

**SOCIEDADE EDUCACIONAL DE SANTA CATARINA
UNISOCIESC – BLUMENAU/SC**

EDUARDO SANTOS MATOS ROCHA

**DIREITO DE CONVENIÊNCIA: UMA ANÁLISE DO PROTAGONISMO DO
PODER JUDICIÁRIO NAS DECISÕES DA VIDA POLÍTICA BRASILEIRA**

Blumenau/SC

2021/1

EDUARDO SANTOS MATOS ROCHA

**DIREITO DE CONVENIÊNCIA: UMA ANÁLISE DO PROTAGONISMO DO
PODER JUDICIÁRIO NAS DECISÕES DA VIDA POLÍTICA BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso *Lato Sensu* em Direito,
apresentado ao Centro Universitário Sociedade Educacional de
Santa Catarina – Unisc/Blumenau, como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Tiago Meyer Mendes

Blumenau/SC

2021/1

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende analisar os impactos do protagonismo do Poder Judiciário no contexto político brasileiro, alicerçado essencialmente em uma busca pela concretização dos valores constitucionais sonogados desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Propõe-se a ponderar os efeitos do neoconstitucionalismo de matriz filosófica pós-positivista no modelo nacional, no qual a judicialização da política é característica inerente a uma Constituição analítica que favorece o amplo controle de constitucionalidade pelo Judiciário. E como decorrência direta, e não única, de tal fato, uma politização da Justiça, que assume o *locus* dos poderes representativos em razão da inércia e ausência de tecnicidade do Executivo e do Legislativo – imersos em prolongada crise, com sucessivos escândalos de corrupção como Mensalão e Lava-Jato. Na atual conjuntura, o agigantamento de um poder soberano que opta por expandir sua capacidade interpretativa em função da atividade jurisdicional mais fortemente pautada na hermenêutica de princípios e valores abstratos, propicia a proliferação de um Direito de Conveniência, supostamente empregado em razão do interesse da coletividade, mas que permite a aplicação de normas ao sabor da ocasião e em consonância com os interesses de grupos de poder.

Palavras-chave: Direito de Conveniência. Politização do Poder Judiciário. Judicialização da política. Ativismo judicial. Hermenêutica de princípios. Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO 1 - A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 APÓS 30 ANOS DE SUA PROMULGAÇÃO	08
1.1 - Do positivismo clássico ao pós-positivismo à brasileira.....	08
1.2 - A atuação judicial no modelo Brasil.....	12
1.2.1 - O dever-ser do judiciário clássico	14
1.2.2 - O dever-ser do judiciário moderno.....	16
1.2.3 - O pós-positivismo contemporâneo	20
1.2.3.1 - Influência no Judiciário brasileiro.....	23
CAPÍTULO 2 - A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	26
2.1 - De reprodutores a operadores do Direito: um Judiciário hermeneuta...26	
2.1.1 - Caso Lula (HC 152752)): possibilidade de execução antecipada da pena após confirmação da sentença condenatória em 2º grau de jurisdição (“prisão em segunda instância).....	31
2.1.2 - Veto do STF a nomeações de Ministros e do Diretor-Geral da Polícia Federal: princípio da separação dos poderes x finalidade do interesse público	34
2.2 - A Constituição e os efeitos da judicialização da política na vida social brasileira	40
CAPITULO 3 – O PROTAGONISMO JUDICIAL E O SURGIMENTO DE UM DIREITO DE CONVENIÊNCIA	43
3.1 - Ativismo judicial: uma incursão não autorizada sobre o núcleo de atribuições dos demais poderes constituídos.....	44
3.2 - Direito de Conveniência: a necessidade e os riscos de um Judiciário protagonista das grandes decisões da vida social brasileira	50
3.2.1 – Mas, afinal, o que é Direito de Conveniência?.....	52

3.2.2 - Afastamento do texto legal, guerra de narrativas e a insegurança jurídica.....	55
3.2.3 – A ameaça aos direitos e garantias fundamentais.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

A independência e a harmonia dos Três Poderes são princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, insculpidos no artigo 2º da Carta Magna brasileira, em alusão à teoria da separação dos poderes de Montesquieu, gravada como cláusula pétrea do nosso ordenamento jurídico pelo constituinte originário por força do artigo 60, §4º, inciso III. Prestam-se, essencialmente, a evitar a concentração do poder estatal, atribuindo esferas de atuação típica a Executivo, Legislativo e Judiciário para que, ao final, tenha-se como resultado o melhor funcionamento da máquina pública. Contudo, este mecanismo admite atuação por exceção, situação na qual os poderes exercem funções atípicas que se inserem no âmbito de competência preponderante de outros poderes, sendo exigido, inclusive, que uns atuem na falta dos outros com o objetivo maior de manter em plena atividade o Estado Democrático de Direito.

Mas, e quando o poder técnico assume lugar dos poderes representativos passando a intervir mais constantemente em questões da vida política e social do país? O estado de letargia da máquina estatal autorizaria o surgimento de um superpoder a fim de que sejam concretizados os valores e princípios pactuados com o Povo no contrato social assinado em 05 de outubro de 1988? Para parte dos integrantes do Poder Judiciário, sim. É dever constitucional suprir as lacunas deixadas pelos poderes políticos frente à prolongada crise institucional que assola o Executivo e o Judiciário, incumbindo-lhe muitas vezes o papel majoritário de interpretar constitucionalmente os sentimentos do Povo, “empurrar a história” e fazer acontecer.

Nas eloquentes palavras de Luís Roberto Barroso (2015, p. 26), “a democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões”, incumbindo ao Judiciário, neste caso representando por sua Corte Suprema, assegurar as políticas públicas quando da inércia do processo político.

Tal percepção é em boa parte fruto de um rompimento com o positivismo clássico e o hermético sistema normativo lógico idealizado por Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*. A ideia de uma hermenêutica de princípios emanada do pós-positivismo como matriz filosófica de uma tendência neoconstitucionalista inaugura uma nova jurisdição constitucional que permite a interpretação extensível do texto da Constituição. É preciso ir além da mera aplicação dos dispositivos legais, extraíndo o máximo potencial da norma, expandindo o seu sentido e seu alcance.

É esta a preocupação central do presente trabalho de conclusão de curso, o qual se propõe a ponderar os efeitos da escolha por uma jurisdição proativa no surgimento de um Direito de Conveniência, aplicado em consonância com os interesses dos grupos de poder em face da imersão do Judiciário no universo político e da possibilidade de interpretação das normas para além das amarras legais. Neste contexto, a subjetividade do julgador dita mais livremente os parâmetros de decisões fortemente amparadas em princípios e valores abstratos, com influência direta nos rumos de toda a sociedade brasileira.

