual caracteriza-se por uma vontade do julgador, não tendo relação com causais sociais, alheias ao juiz. Como se deu a emergência desse fenômeno no Brasil, ainda mais relevante em tempos de crise política, será abordada agora.

Dessa forma, originalmente, o ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, com o advento do controle de constitucionalidade norte-americano, ou *judicial review*, já que esse não estava previsto no texto da Carta Magna. Com efeito, foi a própria Suprema Corte, em decisão judicial sua, que afirmou que detinha o direito de rever os atos políticos e declará-los inconstitucionais, caso afrontassem a Lei Maior.

Assim, em 1803, no chamado caso *Marbury vs. Madison*, o embate ali travado tomou proporções colossais, não somente para a história e vida política e jurídica norte-americana, como também para o restante do globo, especialmente a civilização ocidental, já que, posteriormente, o controle de constitucionalidade judicial foi adotado pela maioria dos países democráticos.

Esse caso, na verdade, tratou-se de um conflito político. O presidente John Adams, perto de término de seu mandato, nomeou William Marbury para ser juiz de paz. Ocorre que, antes de ele assumir o cargo, finalizou o mandato de Adams, e quem

¹³⁶ TASSINARI, 2013, p. 46.

¹³⁷ STRECK, 2017, p. 87.

havia ganho as eleições, responsável por continuar o processo, foram os membros da oposição¹³⁸.

O secretário Madison, então, responsável por providenciar o empossamento de Marbury, se recusou a assim agir. Diante do que entendeu como uma violação de seu direito, Marbury, portanto, ajuizou ação na Suprema Corte, para que fosse determinado a obrigatoriedade de sua posse.

Em análise do caso, o qual fugia dos meros limites das partes, já que o clima político entre situação e oposição era tenso nos Estados Unidos¹³⁹, o *Chief of Justice* Marshall encontrou uma saída, em que afirmou que a nomeação realizada por Adams era irrevogável. Ao mesmo tempo, todavia, decidiu que a lide não poderia ser apreciada pela Suprema Corte, pois a Constituição não tinha atribuído a ela competência para tanto.

De fato, quem definiu a competência original para a Suprema Corte julgar o caso foi o seção 13 do *Judiciary Act*. Marshall, dessa forma, declarou a inconstitucionalidade de tal legislação, e, conjuntamente, proclamou a competência do Judiciário para tanto. Isto é, inaugurou o controle de constitucionalidade no sistema jurídico norte-americano, segundo Tassinari, “por uma decisão judicial, no julgamento de um caso [...] a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso.”¹⁴⁰.

Paradigmático para a compressão do ativismo judicial foi, igualmente, outra decisão proferida em solo norte-americano, em 1905. Nesse caso, conhecido como *Lochner vs. New York*, o Estado de Nova York, em sua legislação estadual, limitou a carga horária de trabalho, a sessenta horas semanais e dez horas por dia.

O padeiro Lochner, então, entendeu essa medida como um descumprimento a seus direitos constitucionais, e ingressou com ação judicial demandando o que compreendia como seu direito. A questão afinal alcançou a Suprema Corte, a qual decidiu pela inconstitucionalidade da lei nova-iorquina.

Ela julgou que a norma desrespeitava a liberdade contratual, o que revelava um predomínio, na Suprema Corte, de uma opinião favorável a um capitalismo sem interferência estatal. Logo, o case estabeleceu que o Estado de Nova York não

¹³⁸ TASSINARI, 2013, p. 23.

¹³⁹ BRANCO; MENDES, 2020. p. 50.

¹⁴⁰ TASSINARI, op. cit., p. 23.

poderia interferir na formação dos contratos trabalhistas, na medida de impor limite máximo de horas.

De igual forma, foi assentado que a própria Suprema Corte não realizaria ingerências, de modo a dirigir políticas públicas de bem-estar. Dessa maneira, o julgamento assentou que a Suprema Corte, concomitantemente, segundo Tassinari, “*interfere na política legislativa do Estado, ao impedir que ele legisle para estabelecer limites às horas laborais, mas o faz pela via de uma postura conservadora, de não intervenção na esfera privada dos indivíduos.*”¹⁴¹.

Esse posicionamento da corte, assim, demonstrou que o ativismo judicial pode ser tanto em um sentido progressista, de ingerência no demais poderes, para assegurar direitos, quanto conservadora, de deliberação pelo impedimento de mudanças no *status quo* político, que se traduz na legislação.

Essa observação importa especialmente para se compreender o ativismo judicial no Brasil, para que ele não seja entendido como sendo verificável, exclusivamente, numa postura do julgador de efetivar direitos, por meio de julgamentos que contrariem o que o Direito dita.

Em terras brasileiras, por sua vez, a discussão do ativismo judicial se iniciou com a promulgação da Constituição de 1988, sendo que esse debate se deu num contexto mais amplo, de recepção de teorias estrangeiras, para que fosse possível uma interpretação compatível com os novos direitos que a Carta Magna trouxe¹⁴².

De fato, a tradição do Direito brasileiro se assentava num modelo liberal, de fundo individualista, que funcionava a partir da ideia da liberdade, vida e propriedade como direito fundamental, assim como a igualdade, em sentido formal, isto é, tratar as pessoas iguais legalmente, porém, na realidade, a desigualdade pode ser profunda.

O Direito, nesse contexto, garante esses direitos individuais a cada cidadão, com base em conceitos formados no direito privado francês e alemão¹⁴³. Logo, verifica-se que está a garantir o que ficou conhecido como direitos fundamentais de primeira geração. Em outras palavras, os primeiros direitos entendidos como fundamentais e protegidos pelas Constituições mundo afora.

Assim, quando a Constituição de 1988 traz um extenso rol de direitos, entre quais sociais, como direito à saúde, educação, entre outros, a tradição jurídica de

¹⁴¹ TASSINARI, 2013, p. 24.

¹⁴² STRECK, 2017, p. 78-79.

¹⁴³ Ibid., p. 79.

então revela-se insuficiente para compreensão desses direitos de outras dimensões, para além da primeira.

O que resultou que, segundo Streck, “Essa carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico”¹⁴⁴. Dessa forma, o ativismo judicial foi recepcionado no Brasil, a partir dos Estados Unidos, já que lá já se discutia esse fenômeno desde o começo do Século XIX.

Contudo, o modo como o ativismo judicial foi incorporado no mundo jurídico foi de tábula rasa¹⁴⁵, em que ignorou-se os profundos debates teóricos ocorridos em terras norte-americanas, bem como a própria diferença entre as tradições jurídicas de *civil* e *common law*, o que resultou na compreensão do ativismo de diversas formas, não muita claras e com pouca elaboração teórica.

O ativismo judicial, então, foi assimilado como consequência do controle de constitucionalidade, isto é, do poder de rever condutas dos outros poderes; como possibilidade de o julgador ser discricionário ao decidir; como maiores competências do magistrado para gerenciar o processo; como um aumento na intervenção do Judiciário, ou até mesmo, como relacionado à ampliação dos casos a serem julgados¹⁴⁶.

O ponto de toque entre todos esses modos de conceber o ativismo judicial é o maior protagonismo do juiz, no sentido de que esse teria mais liberdade no momento de julgar. Em outras palavras, ao magistrado, no ato de interpretar, seria atribuído poderes discricionários.

Como consequência disso, tem-se a perda da autonomia do Direito, o que é a pretensão de resolução de conflitos por meio de área autêntica do saber, que é o saber jurídico. Com efeito, o Direito que nasce na Roma antiga diferencia-se de outras formas de soluções de desacordos, precisamente por causa da sua pretensão de autonomia.