CAPÍTULO 1 – A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 APÓS 30 ANOS DE SUA PROMULGAÇÃO

1.1 – DO POSITIVISMO CLÁSSICO AO PÓS-POSITIVISMO À BRASILEIRA

Passadas três décadas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a busca pela concretização dos valores constitucionais tem norteado o discurso de legitimação de um Poder Judiciário crítico, de papel político, protagonista das principais decisões do Estado Democrático de Direito. Alicerçado no objetivo de efetivar os ideais constitucionais, tem-se observado a disseminação do fenômeno da interpretação expansiva do texto da Carta Magna, com liberdade quase que irrestrita diante da análise de normas abertas, valores e princípios abstratos.

Não raro, as decisões judiciais têm afastado o texto legal, fundamentando-se mais fortemente em princípios, amparadas pela superação do positivismo formalista. É que, com o passar dos anos, o modelo brasileiro tem migrado do positivismo clássico, de maior rigor formal e atuação judicial adstrita à lei – primordial em razão do momento histórico da promulgação da Constituição de 1988 –, para o neopositivismo, este baseado na ideia de uma hermenêutica jurídica dos princípios norteadores do Direito.

O movimento neopositivista, pós-positivista ou neoconstitucionalista, a depender da doutrina adotada, se caracteriza por conferir maior relevância aos valores e aos direitos fundamentais, identificando um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito. Para Barroso (2003), um dos expoentes do modelo em âmbito nacional, a questão transcende a mera discussão jurídica:

Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Comele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.
(BARROSO, 2003, p. 47)

Diante do fenômeno apontado, observa-se a migração para um sistema no qual se entende necessário papel ativo do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões de interesse social, com amplo alcance político, na implementação de políticas públicas e mesmo em temas controvertidos do ponto de vista moral, a exemplo das recentes atuações da Corte Suprema na análise de temas relativos ao aborto e à união homoafetiva.

Neste sentido, há duas correntes principais de atuação no país: a da politização da justiça, a qual compreende novas atribuições aos juízes, com funções de natureza política, decorrentes de expressa previsão constitucional ou da abertura de suas normas; e ainda a do ativismo judicial, que implica na extrapolação dos limites impostos pelo ordenamento jurídico com a finalidade maior de concretizar valores.

Seja como for, ambas valorizam uma atuação judicial desprendida do rigor formal positivista clássico, conferindo ao Poder Judiciário atribuição que vai além da simples aplicação legal, interferindo diretamente, inúmeras vezes, na atuação dos demais Poderes constituídos. A observação de Moreira (2018) é elucidativa neste sentido:

Barroso (2012, p. 6) associa o ativismo judicial à uma atitude, define o fenômeno como uma escolha do Judiciário de interpretar a Constituição de forma proativa, expandindo seu alcance e interferência na atuação dos outros dois Poderes, que ocorre, normalmente, em um contexto social de retração e insatisfação popular com os poderes representativos. Para o autor, tal cenário faz com que o Judiciário seja chamado para participar de forma mais intensa para concretizar os valores constitucionais.
(MOREIRA, 2018, p. 216)

A autora também faz menção à concepção mais contundente de Streck (2007, p. 39-40), que defende um certo grau de interferência do Judiciário nos outros Poderes como manifestação democrática dirigida à correção de falhas e omissões dos poderes políticos. O próprio Barroso (2012) atenta para a linha tênue que divide Direito e Política:

Direito é política no sentido de que: a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; b) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; c) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.
(BARROSO, 2012, P. 29)

Para o Ministro, a Constituição serve como interface entre o universo político e o jurídico, no intuito de submeter o poder a valores balizadores do Direito, como segurança, Justiça e bem-estar social. E arremata: “Sua interpretação, portanto, sempre terá dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente” (BARROSO, 2012, p. 29).

O fato é que tal dimensão política é também fruto da lacuna criada a partir da crise de confiança nas instituições democráticas, sobretudo nas instâncias representativas, com o desgaste flagrante dos poderes Executivo e Legislativo mediante sucessivos episódios de corrupção e desrespeito aos limites impostos aos seus membros – a exemplo da Lava-

Jato, Mensalão e dos seguidos *impeachments* –, o que se agrava sobremaneira diante da prolongada crise econômica que assola o país ao menos desde 2013 e, mais recentemente, com a pandemia do Sars Covid-2, mais conhecido como Covid-19 ou Coronavírus.

Note-se que a transição do positivismo clássico para o neopositivismo acompanha, ainda, o processo de amadurecimento jurídico-político iniciado com a redemocratização, fenômeno que fortaleceu o Poder Judiciário, expandindo suas atribuições em decorrência do aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira.

Por outro lado, a Constituição de 1988 é analítica, trazendo para o âmbito jurídico matérias anteriormente tratadas no processo político majoritário. Assim, a politização do Judiciário é acompanhada, ainda, de uma judicialização da política, e o debate de questões cruciais à sociedade deixa o ambiente da representação popular para povoar os gabinetes de juízes, desembargadores e ministros. Em plenário, o Supremo discute, com pouca ou nenhuma participação popular, temas de grande relevância social, ampliando ou ainda restringindo direitos individuais à luz da interpretação do texto constitucional.

Barroso (2012, p. 24) resume bem o contexto atual: “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”.

Não parece difícil perceber os riscos da confluência de atribuições no Judiciário, desequilibrada a balança entre os Poderes. Diante do aumento da demanda e da relevância das questões, um “SuperPoder” passa a ser o centro das decisões do Estado Democrático de Direito, determinando os rumos da vida política brasileira. Cabe, então, a analogia: “e quem censura o censorador?”.

Desequilibrado o sistema de freios e contrapesos, o Judiciário vem ampliando sua capacidade interpretativa do texto constitucional sob o pretexto de efetivar valores, ainda que por vezes sacrificados os direitos individuais. Abre-se, portanto, perigosa janela para a proliferação de um “Direito de Conveniência”, supostamente empregado em razão do interesse social, mas que possibilita a compreensão das normas ao sabor da ocasião e em consonância com os interesses dos grupos de poder. É a subjetividade dos julgadores, já mencionada na citação de Barroso supra, que tem conduzido ainda mais livremente os juízos de valor, em decisões que por vezes consideram mais fortemente um suposto bem-estar da coletividade em detrimento do Direito posto em si.

Um bom exemplo é o do julgamento em Plenário pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade da prisão após “condenação em segunda instância”. Suscitada a discussão quando da impetração de *Habeas Corpus* pela defesa do ex-presidente Lula,

em 2018, os Ministros confirmaram tese autorizando o cumprimento provisório da pena, desde que houvesse decisão colegiada, sob argumentos dos mais diversos, dentre os quais é possível destacar a “diluição da presunção de inocência”; a vedação ao revolvimento de fatos e provas em cortes superiores; e mesmo a ineficácia do sistema jurídico em condenar os chamados criminosos do “colarinho branco”, dada a fartura de recursos protelatórios e a sobrecarga do Poder Judiciário. Passado o período eleitoral, a Suprema Corte alterou seu entendimento, em novembro de 2019, para derrubar a possibilidade, em consonância com o disposto nos artigos 5º, LVII, da CF/88, e 283 do Código de Processo Penal (CPP). Já em 2021, decisão monocrática o ministro Edson Fachin anulou as condenações do ex-presidente ao entender pela incompetência do ex-juiz Sergio Moro para processar e julgar os casos do tríplex do Guarujá, do sítio de Atibaia, além de outras duas ações envolvendo o Instituto Lula. Por fim, a Segunda Turma do Supremo decidiu, por maioria, reconhecer a suspeição de Moro na condução da ação penal que culminou com a condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Os episódios são significativos de diversas maneiras. Demonstrem, por exemplo, que o Judiciário interferiu diretamente nas Eleições Presidenciais de 2018, retirando não só da disputa, mas também dos palanques, um dos candidatos/cabo eleitoral mais fortes daquele pleito. Trata-se de expoente claro do que já foi apontado como politização do Judiciário, bem como da judicialização da política. Por outro lado, traduz-se em enorme insegurança jurídica, fruto da total imprevisibilidade das decisões emanadas nos casos concretos, dada a permissividade interpretativa do texto legal.

A análise que se faz aqui não leva em conta o mérito das decisões, e compreende a importância da capacidade interpretativa do julgador na aplicação subjetiva do Direito. Entretanto, parece necessário questionar até que ponto tamanha liberdade pode ser salutar em um regime democrático e qual é o limite aceitável para a atuação do Poder Judiciário diante da constatação de que a postura mais ativa dos responsáveis pela jurisdição ganha força desde o final do século XX. Em outros termos: como evitar que o processo de livre interpretação degenerem em liberdade para interpretar o conteúdo constitucional de acordo com a conveniência de determinados grupos de interesse e de poder, amparados sempre na justificativa de efetivar valores constitucionais?

Neste sentido, Oliveira (2019, p. 362) destaca que: “incumbe aos operadores jurídicos delinear, o mais precisamente possível, quais os limites a partir dos quais o processo de interpretação constitucional degrading em ativismo judicial e consequente insegurança no trato jurídico-decisório”.

Delineado o quadro que se pretende analisar no presente trabalho, imprescindível caracterizar o dever ser judicial nas fases clássica e moderna para só então ingressar nas peculiaridades da atuação jurisdicional brasileira contemporânea.

1.2 – A ATUAÇÃO JUDICIAL NO MODELO BRASIL

Antes de entrar propriamente na discussão da atuação judicial no “modelo Brasil”, faz-se necessário compreender, ainda que superficialmente, o contexto social no qual se insere o Poder Judiciário brasileiro hodiernamente. Até a Constituição Federal de 1988, e mesmo nos primeiros anos sob sua égide, o Judiciário sofria pouca ou nenhuma pressão e ingerência do clamor popular, quadro que se altera substancialmente com o crescimento da cobertura midiática – mais analítica, profunda e interessada nas decisões que passam a influenciar sensivelmente em grandes questões sociais e políticas da vida nacional.

Ao assumir papel central na sociedade através do controle judicial mais rígido das políticas públicas, o Poder Judiciário alcança os holofotes, converte-se em protagonista e ganha as manchetes dos jornais. Ministros, em especial os do Supremo Tribunal Federal (STF), têm notoriedade, por vezes, superior à de agentes políticos, figurando como atores principais de histórias que se desenrolam em sessões plenárias transmitidas ao vivo não só pela TV Justiça, mas, mais recentemente, também pelas emissoras de televisão aberta, fechada, grandes portais de comunicação via internet etc.

Tal exposição implica em duas considerações essenciais: a) a visibilidade pública contribui para a transparência da atuação judicial no jogo democrático; b) enquanto Poder técnico, alheio à necessidade de aprovação popular (essencialmente pela não sujeição ao voto), o Judiciário se vê sob o crivo da opinião pública, por vezes, influenciado por esta.

Não por acaso, Barroso (2012) considera que, ressalvadas as inconveniências, tal situação traz mais vantagens do que desvantagens:

Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.
(BARROSO, 2012, p. 23)

Fato é que, gostando-se ou não desta “interferência popular” em decisões de cunho eminentemente técnico, em uma democracia que vai amadurecendo com o tempo – ainda que considerada jovem – tal fenômeno parece algo com o que será necessário lidar cada vez mais constantemente. Neste sentido, imprescindível manter o alerta para que o papel protagonista do Judiciário não desaboque em atuação voltada para a opinião pública.

Da mesma forma, não se pode perder de vista que a “espetacularização judicial”, em boa parte fruto do que Barroso (2012) considera a “judicialização da vida” (conceito que se retomará mais adiante), gera a sensação de que a Constituição pode ser interpretada livremente, ao sabor dos interesses dos grupos de poder, criando perigoso precedente para a proliferação de um “Direito de Conveniência”, objeto maior do presente trabalho:

Entre a força normativa da Constituição e o jogo de forças sociais e grupos de interesse que gravitam no país, fica a desagradável impressão de que a Constituição pode ser mudada segundo a conveniência dos grupos econômicos, ainda que à custa dos direitos sociais. Neste novo contexto, alguns segmentos da comunidade jurídica – especialmente os juízes - se viram mergulhados em intensos e apaixonados debates de índole essencialmente política, tratando de temas até então considerados como tabus pela interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) conferia ao princípio da separação dos Poderes.
(APPIO, 2018, P. 39)

Destaque-se, ainda, que o protagonismo do Judiciário decorre consideravelmente da erosão histórica da imagem dos demais Poderes constituídos (Executivo e Legislativo), alvo de sucessivos episódios de corrupção e desrespeito aos limites impostos aos agentes políticos, conforme já mencionado acima, criando uma lacuna para o fortalecimento das correntes que defendem uma postura judicial mais ativa, com interferência nas questões de maior relevância na vida nacional, tutelando, inclusive, os poderes representativos.