Enquanto outros locais do mundo antigo conferiam a solução de conflitos a áreas da vida social como, por exemplo, a religião ou a moral, em Roma, isso ficava a cargo do Direito, o qual, apesar de naquele momento ser difícil vê-lo como realmente

¹⁴⁴ STRECK, loc. cit.

¹⁴⁵ Ibid., p. 83.

¹⁴⁶ TASSINARI, 2013, p. 33.

separado de outros espaços de pensamento da vida social, ao menos detinha a pretensão para tanto.

Pretensão essa que sobreviveu ao tempo e só foi possível alcançar com o advento do Estado Moderno com a produção de leis gerais e abstratas, e as teorias positivas, já que, a partir de então, foi possível identificar uma fonte de Direito, a lei, que emana de um ente certo, o Estado, entendido como direito positivo.

Com isso, é possível produzir um conhecimento específico, destinado a solução de embates, que não passe por outras esferas dos saberes. Essa autonomia fica ameaçada com o ativismo judicial, já que introduz a discricionariedade judicial no momento de aplicação do Direito, o que é a inclusão de valores, critérios extrajurídicos em decisões jurídicas¹⁴⁷.

De fato, atualmente, o Direito dá lugar para campos do conhecimento, como a economia, preferências políticas do julgador e consequencialismos, dentre outros possíveis, em decisões jurídicas, para solucionar conflitos, o que se caracteriza como ativismo judicial.

Com efeito, segundo Tassinari, “sempre que a fundamentação da decisão exprimir um critério de Economia, de Moral ou de Política, isto é, não jurídico, estar-se-á diante de um ativismo judicial.”¹⁴⁸

Assim, percebe-se a acentuada distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial, tratando-se de fenômenos com causas e condutas desiguais, e que, pela importância que assumem no atual cenário político e jurídico, não podem ser analisados levianamente.

Ainda, emergiu no âmbito do constitucionalismo latino-americano o fenômeno do ativismo judicial dialógico, consistente na tese de que existem violações de direitos estruturais na sociedade, os quais, para cessarem, impõe o reconhecimento de um Estado Inconstitucional de Coisas e a adoção de uma série de medidas judiciais, que visem à mudança desse cenário.

O Poder Judiciário brasileiro, então, na figura do Supremo Tribunal Federal, ao constatar o desrespeito sistêmico a direitos constitucionais, através desse ativismo, determina, segundo Broocke e Kozicki, “uma intervenção judicial por meio de práticas

¹⁴⁷ TASSINARI, 2013, p. 118-120.

¹⁴⁸ Ibid., p. 120.

dialógicas, que originem a emissão de ordens flexíveis e a retenção de jurisdição para o monitoramento do cumprimento da decisão.”¹⁴⁹.

Foi nos Estados Unidos, no caso *Brown vs. Board of Education*, em que se constata a utilização primária desse mecanismo. Assim, diante da segregação racial nas escolas dos Estados do Sul, em 1954, a Suprema Corte norte-americana declarou a separação racial das escolas como inconstitucional. Como a decisão não surtiu o efeito desejado, em 1955, em nova decisão no caso, a Suprema Corte fixou etapas graduais para implementação da sentença, bem como delegou a autoridades escolares e Cortes locais a responsabilidade pela sua implementação¹⁵⁰.

Mais recentemente, a Corte Constitucional colombiana se destacou no âmbito do ativismo judicial em litígios estruturais, ao denominá-los de Estado Inconstitucional de Coisas. A partir desse reconhecimento, a Corte passou a emitir ordens ao Poder Público e realizar audiências públicas, com fins de formação de políticas públicas que solucionem esse Estado Inconstitucional.

Com a influência dessa posição da Corte colombiana, o Supremo Tribunal Federal declarou, no bojo da ADPF 347¹⁵¹, o Estado Inconstitucional de Coisas do sistema carcerário brasileiro. Logo, as prisões brasileiras, ao estarem eivadas de violações de direitos humanos, desrespeitam a Constituição, o que se propõe que seja solucionado através de uma série de decisões do Supremo aos demais Poderes, com a fiscalização contínua para verificar se as medidas estão surtindo efeito, juntamente com a oitiva da sociedade civil acerca do problema¹⁵².

O Supremo, dessa forma, promoveria o diálogo entre os Poderes que regem a sociedade e desses com organizações civis, de modo que políticas públicas fossem implementadas para que a Constituição passasse a ser cumprida. Contudo, ao adotar essa postura, percebe-se a violação da Lei Maior, a qual estabeleceu o princípio da separação de poderes, que impõe que o Poder Judiciário siga o Direito em suas decisões.

¹⁴⁹ KOZICKI, Katya; BROOKE, B. M. S. V. D.. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 53, p. 147-181, 2018. p. 158.

¹⁵⁰ Ibid., p. 156.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 03 maio 2021. p. 1 e ss.

¹⁵² KOZICKI; BROOKE, op. cit., p. 172-173.

Igualmente, a Constituição dispõe em seu art. 1º, parágrafo único, que todo o poder emana do povo, o qual é exercido através das suas disposições. Logo, ao exercer competências que fogem ao texto constitucional, usurpa-se o poder do seu real titular, o povo, o que abala as estruturas do regime democrático.

Soma-se a isso a capacidade de retirar o ânimo dos cidadãos em lutarem pelas causas a que acreditem, já que bastaria acionar o Supremo e esse seria o responsável pela resolução dos litígios. Verifica-se, dessa maneira, o comprometimento do pilar da democracia, conforme os ensinamentos de Dahl vistos no capítulo antecessor, da participação efetiva, que não pode ser sanada pelas audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo.

Isso porque as audiências públicas, em seu procedimento, não representam uma abertura e promoção de diálogo entre os diversos setores da sociedade. Com efeito, essas audiências têm escopo informativo, de auxiliar os ministros em como resolver o caso concreto.

Nesse sentido, conforme o art. 21, XVII e XVIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é decisão discricionária do relator do processo a convocação de audiência pública, bem como a seleção de quem participará dela¹⁵³.

Ainda, em relação aos participantes da audiência, não há um debate entre eles, com fins de aprimoramento das ideias ou até mesmo de um consenso. Cada um dos agentes apenas expõe uma ótica diferente acerca do assunto, de forma que o arcabouço de informações que os Ministros do Supremo possuem sofra uma expansão¹⁵⁴.

Logo, percebe-se que não há uma participação efetiva da sociedade brasileira em litígios estruturais, nos quais não ocorre um fomento ao diálogo entre os diversos atores sociais. Assim, resulta-se que se tem um procedimento não aprovado democraticamente, cujo potencial de impacto na vida dos cidadãos é enorme, sem, contudo, haver a garantia de que eles poderão opinar nesse processo, cabendo as decisões finais ao Supremo Tribunal Federal, composto por onze ministros, não eleitos pelo povo.

Vê-se, dessa forma, o caráter antidemocrático do ativismo judicial dialógico, o qual abala os pilares da democracia, ao não permitir a participação dos cidadãos nos processos de formulação de decisões que impactam as suas vidas.

¹⁵³ KOZICKI; BROOKE, 2018, p. 175.

¹⁵⁴ Ibid., p. 175.

Por fim, por não ter previsão legal, indaga-se acerca de vários aspectos do ativismo judicial dialógico, como, conforme Streck, “qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? [...] Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte?”¹⁵⁵.

Outrossim, quanto à politização do judiciário, para se entender essa perspectiva do sistema judiciário brasileiro contemporâneo, é preciso regressar na história, mais precisamente à época das revoluções burguesas, que inauguram os Estados liberais e puseram fim aos absolutistas.

Ocorre que os sistemas políticos instalados por essas revoluções não foram os mesmos. Como modelos e exemplos para se explicar o cenário à época, tem-se a França e os Estados Unidos. Na Revolução Francesa, valorizou-se o Poder Legislativo, como expressão do poder soberano do povo¹⁵⁶.