É considerando este contexto que se passa a investigar, passo a passo, o dever ser judicial – percorrendo, obviamente sem a pretensão de esgotá-los, os modelos Clássico, Moderno e Contemporâneo, chegando, então, à hermenêutica constitucional que norteia a atuação do Poder Judiciário brasileiro.

1.2.1 – O dever-ser do Judiciário Clássico

Ainda no Século XVIII, Montesquieu (1689-1755)¹ já enxergava a necessidade de estabelecer um sistema de freios e contrapesos capaz de equilibrar a atuação do Estado, impedindo a concentração de poder em uma só esfera de governo. Baseado na filosofia de John Locke (1632-1704)², inaugurou a Teoria dos Três Poderes, pela qual a autoridade governamental deve ser desmembrada em três setores fundamentais, cada qual com suas funções típicas e atípicas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Poderes independentes (e, se possível, harmônicos), mas sobretudo responsáveis por fiscalizar uns aos outros.

O princípio da separação dos poderes perdura até hoje em diversas constituições internacionais, consagrado na Carta Magna brasileira logo no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. E com base em tal instituto, por algum tempo o entendimento do Judiciário brasileiro foi o de limitar o alcance de suas decisões, a fim de evitar uma interferência direta na esfera de atuação dos demais poderes constituídos.

Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu afirma que “as leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm as suas leis”. Para o autor, existem as leis naturais, comuns a todos e tão somente descobertas pelos homens; e as positivas, impostas pelo Estado diante da tentação humana (homens são seres limitados e imperfeitos) a violar as leis primitivas.

É da imperfeição humana, portanto, que surge o conceito de poder freando poder, sem o qual estaríamos sujeitos aos abusos:

Todo homem que tem o poder é tentando abusar dele. É preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.
(MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, adaptado)

Em síntese, o poder corrompe o homem. A crítica de Montesquieu à centralização do poder tem relação direta com a ideia da imperfeição humana e o ideal de Justiça. As leis positivas são necessárias a organizar o convívio social no momento em que os homens

¹ Político, filósofo e escritor francês eternizado por sua teoria da separação dos poderes, consagrada em diversas constituições mundo afora.

² Filósofo inglês conhecido como o pai do Liberalismo

passam a se sentir diferentes, estabelecido um sistema de classes, no qual as dominantes tendem a se sobrepor às menos favorecidas.

Então, o poder de julgar deve estar adstrito à lei, como mostra José Levi do Amaral

Junior:

[...] Na lógica de *O espírito das leis* o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença do julgador já está na lei. O poder de julgar limita-se a realizá-la em concreto. Montesquieu objetiva, com isso, garantir segurança jurídica, porque, do contrário, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos” (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 57)

Bobbio demonstra como e porque Montesquieu entende necessária a restrição ao papel do julgador:

[...] segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação de poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador. (BOBBIO, 1996, p. 40)

O Direito positivo surge como mecanismo hábil a estabelecer limites à atuação do Estado e padrões de conduta universais dentro de uma sociedade complexa, estipulando sanções ao descumprimento das leis. Neste sentido, o Estado de Direito tenta se aproximar do conceito de justiça.

O Estado de Direito significa que o Poder Político está preso e subordinado a um Direito Objetivo, que exprime o justo. Tal Direito – na concepção ainda prevalecente no século XVIII, cujas raízes estão na antiguidade greco-romana – não era fruto da vontade de um legislador humano, por mais sábio que fosse, mas sim da própria natureza das coisas. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 20)

O Direito objetivo, positivado, pouco afeito às liberdades interpretativas, encontra em Hans Kelsen (1881-1973) seu maior expoente. O autor entende o Direito como ordem normativa da conduta humana, ou seja, a norma é o dever-ser da sociedade – imperativa tanto para quem detém o poder, ou a autorização para exigir o seu cumprimento, quanto para aqueles a quem o cumprimento da norma se destina.

Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se deverá conduzir dessa maneira. Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve. (KELSEN, Teoria Pura do Direito. Pág. 4).

Veja-se que a concepção de norma de Kelsen não dá margem à interpretação, pois o “dever” é utilizado de forma ampla, como padrão de conduta social, diante da qual não está o aplicador autorizado a realizar qualquer análise subjetiva, mas tão somente garantir a sua aplicação. Desta forma, pode-se dizer que a norma jurídica respalda os atos da vida, conferindo competência ou proibindo condutas.

O sistema jurídico, para Kelsen, é unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente; nele, nada falta para seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. O ordenamento jurídico resume-se a esse complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatores extrajurídicos comprometeria sua rigidez e completude, de modo que a norma fundamental desempenha esse papel importante de fechamento do sistema normativo escalonado”. (BITTAR, 2015, p. 435)

Assim, o dever-ser clássico de Kelsen implica em um sistema normativo lógico e fechado, tanto no estudo quanto na aplicação do Direito, expurgando qualquer elemento estranho à ciência do Direito em si. A pureza científica do autor considera o Direito como ciência social autônoma, autossuficiente, fechada à interferência de outras ciências sociais na descrição cognitiva das normas, já que ausente o juízo de valoração.

A normatividade é característica de um ordenamento jurídico hierárquico, no qual normas inferiores se ancoram em superiores até que se chegue à norma fundamental. Temer (2007, p. 22) recorre à hierarquia normativa de Kelsen para ilustrar o Direito como sistema único, no qual Resoluções, Portarias, Decretos, Leis etc. são reduzidos a artigos da Constituição: “Com efeito, ao fazer-se o percurso da verticalidade fundamentadora das normas, abica-se na Constituição. Este é o fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional”.

Nem a dinâmica característica da criação do Direito foge ao sistema, pois este se renova a partir de si mesmo, pois baseado nas normas constantes do próprio ordenamento jurídico. Enfim, o Direito se fecha em si mesmo e se basta.

Entretanto, o conceito clássico de dever-ser passou por sensíveis modificações de entendimento com o transcorrer do tempo, conforme se verá na sequência.