Nessa estrutura, o Poder Judiciário foi incumbido de resolver embates entre particulares, e, logo, foi afastado da política. Com efeito, não fazia parte da teoria política do momento atribuir poderes políticos ao Judiciário. Vê-se, por exemplo, a teoria política de Montesquieu, quem, para Arantes, “não chegou a atribuir ao Judiciário a mesma condição dos demais poderes [...] a interpretação [...] pela qual o Judiciário seria um terceiro poder de Estado deve ser bastante relativizada.”¹⁵⁷

Por outro lado, foi nos Estados Unidos o local em que o Poder Judiciário adquiriu grande relevância. De fato, naquela nação o Judiciário se tornou muito importante para o xadrez político, já que passou a controlar a constitucionalidade das leis. Ao ter essa atribuição, o Poder Judiciário tornou-se um Poder político, ao lado do Executivo e Legislativo.

Isso porque o Judiciário obteve competência para participar do processo de estabelecer normas, ou seja, de interferir tanto na vida privada quanto na pública, ao dizer o que é proibido e o que é permitido. Dessa forma, conforme Arantes, “pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo.”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ STRECK, Lênio. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**. 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftnref7>. Acesso em: 03 maio 2021.

¹⁵⁶ ARANTES, Rogério B. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. da UNESP, 2015. p. 29-30.

¹⁵⁷ Ibid., p. 31.

¹⁵⁸ Ibid., p. 30.

Com esse formato, a justiça norte-americana assumiu um desenho institucional diferenciado da francesa, porquanto nessa o Judiciário não ficou encarregado do controle de constitucionalidade das leis. Consequentemente, o Poder Judiciário permaneceu responsável apenas por lidar com conflitos entre indivíduos. Logo, segundo Arantes, “assemelha-se a um órgão público ordinário [...] incapaz de desempenhar papel político no processo decisório normativo.”¹⁵⁹.

A politização da justiça, por sua vez, traz como efeito a possibilidade de que essa venha a sofrer tentativas de diminuição da sua independência, especialmente em posições mais afrontosas à maioria, já que sua função passou a ser conter a vontade popular, ou seja, atuar de forma contra majoritária, se necessário¹⁶⁰.

No Brasil, sob a égide da Constituição de 88, o controle de constitucionalidade se expandiu de forma brusca, para além do originalmente criado nos Estados Unidos. De fato, a Constituição brasileira adotou o chamado sistema híbrido de controle, em que misturou-se um sistema concentrado e difuso¹⁶¹. Assim, o difuso consiste na sistemática dos Estados Unidos, em que qualquer juiz pode realizar o controle de constitucionalidade, e a Suprema Corte expressa a decisão final, sendo que qualquer cidadão pode ingressar com uma ação, alegando a inconstitucionalidade das leis.

Por sua vez, o concentrado corresponde ao sistema em que se tem um tribunal constitucional, separado do Judiciário, único competente para fazer o controle de constitucionalidade e é delimitado os legitimados a questionar a constitucionalidade das leis.

Dessa forma, a jurisdição constitucional, no Brasil, pode ser exercida por qualquer juiz e, se o caso chegar ao Supremo Tribunal Federal, esse profere a decisão definitiva. Ao mesmo tempo, um rol de atores extensos, para além do que países de apenas controle concentrado permitem, são legitimados para ajuizar ação diretamente no Supremo, com o escopo de discutir a constitucionalidade de algo.

Some-se a isso o fato de que o Supremo tem competência não apenas para declarar a norma como inconstitucional, como também para declarar uma omissão legislativa e completar essa lacuna, além de poder alcançar questões anteriores à Constituição, e julgá-las igualmente.¹⁶²

¹⁵⁹ ARANTES, loc. cit.

¹⁶⁰ Ibid., p. 34.

¹⁶¹ Ibid., p. 38.

¹⁶² Ibid., p. 39.

Portanto, em terras brasileiras, o papel político do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, é consideravelmente alto, devido as suas competências e à capacidade da extensão de sua jurisdição constitucional. Com isso, a questão do ativismo torna-se ainda mais delicada, pela tensão que decisões não jurídicas decidam temas de importância nacional, por instituições que deveriam seguir critérios exclusivamente jurídicos.

Contudo, consoante Arantes, “é interessante observar que raramente o ativismo judicial ultrapassa o limiar de que pode colocar em risco a sobrevivência e autonomia da própria instituição.”¹⁶³ De toda forma, é importante observar que o ativismo é capaz de causar instabilidade às instituições políticas, e, em última instância, a própria democracia¹⁶⁴.

Ademais, nota-se que o ativismo judicial adquire relevância de outro nível num sistema político em que o Judiciário é um poder político, pois sua capacidade de ingerência na vida social e política é maior. Logo, politização do judiciário e ativismo judicial caminham juntos, apesar de serem fenômenos distintos.

Conclui-se, dessa forma, que judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial são experiências presentes na sociedade contemporânea, que, apesar de estarem conectadas, diferenciam-se em seus conceitos e causas. Na sociedade brasileira, esses fenômenos tornam-se ainda mais significativos, já que estão presentes na Constituição direitos que tocam grande parte de políticas públicas, o que aumenta a potência na judicialização de temas.

Ainda, cada juiz com poderes de controle de constitucionalidade, com um Supremo Tribunal Federal com largos poderes de revisão, somado a um ativismo judicial amparado na conduta de juízes, tornam o cenário mais complexo do que em outras localidades, e, portanto, ampliam a importância de sua análise.

Passa-se, então, aos estudos do procedimentalismo na teoria de Habermas e do substancialismo, na de Dworkin, para se verificar as possibilidades e necessidades de um ativismo judicial em terras brasileiras.

4.2 PROCEDIMENTALISMO EM HABERMAS

¹⁶³ ARANTES, 2015, p. 64.

¹⁶⁴ Ibid., p. 65.

Habermas, importante filósofo alemão, desenvolveu uma teoria de destaque para o Direito, justamente por, ao tratar do fenômeno do jurídico, não se limitar a tratar do Direito interno alemão. Com efeito, o jusfilósofo tratou de conceber uma teoria do Direito não restrita a limites nacionais, porém aplicável globalmente, ao menos em sua perspectiva.

Isso ocorreu porque as reflexões habermasianas do Direito se inseriram dentro de uma análise mais geral da sociedade, dedicado a resolver problemas filosóficos com a solução para as adversidades da sociedade atual¹⁶⁵.

Dessa forma, Habermas, inicialmente, foi integrante da Escola de Frankfurt, a qual tinha uma tradição marxista. Logo, no começo, sua formação foi na área do pensamento de Marx. Contudo, posteriormente, ocorreu uma virada linguística em sua forma de pensar, pelo contato com novas posições hermenêuticas na Alemanha, além de Weber¹⁶⁶.

Isso fez com que ele abandonasse as categorias marxistas, não de forma total, porém de maneira a encarar a realidade com outros olhos, propondo uma análise fora de uma revolução radical, que derrubaria o capitalismo da sociedade moderna, e, com ele, a sociedade burguesa. Com efeito, ele formula sua tese do agir comunicativo.

Assim, essa teoria de Habermas defende que, a partir da interação comunicacional entre os cidadãos, é que se ergue os mais variados aspectos do social, como a linguagem e a cultura. Portanto, a comunicação entre os indivíduos é fundamental em Habermas, sendo que a própria verdade é produto dessa interação comunicacional¹⁶⁷.

O agir comunicativo, ainda, caracteriza-se por não se impor às fronteiras da ciência, ou se omitir de diagnosticar a sociedade em que foi concebida. Como teoria que analisa as estruturas sociais, dialoga com outros ramos da filosofia, como a hermenêutica existencial e o marxismo¹⁶⁸.

Contudo, o ponto central da tese é que a interação comunicacional entre as pessoas é capaz de produzir consensos, os quais são racionais e universais. A razão, dessa forma, é esse consenso que se estabilizou ao longo do tempo, o que revela outra parte do pensamento de Habermas: é possível uma razão universal. Essa,

¹⁶⁵ MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Filosofia do direito**. 7 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 313.

¹⁶⁶ Ibid., p. 314.

¹⁶⁷ Ibid., p. 315.

¹⁶⁸ Ibid., p. 316.

portanto, é construída socialmente, e, segundo Mascaró, “Trata-se de um produto social, cultural, histórico, variável.”¹⁶⁹.

Habermas, então, adota uma posição pós-metafísica, já que a razão é gerado pelo social. Contudo, o filósofo alemão não assume uma atitude pós-moderna, em que a razão torna-se relativa, pela impossibilidade de um fundamento metafísico. Pelo contrário, Habermas apresenta-se como um filósofo moderno, já que acredita numa racionalidade universal, conquanto essa seja, conforme Mascaró, “possível, na medida do consenso das interações sociais.”¹⁷⁰

Nesse contexto, o alemão entende como equivocado a perda do projeto iluminista, o qual desejava que todos os indivíduos tornam-se esclarecidos, no sentido de pensarem por si próprios, ao mesmo tempo em que possuem um pensamento crítico. Ocorre que o iluminismo que Habermas aspira resgatar não é o que se apresenta como teoria do conhecimento, isto é, que quer demonstrar a verdade aos cidadãos, porém sim o iluminismo enquanto verdade do agir comunicativo, ou seja, que possibilita essa verdade a partir do consenso social¹⁷¹.

Dessa forma, o filósofo pensa em mecanismos sociais que possibilitam esse consenso universal, como a democracia e o direito. De fato, o Direito assume posição central, ao ser um meio essencial para essa formação de consensos democráticos, que se dá em instituições flexíveis, porém respeitáveis. Sem esses consensos, há o derretimento da interação social.

O Direito, então, dentro da teoria do agir comunicativo, conforme Mascaró, “é o *locus* privilegiado do agir comunicativo superior, garantidor da democracia, da liberdade e da interação igualitária entre os sujeitos e os grupos sociais.”¹⁷² A jusfilosofia habermasiana, então, parte de uma perspectiva de salvaguardar o Estado de Bem-Estar social, o qual está em declínio, ou ao menos ameaçado, com o advento de tese neoliberais.

Assim, Habermas caracteriza-se como um juspositivista, porém que não compreende o direito positivo como desprovido de qualquer ética, isto é, numa concepção meramente formal. Logo, o alemão se enquadra como um juspositivista ético.

¹⁶⁹ MASCARÓ, loc. cit.

¹⁷⁰ Ibid., p. 317.

¹⁷¹ Ibid., p. 317.

¹⁷² Ibid., p. 319.

Essa percepção da ética no Direito não é que os conceitos e ordenamentos impostos pelo universo jurídico são verdades universais e absolutas. Longe disso, na realidade, é o processo de criação do Direito, com a sua aplicação, que permitem o reconhecimento da ética nele.

Isso porque ao ser concebido e aplicado, ocorre uma interação social, que é exercida por meio de uma conduta democrática e garantias institucionais, o que permite uma revelação da ética da sociedade. Logo, é o procedimento entre direito e sociedade que mostra a ética jurídica, e não uma norma¹⁷³.

A relação da ética com o direito é, então, aprofundada por Habermas em dois planos. No primeiro, o filósofo explora as possibilidades de que uma democracia aconteça na realidade. Nesse sentido, o direito se mostra como o mecanismo mais eficaz a permitir uma ação reformista por parte da sociedade, ao mesmo tempo em que não autoriza projetos radicais, que terminem com a democracia¹⁷⁴. Em segundo, o alemão observa de maneira histórica o Direito e a política, de modo a captar elementos que os conectem, e concedam sua melhoria.

O Direito, então, não pode ser visto como produzido estritamente pelo Poder Legislativo e aplicado pelo Judiciário. O Direito vai além, já que é formado nessa interação com a sociedade. A filosofia de Habermas reside, dessa forma, na ideia de que o Direito é encontrado no agir comunicativo dos indivíduos, guiado por um princípio moral e outro democrático, que forma, ao final, uma razão¹⁷⁵.

Logo, o Direito é criado e concebido por uma sociedade que interage, e, concomitantemente, ao ser aplicado, permite que novas interações comunicativas surjam. Isso demonstra a posição juspositivista não técnica do Direito habersiana, o qual, na realidade, consiste em uma interação social¹⁷⁶. Ainda, essa interação não é apenas entre cidadãos, como também entre atores sociais coletivos.

Habermas, assim, entende o Direito como central para a produção de consenso na sociedade, e, em última análise, da própria razão. Diante da conflituosa sociedade atual, o filósofo alemão vê como resposta o diálogo direcionado ao entendimento, e, para tanto, é necessário um Direito que, através de procedimentos, permita à chegada a um consenso.

¹⁷³ MASCARO, 2019, p. 320.

¹⁷⁴ Ibid., p. 320.

¹⁷⁵ Ibid., p. 322.

¹⁷⁶ Ibid., p. 322

O filósofo alemão, dessa maneira, é um autor que defende um ponto de vista procedimentalista do Direito. Esse termo precisa ser entendido num contexto pós Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do constitucionalismo democrático e as transformações que causou no entendimento de o que é uma Constituição, bem como nos próprios direitos que passaram a ser constitucionalizados.

Dessa forma, concebeu-se uma nova forma de Estado, o qual é o Estado Democrático de Direito. Quem funda esse Estado é a constituição, a qual passa a ter, de forma positivada, valores materiais, e quem possui a tarefa de efetivar esses agora novos direitos é a jurisdição constitucional.

Além disso, esses valores inseridos na constituição contém o condão de guiar a própria ação estatal, já que a missão do Estado Democrático de Direito é concretizar direitos fundamentais. Assim, o Estado tem a finalidade de cumprir os valores substanciais presentes na parte material da constituição, o que, em outras palavras, significa que a constituição é um instrumento para transformações sociais, através do Estado¹⁷⁷.

O Poder Judiciário, então, nesse novo cenário do sistema democrático, adquire papel mais relevante. Ocorre que Habermas é, primeiramente, crítico da extensa interferência que o Direito começou a exercer na vida social contemporânea. Nesse sentido, para compreender esse novo aspecto do jurídico, o alemão adota uma perspectiva procedimentalista do Direito¹⁷⁸.

Assim, o filósofo indaga como efetivar uma divisão entre os poderes, num contexto de interpretação do Direito, já que nenhum dos poderes pode exercer competências do outro, e, logo, o Judiciário não pode ter atitudes legislativas. De outro lado, ao Legislativo é proibido avaliarem se as decisões judiciais seguem o Direito vigente, bem como o Judiciário não é competente para julgar a constitucionalidade das leis, a qual é prerrogativa dos legisladores¹⁷⁹.

Logo, a efetivação de valores substanciais da Constituição, por meio de uma jurisdição constitucional, transforma o tribunal constitucional, o responsável por essa conduta, em um órgão autoritário. Somado a isso tem-se um enfraquecimento de uma

¹⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 127-128.

¹⁷⁸ Ibid., p. 134.

¹⁷⁹ Ibid., p. 136.

conduta cívica do cidadão, o qual vê, no Judiciário, o depositário de suas expectativas, para a concretização de mudanças sociais¹⁸⁰.