1.2.2 – O dever-ser do Judiciário Moderno

Os conceitos de Montesquieu e Kelsen perduram ainda hoje, porém a ideia de um Direito sistêmico ensimesmado, fechado ao diálogo com as demais ciências sociais, vai ficando para trás. Se o primeiro bebia na fonte da literatura clássica de Platão e Aristóteles

por enxergar nas leis uma forma de lidar com a imperfeição humana e evitar os abusos de poder, e o segundo entendia o Direito como um sistema normativo autossuficiente, outra corrente de juristas passa a ganhar força ao enxergar a necessidade de interpretação da norma, ainda que de forma restritiva, especialmente ao se tratar do texto constitucional.

Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais. Alcançada, exegeticamente, essa valoração é que temos os princípios. Estes, como assinala Celso Bandeira de Mello, são mais do que normas, servindo como vetores para soluções interpretativas. De modo que é preciso, para tal, conhecer cada sistema normativo.
(TEMER, 2007, p. 24)

Em uma primeira leitura mais rasa, é possível entender as palavras de Temer como autorizadoras da liberdade interpretativa. Entretanto, basta se aprofundar um pouco mais para compreender que nem mesmo a busca pelos valores constitucionais dá margem à fuga da aplicação do Direito tal qual positivado.

Por isso, a interpretação da norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte.
(TEMER, 2007, p. 25)

O dever-ser da fase moderna já compreende valores e princípios como elementos norteadores do Direito, muito embora o ordenamento jurídico nacional ainda carregue em si a tradição romano-germânica, de Direito escrito, positivado, fortemente influenciado por Kelsen, colocando a norma jurídica positivada como componente central do sistema. Os princípios não são o fim, mas os meios para se obter soluções interpretativas em casos complexos.

Crítico do positivismo, o estadunidense Ronald Dworkin (1931-2013) se debruça sobre questões como a obrigação jurídica e, claro, proposições conceituais de Direito nas quais levanta discussões como moral, princípios e justiça na atividade jurídica.

Dworkin se propõe a defender uma teoria melhor do que as “construções precedentes vêm oferecendo como resposta à situação da atividade dos juízes quando a ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara” (SGARBI, 2006, p. 147). Propõe uma teoria mais completa do direito, onde a atividade do julgador deixa de ser a de um simples aplicador de normas, para ser uma ferramenta na construção do direito.
(SENS, 2013, p. 4)

Para Guedes (2012)³, Dworkin propõe dois modelos em que regras e princípios são configurados como classes logicamente distintas de normas. O primeiro, de aplicação do tipo tudo ou nada (*all-or-nothing-fashion*) presente nas regras; o outro consiste no peso (*dimension of weight*) que, se falta às regras, está certamente presente nos princípios. O próprio Dworkin ensina a distinção fundamental entre os dois:

A diferença entre princípios legais e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos os tipos de normas (*standards*) apontam para determinadas decisões sobre obrigações em circunstâncias particulares, mas diferem quanto ao caráter da direção que elas oferecem.
(DWORKIN, 1977, p.24)

Desta forma, o autor defende a validade ou não da regra, partindo daí a aceitação (ou não) dos seus efeitos jurídicos. Para tanto, a formulação completa e adequada da regra deve considerar todas as exceções. Por outro lado, os princípios, quando chamados à sua aplicação, não impõem uma conclusão direta e imediata, mas sim veiculam as razões que justificam uma decisão. O autor aponta para a possibilidade de conflito de princípios e a necessidade de sopesamento dos mesmos no caso concreto.

Quando dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do princípio oposto. Diversamente, se duas regras entram em conflito, afirma Dworkin, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida. A colisão dos princípios, portanto, segundo Dworkin, resolve-se na dimensão de peso; já o conflito entre regras resolve-se no plano da validade.
(GUEDES, 2012)

Veja-se que, apesar do passo adiante no caminho da flexibilização interpretativa, ao operador do Direito não é dada a permissão para afastar o texto legal em razão da busca pela realização dos princípios. Estes são tão somente convocados a atuar em favor da melhor solução ao caso específico, notadamente diante da falha de concepção das regras, dando razão às decisões.

Em entrevista recente ao Consultor Jurídico⁴, o constitucionalista e ex-presidente da República, Michel Temer, demonstrou sua preocupação com a insegurança jurídica e atacou o que chama de “construtivismo judicial”: “Como se você devesse interpretar a

³ Néviton Guedes é desembargador federal do TRF da 1ª Região e doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.

⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-16/entrevista-michel-temer-ex-presidente-republica>. Acessado em: 10/11/2020.

Constituição de acordo com o que o povo pensa, e não com aquilo que de fato está na Constituição”.

O “construtivismo judicial” mencionado na entrevista parte da concepção de uma interferência do Judiciário no Poder Legislativo, pois é função típica deste último dar voz ao povo através das leis. Cabe ao Legislativo modificar o sistema normativo, que aí sim será aplicado pelo Judiciário. Por isso o jurista enxerga com ressalvas a saúde do Direito brasileiro: “eu vejo de vez em quando que a saúde é boa, mas pode ser ótima se todos se convencerem do cumprimento rigoroso do texto constitucional”.

A crítica de Temer carrega muito da sua visão sobre a forma de aplicar o Direito e a maneira como este vem sendo aplicado:

Eu milito na área de Direito Constitucional, e para mim a Constituição é tudo. É tudo porque traz exatamente, precisamente, aquilo que as pessoas mais querem. Investidores, pessoas comuns querem segurança jurídica. E para ter segurança jurídica é preciso partir de um conceito muito trivial, que está sendo esquecido. O Direito só existe para regular as relações sociais, ou seja, para que eu, se fizer um contrato, saiba quais são meus direitos e meus deveres.

A ideia de segurança jurídica, ancorada no anseio humano por previsibilidade nas relações sociais, impacta diretamente no controle da atuação do Judiciário (magistrados, desembargadores, ministros), responsável final pela aplicação do que fora anteriormente previsto, no momento de construção da norma. Isto porque a régua que mede a aplicação do Direito tem as gradações “interpretação” e “segurança jurídica” em extremos opostos. O que significa dizer que, ao defender a segurança jurídica em maior medida, coadunando com a ideia central do positivismo, também se está fazendo defesa indireta da limitação da capacidade interpretativa (hermenêutica) do julgador – a qual, se por um lado pode conduzir a decisões mais adequadas em casos específicos, por outro certamente implica em maior imprevisibilidade do sistema como um todo.

Destaca-se, mais uma vez, o “meio do caminho” até o que se considera o estágio atual do modelo de Judiciário brasileiro. Nestes moldes, uma defesa rígida do texto legal (essencialmente o constitucional) não perde de vista a questão principiológica, valorativa, mas tenta equilibrar na balança um meio termo que compatibilize segurança jurídica e a busca da concretização de valores por meio da interpretação jurídica.