Habermas, assim, é um crítico do próprio modelo de Estado Social, que traz consigo uma ideia de jurisdição intervencionista, ao que ele chama de colonização do mundo da vida. Dessa forma, o Estado Social restringiria o cidadão de certas liberdades, ao mesmo tempo em que garante outras.

Logo, a judicialização da sociedade é destrutiva ao próprio mundo da vida, e, por isso, lesa o agir comunicativo, que tem o objetivo de possibilitar o consenso, enquanto essa judicialização institui um direito-meio que, ao invadir o agir comunicativo, impede o diálogo que leva ao entendimento¹⁸¹.

Dessa forma, Habermas propõe uma democracia constitucional, em que o seu fundamento não são valores pré-concebidos, e sim procedimentos que garantam vontades e opiniões democraticamente construídas, de modo que a identidade dos indivíduos para com a nação passe de um reconhecimento cultural para uma identidade de cidadão.

Ainda, a pluralidades das sociedades contemporânea somadas ao poder econômico e administrativo, que tornam as relações sociais assimétricas, ou seja, faz com que o poder não seja distribuído igualmente entre os cidadãos, obsta uma aplicação direcionada a efetivar valores matérias da constituição.

Diante disso, Habermas sustenta que é necessário uma noção procedimental da Constituição, em que, segundo Streck, “*o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito.*”¹⁸². Assim, a jurisdição constitucional se preocupa em assegurar que o cidadão possa adquirir conhecimento de seus problemas, e como solucioná-los.

Compreender, portanto, segundo Streck, “a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública”¹⁸³, faz, no tocante ao ativismo judicial, que Habermas detenha uma posição em que afirma a necessidade de se observar o caso concreto, para se ter uma discussão adequada.

¹⁸⁰ STRECK, 2002, p. 136-137.

¹⁸¹ Ibid., p. 137.

¹⁸² Ibid., p. 138.

¹⁸³ Ibid., p. 139.

Nos casos, então, em que se tratar de se impor ou não um processo democrático, para se formar politicamente a vontade e a opinião, o Tribunal Constitucional deve assim fazer, até por determinações normativas. Por outro lado, conforme Streck, não pode assumir “o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente.”¹⁸⁴. Do contrário, o Judiciário retiraria a autonomia dos indivíduos, isto é, a capacidade de se autodeterminar.

A tese procedimentalista é criticada por Lênio Streck, ao sustentar que essa teoria não se encaixaria adequadamente em países que, historicamente, não cumpriram direitos sociais. Ainda, como a Constituição de 1988 estabelece objetivos fundamentais para o Estado, em seu art. 3º, os quais faltam ser implementados, torna-se mais complexo a jurisdição constitucional apenas garantir um procedimento democrático, que forme a vontade política de cidadãos¹⁸⁵.

Portanto, para o autor, mais adequado à realidade brasileira é um entendimento substancialista da Constituição, o que, a partir da teoria do direito de Dworkin, será abordado no próximo tópico.

4.3 SUBSTANCIALISMO EM DWORKIN

O norte-americano Ronald Dworkin é um filósofo do Direito, que desenvolveu sua teoria na segunda metade do século XX, cujo contexto jurídico dominante era de um positivismo estrito, isto é, que tendia a negar a aproximação do Direito com a Moral. Nesse sentido, ao tentar definir o que é o Direito, abrem margem a uma discricionariedade judicial, já que, em Hart, ator cuja teoria Dworkin critica, o juiz tem o poder de preencher a textura aberta do Direito, isto é, preencher com suas convicções o que fosse entendido no jurídico como ambíguo¹⁸⁶.

Dessa forma, primeiramente, Dworkin alega que, para além da existência de regras, existem princípios jurídicos. Logo, se até então somente se associava o Direito à lei, redigida e aprovada pelo Parlamento, e, no caso dos Estados Unidos, pelo sistema de precedentes conjuntamente, o jusfilósofo defende que mesmo se não

¹⁸⁴ STRECK, loc. cit.

¹⁸⁵ Id., 2017, p. 124.

¹⁸⁶ SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 143.

existem regras claras para se julgar a lide, ainda assim o juiz deve decidir o caso a partir do Direito.

Assim, diante da situação do que poderia se entender como uma lacuna jurídica, não obstante a parte pode ter direito ao que pede, sem que seja necessário que o julgador legisle.

Assim, Dworkin desenvolve sua teoria, inicialmente, expondo o que é o Direito, através de julgamentos pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos. Utiliza, então, o caso *Riggs vs. Palmer*, em que o neto tinha a pretensão de herdar o previsto no testamento de seu avô. Acontece que, para que isso ocorresse o mais rápido possível, o neto assassinou seu avô. Contudo, não obstante, na legislação sucessória, não constar nenhum impedimento para que ele fosse o herdeiro, o Judiciário de Nova York negou o direito. Isso ao alegar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Em outro caso, *Henningsen vs Bloomfield*, no qual se debatia os limites da responsabilidade de um vendedor, o qual havia colocado cláusula contratual de que o consumidor apenas detinha direito à indenização no caso de defeito na peça do carro, o Judiciário entendeu que, a despeito da cláusula, a responsabilidade do vendedor ia além¹⁸⁷.

Logo, Dworkin intenta demonstrar que a regra de conhecimento elaborada por Hart, para se identificar quais são as regras jurídicas válidas, é insuficiente. Com efeito, nas lides descritas acima, foram utilizados princípios para se julgar, algo que não se encaixa na regra de reconhecimento do positivismo jurídico.

Dessa forma, regras e princípios são diferentes, já que as regras prescrevem situações determinadas em que ou ela é válida, ou não ajuda em nada para julgar. Enquanto os princípios não descrevem contextos e circunstâncias precisas de suas aplicações, constituindo-se como guia racional que conduz uma decisão para aquele ou esse caminho¹⁸⁸.

Importante para entender o aspecto substancialista em Dworkin é que os princípios são morais, logo são encontrados nos valores que unem uma comunidade política ao longo do tempo, ou seja, não são encontrados na legislação. Assim, a divisão entre o moral e o jurídico torna-se artificial¹⁸⁹. Por isso, então, que os juízes

¹⁸⁷ SGARBI, 2020, p. 160.

¹⁸⁸ Ibid., p. 161-162.

¹⁸⁹ Ibid., p. 164.

têm o dever de procurar o direito das partes, mesmo quando não há regras, ou decidir de modo o que, a princípio, poderia parecer contrário a elas.

A partir desse ponto, Dworkin alude ao que chama de casos difíceis, situação a qual não há uma regra para se julgar a lide. Para resolvê-los, usa-se princípios, porém o norte-americano faz uma diferenciação entre argumentos de política e argumentos de princípio. Enquanto aquele é o fundamento de uma decisão política que visa à promoção de um bem coletivo, este é a base de uma decisão política que tem como escopo assegurar direitos individuais ou coletivos.

Para o jusfilósofo, dessa maneira, os magistrados devem abster-se de julgarem com base em argumentos de política, já que pretendem estabelecer direitos. Logo, devem se fundamentar em argumentos de princípios¹⁹⁰.

Diante desse cenário, percebe-se que a questão da discricionariedade judicial poderia ser a regra nas aplicações. Contudo, ao contemplar essa hipótese, dissectiona sua tese sobre a discricionariedade. Existem, dessa forma, para Dworkin, uma discricionariedade forte e fraca, as quais se manifestam em três cenários distintos.

O primeiro é a circunstância em que não há uma solução pelo método da subsunção ao caso concreto, e, por isso, é necessário um discernimento por parte do julgador, o que constitui uma discricionariedade fraca. Em segundo lugar, igualmente como um ato discricionário fraco, tem-se a conjuntura de quem toma uma decisão de forma definitiva, isto é, irreversível.

Por último, como hipótese de discricionariedade forte, está a situação em que o julgamento se dá sem a imposição de um critério explícito a ele, porém cercam essa decisão critérios implícitos que permitem afirmar que ela não é arbitrária. Para ilustrar essa situação, ele usa o exemplo do sargento a quem é atribuído a tarefa de escolher cinco homens para patrulha¹⁹¹.

À frente disso, Dworkin alude que os juízes não praticam discricionariedade forte, ou fraca, como o positivismo jurídico teoriza, ao permitir atitudes discricionárias dos juízes. Assim, os magistrados, diante da falta de regras, recorrem a princípios para julgar, e, de toda forma, os juízes não inventam direitos, já que sempre há uma resposta adequada, dada pelos princípios, e, que, como pré-existentes, são descobertos, não criados¹⁹².

¹⁹⁰ SGARBI, 2020, p. 165-166.

¹⁹¹ Ibid., p. 167-168.

¹⁹² Ibid., p. 169-172.

Soma-se a isso a contradição que Dworkin identifica em declarar que alguém tem direito, e, ao mesmo tempo, afirmar que esse é criação judicial. Portanto, segundo o norte-americano, se os magistrados reconhecem o direito de alguém, somente pode-se falar em um direito jurídico, baseado em leis ou princípios, o que requer uma decisão em favor da parte¹⁹³.

Ainda, para demonstrar como o intérprete não cria direitos, e que há uma solução adequada para todo embate jurídico, o norte-americano traz a sua teoria a ideia do juiz Hércules. Nela, Dworkin desenvolve, com fins didáticos, a figura de Hércules, o qual seria um juiz sobre-humano, que consegue achar a solução correta ao caso, ao formular para ele uma teoria do direito, capaz de, segundo Sgarbi, “encontrar princípios aplicáveis que façam parte do Direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade em apreço.”¹⁹⁴.

Essa teoria, então, pode ser analisada diante da dimensão de adequação e de justificação. Enquanto esta expõe do ponto de vista moral, aquela examina o quão adequado é a teoria frente à história, através da quantidade de decisões que entende como erradas. Se essas dimensões discordarem quanto ser a teoria a melhor ou não, a teoria a ser aplicada deve ser a de mais robustez moral¹⁹⁵.

Dworkin ainda sustenta que os precedentes possuem uma força gravitacional, causada pelos princípios que a guiam, e, por isso, são levadas em consideração em decisões judiciais posteriores. Dessa forma, o julgamento de Hércules ocorre numa teia inconsútil, isto é, inserido numa comunidade de princípios, em que, ao decidir, devem ser observadas as leis e os precedentes, de modo a não causar dano a essa teia em que o juiz se encontra¹⁹⁶.

Assim, Dworkin visa a comprovar que o magistrado não é discricionário em sua decisão, e, pelo contrário, está atrás da única solução jurídica adequada ao caso, composta por direitos preexistentes que formam a esfera jurídica de uma das partes. Toda essa argumentação é apresentada no livro de Dworkin *Levando os Direitos a Sério*.¹⁹⁷

¹⁹³ SGARBI, 2020, p. 172.

¹⁹⁴ Ibid., p. 173.

¹⁹⁵ Ibid., p. 173.

¹⁹⁶ Ibid., p. 176.

¹⁹⁷ Ibid., p. 177.

O pensamento de Dworkin é aperfeiçoado, posteriormente, com a publicação de seu livro *O Império do Direito*, em que apresenta novos conceitos e ideias, as quais serão abordadas a partir de agora.

Primeiramente, o jusfilósofo faz a advertência de que sua teoria tem limitações, já que considera o exercício do direito praticado somente pelos magistrados, bem como não se preocupa com questões de fato, apenas de Direito, e, por fim, também não cuida de situações em que o juiz deixa de aplicar o Direito, por motivos particulares¹⁹⁸.

Esclarecido esse ponto, inicialmente, o norte-americano parte do tema de desacordos jurídicos, pois entendia que, até então, o debate caía na armadilha do aguilhão semântico. Isso consistia em entender o Direito como algo fático, objetivo, e, então, quando se tratava de analisar conceitos jurídicos, propunha-se enunciados verificáveis de serem verdadeiros ou falsos, e a discordância, dessa forma, acontecia em contextos de zonas cinzentas.

Diante desse quadro, Dworkin defendeu que o Direito não é algo objetivo e que os conceitos jurídicos não são convenções sociais. Pelo contrário, os conceitos decorrem de interpretações, e, por isso, ao se discordar de algo, é necessário primeiramente haver convergência no que se entendeu como a pergunta, para então a resposta divergente ser um desacordo real. Se não, é uma disputa falsa, já que a resposta é para perguntas diferentes.

Dito isso, classifica-se as disputas jurídicas em de fato, de direito e morais. As de fato divergem acerca dos eventos concretos relacionados ao caso, e as morais, em relação ao que é correto. Por sua vez, as jurídicas são mais complicadas de se identificar, porquanto se diverge não só no direito aplicável, porém também no que consiste o próprio Direito. Nesse sentido, é preciso realizar uma interpretação construtiva, e deixar de lado teorias que levam ao aguilhão semântico¹⁹⁹.

Diante desse contexto, Dworkin sustentou que o Direito deve ser compreendido como prática social, ou seja, não é formado por enunciados prescritivos. Assim, para entender essa prática social, observa-se o que os operadores do Direito fazem com esse, em especial os magistrados, os quais têm o papel mais relevante nessa seara,

¹⁹⁸ SGARBI, 2020, p. 178-179.

¹⁹⁹ Ibid., p. 180-183.

assim como analisa-se o sentido e a finalidade dessa prática. Outro ponto é a regularidade e os fatos a que a prática social está relacionada²⁰⁰.

Desse modo, o filósofo alude que é necessário, na prática social, identificar algo que agregue o ponto inicial dos diferentes pontos de vista, ao que ele chama de conceito. Com o local de partida igual, as opiniões divergentes que provêm disso são as concepções. No Direito, esse esquema significa que, quando se debate qual interpretação do Direito é a mais adequada, está se discutindo as concepções acerca do conceito de Direito que está em disputa²⁰¹.

Assim, para Dworkin, Direito é uma prática social interpretativa, o qual caracteriza-se como seu conceito. Importa, então, esclarecer o que é interpretação, já que essa faz parte da concepção. Nesse sentido, são possíveis três tipos de interpretação, as quais são a científica, a conversacional e a literária ou artística.

Enquanto a científica trata da interpretação dos fenômenos naturais e suas causas, a conversacional é sobre interpretar a fala de outra pessoa, com as suas intenções. Dessa forma, a artística possui um pouco das duas, já que o intérprete pode se desconectar do criador da obra, porém objetiva mais entender as intenções do que as causas da arte. Logo, quem interpreta quer compreender o sentido total da obra, não em partes.

Dworkin, diante disso, sustenta a hipótese estética, em que, ao interpretar, tem-se como escopo revelar a obra de arte em sua melhor forma, ou seja, mostrar o melhor jeito de se ver aquela obra. Ainda, é uma interpretação criativa e construtiva, na medida em que quer demonstrar os propósitos²⁰².

Essa interpretação construtiva, cabível no Direito, se baseia no entendimento de que, quando se tem uma regra, que é aplicada na prática, faz com que essa regra necessite ser reinterpretada frente às situações que surgem. Para tanto, a prática dessa regra detém um valor e uma finalidade, e interpreta-se, então, para que se veja a prática da melhor forma possível e, assim, resultar numa nova interpretação, que respeite a antiga²⁰³.