Isso não queria dizer que a lei não pudesse ser interpretada, pelo contrário, como alertava Aristóteles, as mudanças na legislação são esperadas com a época vivida; todavia, não podemos acostumar o cidadão comum à alteração constante da lei, uma vez que isso compromete a confiança no judiciário e, conseqüentemente, a sua eficácia em aplicabilidade.
(MACHADO e PIGNANELI *apud* SORMANI, 2018, p. 4)

Sob esta perspectiva, fundamental o olhar processualista de Fredie Didier Junior:

Decerto que o princípio constitucional da igualdade obrigado tanto os particulares quanto o Poder Público e, nesta seara, há de ser observado não apenas quando da edição das leis (em sentido amplo) ou da atuação da administração pública, mas também quando da concretização da função jurisdicional.

(DIDIER JUNIOR, 2019, p. 399).

Tais preocupações parecem perder espaço frente à real perspectiva de concretizar princípios e valores constitucionais após mais de 30 anos da promulgação da Carta Magna e, por esta razão, uma novíssima corrente de atuação judicial opta por tomar as rédeas do processo e assumir um protagonismo nas principais decisões do Estado Democrático de Direito. Deixamos de ser reprodutores do Direito e passamos a ser operadores do Direito.

1.2.3 – O pós-positivismo contemporâneo

A ciência do Direito foi inegavelmente impactada por um grupo de autores/juristas que estabeleceu uma nova maneira de pensar o universo jurídico. Críticos do positivismo, inauguram uma “nova corrente” conhecida como pós-positivismo, da qual um dos nomes mais destacados é certamente o alemão Robert Alexy⁵.

Citado de forma recorrente quando o assunto é princípios e direitos fundamentais, Alexy compartilha da inquietação de Dworkin em encontrar alternativas para a atuação judicial pautada somente na aplicação das regras, mas sua preocupação não é mais com a comprovação da força normativa dos princípios – ideia já aceita –, mas sim em determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação.

O autor adota a ideia de princípios como mandados de otimização, caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades reais e jurídicas. Por fim, toda norma é uma regra ou um princípio. “Nota-se, pois que a distinção reside na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das proposições de dever-ser” (BUSTAMANTE, 2002, p. 3).

Alexy avança no trabalho de Dworkin estabelecendo, inclusive, os passos a serem dados ao se realizar a ponderação dos princípios: a) identificar e investigar os princípios em conflito; b) atribuir-lhes peso ou importância em consonância com as circunstâncias do caso concreto; c) decidir, enfim, sobre a prevalência de um sobre o outro (s). A decisão

⁵ O alemão Robert Alexy é um dos mais influentes filósofos do direito contemporâneo. Autor de livros como Teoria dos Direitos Fundamentais e Teoria da Argumentação Jurídica.

é apenas o resultado de tal ponderação. Amorim (2005) recorre a Santiago para explicar o efeito da equação:

O resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece (AMORIM *apud* SANTIAGO, 2005, p. 128).

A autora ainda elege o que considera principais contribuições do pós-positivismo enquanto novo posicionamento jurídico-filosófico do neoconstitucionalismo:

I. Dá aos princípios valor normativo. Com isso derruba as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário, subsidiário. “Tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto, ambos se formulam através de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”.

II. Reabilitação da razão prática: buscam-se procedimentos (regras de argumentação) que possam dar respostas racionais aos *hard cases* (colisão de princípios), repelindo, assim, as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico; e, ainda, enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio jurídico;

III. Aproxima a teoria moral à teoria do direito – reabilitação da axiologia dos Direitos Fundamentais. “A teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral” (ALEXY, 1997, p. 15) e “a positivação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais” (ALEXY, 1997, p. 25).

IV. Dá relevância crucial à dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito. (AMORIM, 2005, p. 124-125)

A tese central do pós-positivismo é restabelecer a ponte entre Direito e Ética por meio da materialização de valores, princípios e os direitos fundamentais, os quais ganham força normativa essencial e servem como diretrizes da interpretação e concreção da legislação constitucional.

O pós-positivismo é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais. Para Barroso (2007, p. 22), “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. Em outras palavras, o pós-positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo, pois permite repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma, a teoria das fontes, a teoria da interpretação, etc. (FERNANDES E BICALHO, 2011, p. 111)

Portanto, necessário, de pronto, estabelecer a diferenciação entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo, sendo este último uma ideologia ou metodologia constitucional que tem no primeiro a sua matriz filosófico-jurídica.

Fernandes e Bicalho (2011) ainda apontam as principais características do pós-positivismo como sendo:

- a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição;
- b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas;
- c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios;
- d) o aumento da força política do Judiciário, já que o intérprete cria norma jurídica.

A abertura valorativa do sistema jurídico mantém relação direta com a concepção de que valores socialmente relevantes são recepcionados pelo Direito, adquirindo, assim, características jurídicas, a exemplo da coercibilidade. Apesar de essa ser uma escolha do legislador, há de se considerar a teoria tridimensional de Miguel Reale (fato-valor-norma) para compreender que tais valores sempre permearam a confecção da norma jurídica, já que “toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ter sido reconhecido *um valor* como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório” (Reale, 2006, p. 33-34).

Recorre-se mais uma vez a Fernandes e Bicalho (2011), que se fundamentam em Borges (2009) e Castilhos (2009) ao ilustrar a questão:

A coletividade expressa opiniões comuns sobre os valores relevantes para si, os quais servem como fundamento para a produção de textos normativos. A produção normativa, contudo, não decorre de fatos, ou de um simples recorte de condutas, mas antes de “uma valoração que é estabelecida sobre os fatos”; então, “as normas jurídicas são decorrência de valorações comuns sobre fatos/condutas, reputados valiosos (...) e aí a sua inserção no ordenamento” (BORGES, 2009, p. 59). Dessa forma, os valores jurídicos indicam, também, “as finalidades a serem alcançadas pelo ordenamento”, uma vez que expressam valores sociais como justiça, segurança, igualdade, paz (CASTILHOS, 2009, p. 778).
(FERNANDES E BICALHO, 2011, p. 115)

Veja-se que os valores permeiam o Direito não só no momento de sua concepção, mas também por meio dos princípios e, uma vez identificados, sua concretização deve ser perseguida em razão de se tratarem de elementos nucleares que expressam ideais sociais, definindo os fins do próprio ordenamento jurídico.