De modo a detalhar essa interpretação construtiva, Dworkin separa-a em três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. A etapa pré-interpretativa

²⁰⁰ SGARBI, 2020, p. 183-184.

²⁰¹ Ibid., p. 184-186.

²⁰² Ibid., p. 186-188.

²⁰³ Ibid., p. 188-190.

é aquela em que se identifica as normas aplicáveis à prática, o que a constitui no conceito, isto é, o ponto de partida em comum dos intérpretes. Ela não deixa de requerer interpretação, apenas precisa de um consenso alto.

Por seu turno, na etapa interpretativa, analisa-se os dados reunidos na etapa antecedente, e concede-lhes um sentido que objetiva ser homogêneo, por meio de uma justificativa que não cria uma nova prática, mas sim interpreta a prática. Por fim, na fase pós-interpretativa, através do que se entendeu, na fase anterior, como a justificava da prática que melhor se apresenta, aplica-se essa justificativa ao objeto que se entendeu interpretar desde o início²⁰⁴.

Outrossim, outro aspecto para compreender o Direito como prática social é o que Dworkin chama de romance em cadeia. Essa ideia sustenta a hipótese de um romance em que os capítulos são escritos por diversos autores, o que faz com que cada romancista tenha que interpretar os capítulos já escritos, de forma a retirar um sentido, e, assim, continuar a obra na sua melhor fluidez.

O intérprete do Direito deve se comportar da mesma forma, isto é, deve interpretar os valores da comunidade e observar as decisões jurídicas antepassadas de magistrados, de modo a não ferir esse contínuo da prática jurídica. Para verificar qual interpretação é a melhor, Dworkin institui a dimensão da adequação, em que o novo “capítulo” deve ser adequar aos anteriores, e da interpretação, a qual consiste em se escolher a melhor interpretação que se conforma ao todo²⁰⁵.

Ademais, o jusfilósofo preocupa-se em desenvolver uma teoria do Direito que melhor justifica a força estatal. Assim, estabelece a tese do Direito como integridade, o que é entender o Direito como algo coeso, íntegro, e interpretar os casos à luz dessa integridade. Nessa perspectiva, além da atividade do juiz, importa também a atividade do legislador, de igualmente manter essa coesão no Direito.

Dworkin, ainda, estabelece exigências de integridade, quais sejam a equidade, que exige uma vida política que permite participação, a justiça, princípios morais, que fundamentam um ato legislativo, aceitos pelo Direito, e, por último, o devido processo legal adjetivo, que é a observância dos procedimentos para aplicação do Direito.

Por fim, para a integridade ser atendida, Dworkin instituiu cânones interpretativos: de adequação e justificação. Este remete à necessidade de se atender

²⁰⁴ SGARBI, 2020, p. 190-192.

²⁰⁵ Ibid., p. 192-194.

as exigências de integridade, enquanto aquele prescreve que, ao interpretar, deve-se atentar para os dispositivos jurídicos já disponíveis, como os precedentes²⁰⁶.

Diante dessa teoria do Direito de Dworkin, percebe-se o seu perfil substancialista, no sentido de o Judiciário cumprir Direitos. Logo, ao contrário do procedimentalismo de Habermas, a jurisdição constitucional não deve se preocupar somente em garantir um processo democrático na formação da vontade política, mas sim identificar os direitos dos envolvidos e garantir aos seus titulares a sua efetividade.

Dessa forma, na noção de Direito como prática social e integridade, cabe ao juiz buscar, através dos princípios comunitários, das leis e dos precedentes, os direitos dos envolvidos, mesmo que não explícitos, e assegurar seus cumprimentos. O juiz, então, deve sempre buscar a única resposta certa ao caso.

No entanto, essa posição substancialista não significa aprovar o ativismo judicial, já que defender que o Judiciário efetue direitos não implica em permitir discricionariedade judiciais, já que essa, conforme Streck, “deve ser observada como um problema de atuação ativista por parte do Poder Judiciário, ao ponto de causar graves prejuízos à democracia brasileira por meio de decisões voluntaristas.”²⁰⁷.

Com efeito a teoria de Dworkin tem o ímpeto de combater a discricionariedade forte encontrada nas teorias positivistas, e, portanto, fica claro a ausência de uma posição ativista no substancialismo de Dworkin.

Assim, após uma análise do princípio da separação de poderes, cláusula pétrea da Constituição Federal, com a teoria democrática de Dahl e a teoria do Direito de Habermas, com visão procedimentalista, e de Dworkin, com perspectiva substancialista, é possível realizar um balanço da compatibilidade da democracia com o ativismo judicial, o que será realizado no próximo tópico.

²⁰⁶ SGARBI, 2020, p. 197-201.

²⁰⁷ STRECK, 2017, p. 119.

5 CONCLUSÃO

Realizou-se essa pesquisa com vistas a debater a compatibilidade entre o ativismo judicial e a democracia, temas centrais para a vida em sociedade atual, já que a democracia é o regime político que tem processos coletivos de decisões comunitária e garante direitos fundamentais. Logo, para quem defende direitos, não há como escapá-la.

O ativismo judicial, por seu turno, ao se manifestar na conduta de detentores de poder, os magistrados, encosta em elementos da democracia, e por isso, indaga-se se essa conduta dos juízes, a qual é individual, seria conciliável com um regime em que as decisões devem ser, além de coletivas, consensuais, na medida do que a maioria concorda.

Correlato aos dois assuntos, está o Direito, responsável por estruturar e ordenar o Estado e o regime democrático, assim como o processo de deliberação coletiva, que leva à própria formação do Direito que será aplicado no meio social. Essa aplicação, em última análise, será feita por intermédio do Poder Judiciário, e, logo, condutas ativistas por parte desse tem impacto no Direito também.

Assim, a discussão da relação entre ativismo judicial e democracia passa pelo Direito, porquanto esse regula tudo na sociedade contemporânea, mesmo que seja apenas para dizer que algo é permitido, nem proibido nem mandatório.

Dessa forma, para se chegar a uma resposta, o presente trabalho inicialmente se debruçou sobre o princípio da separação de poderes, através de sua formação histórica e reformulação que passa na contemporaneidade, bem como da sua correlação com o princípio de freios e contrapesos.

Verifica-se, assim, que a separação de poderes, como base pilar do constitucionalismo moderno, é fundamental para frear o poder dos agentes estatais. Logo, abdicar ou relativizar esse princípio é abrir margem a abusos do Estado, perpetrados pelos detentores de poder.

Como a Constituição de 1988 estabeleceu como cláusula pétrea a divisão dos poderes, no ordenamento jurídico brasileiro, é essencial que ele seja seguido. Dessa forma, ele impõe que o Poder Judiciário aplique o Direito, produzido democraticamente nas instâncias legislativas.

Agir de forma contrária é violar a Constituição, e, para além disso, uma ruptura dos freios e contrapesos, pois se os juízes, em suas decisões, julgarem conforme suas

preferências, cristaliza-se um abuso de poder, já que usufruem de sua posição para impor soluções não aprovadas pela maioria, fruto de posicionamento individual.

Essa posição torna-se mais complexa por se situar dentro de um regime democrático, em que as decisões comunitárias estão a cargo da coletividade, não podendo uma pessoa determinar o rumo para toda uma sociedade, de maneira arbitrária.

Portanto, são nos Poderes Executivo e Legislativo que se dirimem as principais pautas sociais. Contudo, desde o advento da Carta Magna de 88, esses poderes se revelaram incapazes de efetivar os direitos previstos por ela. Isso, junto com as competências judiciais atribuídas por ela, tornaram o Judiciário relevante do ponto de vista político, já que, responsável por efetivar direitos, passou a intervir mais na vida social.

Soma-se a isso a crise da democracia que o Brasil sofre desde meados do começo da década de 10, com que o ativismo judicial adquire relevância de outro patamar. Isso porquanto quando os pilares da democracia estão sob pressão, são necessárias condutas democráticas para reforçá-los.

Para se examinar esses pilares democráticos, trouxe-se a teoria política de Robert Dahl, pensador da democracia. Vê-se, dessa forma, que a democracia, em seus ideias, exige diversas garantias, dentre as quais liberdades políticas, para que os cidadãos possam contribuir na solução dos problemas comunitários.

Ainda, em seu aspecto mais empírico, importa ao regime democrático a estabilidade que o sistema constitucional pode trazer, em especial a possibilidade de responsabilizar governantes, já que esses não governam para si, e sim para o povo. Nesse sentido, a posição da Suprema Corte norte-americana é significativa no seu papel social, porquanto Dahl afirma ser ela incumbida de formular políticas públicas, o que tem potência para refletir na estabilidade da democracia.

Logo, numa democracia, é significativo a forma como os juízes atuam, tanto pela sua própria estabilidade, quanto pelos seus fundamentos, pois é questionável se pode-se chamar de democrático, um regime em que os magistrados julgam de forma contrária ao que deliberou a coletividade.

Ainda, ao decidirem fora do Direito, o Poder Judiciário retira do povo a capacidade de se mobilizar para ver sua vontade aprovada, já que basta recorrer ao Judiciário que esse, por meio de uma decisão, a realiza.

Essa atitude, então, é entendida como ativismo judicial, que diferencia-se do fenômeno da judicialização da política, consequência da realidade da sociedade atual. Essa judicialização consiste na busca, através do Judiciário, da efetivação de direitos, o que não implica em os juízes serem ativistas.

Nesse contexto, o ativismo judicial dialógico, pelo qual o Supremo Tribunal Federal resolveria litígios estruturais, em especial pela promoção de um diálogo entre setores da sociedade, mostra-se nocivo, já que não respeita a separação de poderes, bem como fere a possibilidade de uma participação efetiva da população, já que a população não influencia de modo eficaz a tomada dessas decisões.

Verifica-se, assim, que o ativismo judicial, em todos os seus aspectos, compromete nossa democracia, ao invés de fortalecê-la, já que abala as suas estruturas mais fundamentais, ao não respeitar as deliberações da maioria, isto é, o Direito aprovado, e prejudica uma participação efetiva dos cidadãos, já que esses não influenciam na formação e determinação da ordem jurídica, que lhes governa.

Ademais, a politização do judiciário, igualmente, não é sinônimo de ativismo judicial, e ocorre quando o Judiciário tem poder para interferir na política. Nas sociedades contemporâneas, essa atitude se cristaliza quando se atribui ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis. Como no Brasil o controle é difuso e concentrado, com várias ações passíveis de serem acionadas, destinadas a realizar esse controle, incrementa-se a capacidade do Judiciário de intervir na política.

Isso faz com que se seja pertinente a forma como se pretende tratar a Constituição. Nesse seara, tem-se a filosofia do Direito de Habermas, o qual entende que o Judiciário, em particular o Tribunal Constitucional, deve zelar para que sejam observados processos democráticos de formulação da vontade política dos cidadãos. Logo, é uma visão procedimentalista, que, em relação ao ativismo judicial, não vê com bons olhos o Tribunal ser visto como local para implementar políticas públicas, e, por outro lado, como imperativo que seja garantido um processo democrático.

Por sua vez, a teoria de Direito de Dworkin sustenta que o juiz deve sempre buscar efetivos direitos, mesmo que não expressos na lei. Possui, assim, uma postura substancialista, de garantir direitos, conquanto isso não signifique entender o ativismo judicial como positivo. Pelo contrário, Dworkin, por meio de sua teoria, pretende combater discricionariedades judiciais.

Vê-se, desse modo, que a democracia brasileira é incompatível com posturas judiciais ativistas, já que, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, é preciso

que o império do Direito prevaleça. Isto é, a democracia instituída pelo Direito, na Constituição de 1988, prega que o poder é do povo, que delibera e democraticamente aprova o Direito vigente.

Ainda, sendo os poderes divididos, com escopo de evitar abusos, princípio o qual é pilar do Estado brasileiro, é impreterível que os magistrados cumpram com suas funções, ou seja, aplicar o Direito, não suas preferências pessoais. De todo modo, para efetivar Direitos não são necessários posturas ativistas, como a teoria de Dworkin demonstrou.

Dessa forma, espera-se que o Brasil se torne um país cada vez mais democrático, em que seus cidadãos têm seus direitos garantidos, sem sofrer abusos, devido a uma concreta separação de poderes, em que os detentores de poder agem conforme, e devido à prevalência, do império do Direito.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**, volume 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rosseau, “o Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/164696/mod_resource/content/1/Francisco%20Weffort%20-%20Os%20Classicos%20da%20Politica%20Vol.%2001.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de Informação legislativa**. Brasília, a. 45, n. 180, p. 65-75, 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176563/000860606.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.

ARANTES, Rogério B. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Org.). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. da UNESP, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Série IDP).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 03 maio 2021.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. 2. ed rev. e ampl.. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1997. (Clássicos, 9).

_____. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed. da UNB, 2001.

_____. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. Tradução: Grupo Primacy Translations. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, 1 maio 2009.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: Direito e conjuntura. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Os artigos federalistas**, 1787-1788: edição integral. Tradução de Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

KOERNER, Andrei. Política, Direito e Judiciário – centralidade e ambivalências do jurídico na ordem constitucional de 1988. In: AMARAL, Oswaldo E.; HOLLANDA, Cristina Buarque; VEIGA, Luciana Fernandes. (Org.). **A constituição de 88**: trinta anos depois. Curitiba: Ed. da UFPR, 2018.

KOZICKI, Katya; BROOKE, B. M. S. V. D.. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 53, p. 147-181, 2018.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**, volume 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rosseau, “o Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/164696/mod_resource/content/1/Francisco%20Weffort%20-%20Os%20Classicos%20da%20Politica%20Vol.%2001.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LYNCH, Christian. A utopia reacionária do governo Bolsonaro (2018-2020). **Insight Inteligência**. Rio de Janeiro, ano 22, n. 89, p. 21-40, 2020. Disponível em: <<https://www.insightinteligencia.com.br/pdfs/89.pdf>>. Acesso em 06 de novembro de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Consultor Jurídico**. s. p. 28 maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira?imprimir=1>>. Acesso em: 09 set. 2020.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Filosofia do direito**. 7 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202. nov. 2000.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**, volume 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/164696/mod_resource/content/1/Francisco%20Weffort%20-%20Os%20Classicos%20da%20Politica%20Vol.%2001.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

OLIVEIRA, Fábio de; STRECK, Lênio Luiz. Art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. E o desembargador Rangel decidiu conforme sua consciência! **Consultor Jurídico**. s. p. 02 jul. 2020a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/senso-incomum-desembargador-rangel-decidiu-conforme-consciencia>>. Acesso em: 22 out. 2020.

_____. E respondi a Moro: 'Bah, com juízes como você, prefiro o originalismo'. **Consultor Jurídico**. s. p. 01 out. 2020b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-01/senso-incomum-respondi-moro-bah-juizes-voce-prefiro-originalismo>>. Acesso em: 22 out. 2020.

_____. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**. s. p. 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftnref7>. Acesso em: 03 maio 2021.

_____. Pergunta: Palavras importam? Retirar "ofício" ou "livre" importa? **Consultor Jurídico**. s. p. 08 out. 2020c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-08/senso-incomum-pergunta-palavras-importam-retirar-oficio-ou-livre-importa>>. Acesso em: 22 out. 2020.

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