A busca pelos valores, sobretudo constitucionais, é uma corrida pelo socialmente desejável, e esse desejo constitucional se expressaria através dos princípios. Há, portanto, uma conexão direta entre valores e princípios. Para Canotilho (2003, p.1173-1175), a Constituição convive com um “sistema interno de regras e princípios”, no qual “princípios estruturantes” apontam para as diretrizes essenciais da ordem constitucional,

seguidos de “princípios constitucionais gerais” e, por fim, dos “princípios constitucionais específicos” e das “regras constitucionais”.

Decorre daí o crescimento da força política do Judiciário. Considerando-se que a norma jurídica transcende o seu texto legal, quem a interpreta também está criando norma. Para Ávila (2009, p. 30), as normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Logo, há uma construção do significado normativo.

1.2.3.1 – Influência no Judiciário brasileiro

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representou uma janela emancipatória através da qual tem ocorrido a aproximação com tais ideias. As teorias pós-positivistas vêm influenciando em boa dose o Direito brasileiro, especialmente no tocante a ampliação da discricionariedade de quem toma as decisões.

Neste sentido, a versão brasileira do pós-positivismo busca pela concretização de valores constitucionais adormecidos após mais de três décadas da promulgação de uma Carta Magna cujo dever-ser convencionou-se tratar como deveras amplo e ambicioso.

Constata-se, dessa maneira, desde as últimas décadas do século XX, a inédita adoção de postura ativa por parte dos órgãos judiciais incumbidos da jurisdição constitucional, não mais adstritos ao singelo dogma do “legislador negativo”, cunhado por Kelsen no Anteprojeto da Constituição Austríaca de 1920, seja ao alterar e “corrigir”, por via exegética, o sentido de dispositivos inquinados de inconstitucionalidade, de molde a inovar a ordem jurídica, seja, indiretamente, ao sinalizar e apontar de maneira impositiva aos demais Poderes eventuais falhas perpetradas pelo legislador ou pelo Constituinte derivado a serem ulteriormente sanadas [...]

(Oliveira, 2019, p. 361)

Em âmbito nacional, um dos nomes mais destacados desta corrente é Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Para ele, a interpretação deve ter como norte a teoria de Justiça, vedado o voluntarismo judicial.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

(BARROSO, 2007, p. 22)

O ministro admite que o STF assumiu papel ativo na vida institucional brasileira, chamando para si a responsabilidade sobre a tomada de decisões de algumas das grandes questões nacionais, demonstrando a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo

contemporâneo. Apesar de apontar o fenômeno em escala global, reconhece que o caso brasileiro é especial pela extensão e volume.

Em texto publicado no *site* do Consultor Jurídico, o Advogado da União Júlio Cesar Rossi⁶ critica a ponderação de valores no modelo brasileiro:

O pós-positivismo à brasileira é um disfarce para a aplicação rasa da ponderação de valores, muito mal recepcionada pela doutrina pátria, notadamente pelo fato de que a concretização da ponderação autoriza a arbitrariedade na “escolha” ou “descoberta” de um princípio que prevalecerá na solução do caso; afinal, princípios são considerados pelos “neos” como genuínos mandamentos de otimização.

Em parte, a crítica é recorrente ao se tratar do pós-positivismo mundo afora, mas a sua aplicação na versão brasileira é também decorrência do que Barroso (2002) entende como “judicialização da vida”. De fato, questões de grande repercussão política e social têm migrado do ambiente natural nas instâncias políticas tradicionais (Poderes Executivo e Legislativo) para o âmbito dos órgãos do Poder Judiciário, implicando em transferência de poder para juízes e tribunais. Esse modelo muito judicializado teria, na visão do autor, três razões essenciais:

- a) a redemocratização do país;
- b) a constitucionalização abrangente; e
- c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Passa-se, então, a analisar as razões apontadas. O processo de redemocratização, que culminou com o texto da Carta Magna de 1988, devolveu ao Judiciário o seu legítimo papel de poder constituído – responsável por zelar pela ordem jurídica e aplicação legal, mas também capaz de confrontar os demais poderes como jamais se imaginou durante o regime militar. Barroso destaca, por exemplo, que a nova geração de ministros do STF já não deve mais a sua investidura aos ditames da ditadura, dando a estes maior liberdade de atuação no exercício de suas funções. Há, ainda, uma demanda crescente por justiça dentro do ambiente democrático, com a expansão institucional, inclusive, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Neste cenário, parece natural o fortalecimento do Poder Judiciário.

⁶ Júlio César Rossi é advogado da União, pós-doutorando em Direito pela Unisinos, doutor em Direito pela PUC-SP e membro da ABDPro e do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-12/diario-classe-neoconstitucionalismo-pos-positivismo-brasileira#author>. Acesso em: 18 de nov. 2020.

Quanto à constitucionalização abrangente, sabe-se que a Carta Magna de 1998 é do tipo analítica, abrangendo várias matérias anteriormente relegadas ao processo político majoritário. Neste contexto, e conforme já mencionado anteriormente, o autor ensina que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”. E acrescenta:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.
(BARROSO, 2020, p. 24)

A judicialização da política, a ser tratada mais detidamente no próximo capítulo, leva ao Judiciário o debate quanto à atuação dos entes políticos e a aplicação das políticas públicas.

Por fim, Barroso descreve o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como um dos mais abrangentes do mundo, com pretensão de associar aspectos relevantes dos sistemas europeu e americano. Possibilita-se o controle incidental e difuso, diante do qual é possível deixar de aplicar a lei desde que o julgador a considere inconstitucional; e ainda o controle por ação direta, levando-se à apreciação do STF determinadas matérias.

Entende o autor, portanto, que a judicialização não se dá por escolha filosófica ou ideológica da Corte Suprema, mas somente em estrito cumprimento do papel institucional que lhe foi atribuído pela Constituição. Entretanto, admite que o Judiciário tem assumido postura ativista, intervindo diretamente na vida política brasileira, com sérios riscos para a legitimidade democrática, de uma politização da justiça e à capacidade institucional do Judiciário na extrapolação de seus limites.

Tal quadro demonstra a linha tênue que separa a discricionariedade, como abertura para decisões, da arbitrariedade em si, utilizados indiscriminadamente os princípios pós-positivistas para julgar à conveniência da situação. Assim, a hermenêutica constitucional brasileira se apropria, por exemplo, da teoria da ponderação de Alexy para “avançar” ao estágio em que é possível ponderar qualquer conflito de norma principiológica, obtendo como resultado decisões supostamente amparadas em valores e princípios.

Neste sentido, o próximo capítulo visa a investigar a hermenêutica constitucional brasileira e sua relação com o pós-positivismo – cenário no qual se observa a ascensão de movimentos como o do ativismo judicial e da judicialização da política –, confrontando a atuação do Judiciário nacional com o dever-ser instituído por constituinte e legislador infraconstitucional.

CAPÍTULO 2 – A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Verifica-se do explanado até então que a atuação judicial se configura em uma das bases mais concretas da formação do Direito. Contudo, não é possível decidir apenas com base nas próprias convicções, ignorando os limites impostos pelo ordenamento jurídico e mesmo por regras interpretativas que conduzam o julgador para além de sua subjetividade pura e simples. Daí a importância da hermenêutica jurídica enquanto ciência que procura estabelecer métodos interpretativos capazes de orientar o operador do Direito no caminho da construção do conhecimento jurídico.

Nesta perspectiva, percebe-se cada vez mais que as correntes hermenêuticas estão diretamente vinculadas às decisões dos tribunais, configurando-se não apenas como bases decisórias formais, mas também ideológicas. Métodos interpretativos associados a modos específicos de compreender o Direito, buscando extrair dele as características mais afeitas a determinada corrente de pensamento, atuação ou matriz filosófica.

Ademais, debruçar-se-á neste capítulo sobre dois casos relevantes e históricos do jurídico brasileiro para, a partir deles, construir uma análise destas bases interpretativo-ideológicas com o objetivo maior de compreender a própria semântica da palavra Justiça em nosso contrato social.

2.1 – DE REPRODUTORES A OPERADORES DO DIREITO: UM JUDICIÁRIO HERMENEUTA

Embora não se pretenda esmiuçar questões referentes à hermenêutica jurídica em si, faz-se necessário compreender, mesmo que superficialmente, que tal ciência se ancora na arte da interpretação, em sua concepção mais ampla, com o fim maior de construir o conhecimento. Implica em reconhecer o real significado por trás dos sinais, pavimentando o caminho para uma análise responsável da norma fria e conduzindo o exegeta, intérprete da norma jurídica, no seu papel fundamental de buscar o objetivo maior da Justiça.

A tarefa a que se propõe a hermenêutica jurídica é a de conduzir os operadores do Direito na busca pelo cerne da questão subjetiva frente à frieza da lei – abstrata, genérica, ampla, extensível a todos ainda que distinta sua aplicação em cada caso específico. Logo, vê-se que não se trata de missão simples, pois permeada pela incontornável subjetividade do intérprete diante da norma posta, imposta por outrem.

Portanto, “não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico” (MAXIMILIANO, 2005, p.5). Por isso, o estudo da hermenêutica constitucional tem apontado métodos diversos de interpretação dos textos das constituições – mais notadamente na escola alemã e considerando necessariamente o binômio subjetividade do julgador x estrutura aberta das normas –, dentre os quais se pode destacar de forma sucinta:

a) Método hermenêutico clássico ou jurídico (Ernst Forsthoff – 1902/1974)

Desenvolvido pelo constitucionalista alemão Ernst Forsthoff, o método considera a Constituição uma lei como as outras, diante do que sua interpretação deve se dar com base nos mesmos elementos utilizados na interpretação das demais leis. A crítica à teoria ocorre em função da maior complexidade do sistema constitucional em comparação com a norma infraconstitucional.

b) Método científico-espiritual (Rudolf Smend – 1882/1975)

Esse método busca interpretar a Constituição à luz do seu espírito, ou seja, dos valores que estão presentes nela. Além disso, a interpretação deve buscar soluções que resolvam os conflitos sociais. A crítica feita à proposição do também jurista alemão é bastante pertinente na análise do objeto de estudo do presente trabalho: O modelo teria um caráter mais político do que jurídico.

c) Método tópico-problemático (Theodor Viehweg – 1907/1988)

Mais um alemão provando que há muito tempo os cientistas jurídicos se debruçam sobre a interpretação da norma jurídica. Neste método, considera-se que, diante de um problema a ser resolvido, devem ser apresentados todos os argumentos ou raciocínios possíveis. Só então é possível verificar qual o argumento mais convincente, buscando no ordenamento jurídico as normas que dão apoio a esse fundamento. A crítica, neste caso, é de que a análise deveria partir da norma para o problema, e não o contrário.

d) Método hermenêutico concretizador (Konrad Hesse – 1919/2005)

De acordo com esse método, só é possível interpretar a Constituição quando ela é aplicada a um caso concreto. Para ser interpretada, a norma precisa ser concretizada, ou seja, aplicada com ajuda dos sete princípios instrumentais (hermenêuticos/interpretativos)

do Direito constitucional. Essa aplicação sempre envolve uma compreensão prévia do intérprete. A crítica aqui é que tal compreensão prévia pode gerar uma grande influência subjetiva na interpretação.

e) Método normativo-estruturante (Friedrich Müller – 1938/...)

Em sua teoria estruturante do Direito, Müller considera interpretação e aplicação como inseparáveis. O texto normativo é o ponto de partida para que se chegue à norma jurídica. Para tanto, é necessário passar por processo de concretização da norma em quatro etapas: elementos metodológicos, dogmáticos, teóricos e de política constitucional. Como no método anterior, o texto normativo seria apenas a ponta do iceberg do Direito. Assim, repete-se a crítica anterior de que a prévia compreensão tem potencial influência subjetiva no processo interpretativo.

f) Método de comparação constitucional (Peter Häberle – 1934/...)

Neste caso, a interpretação da norma constitucional pode/deve ser auxiliada pela comparação do nosso ordenamento jurídico com os demais ordenamentos mundo afora. O objetivo é estabelecer uma comunicação entre as mais variadas constituições, tornando a comparação um quinto método de interpretação a complementar os quatro apresentados por Savigny (gramatical, lógico, histórico e sistemático). A crítica aqui é de que este não chega a ser propriamente um método, mas tão somente uma ferramenta a mais para ser utilizada pelo intérprete, aprimorando o seu trabalho hermenêutico.

A apresentação de tais metodologias interpretativas serve para demonstrar o quão espinhoso é o tema, inexistente fórmula que elimine da equação o elemento subjetividade. Desta forma, é preciso ponderar que a análise crítica a que se propõe o presente trabalho se dá em um contexto de absoluta incerteza quanto a melhor postura a ser adotada diante da dura tarefa de interpretar a norma – essencialmente a constitucional, imbricado sistema de normas abertas, valores e princípios abstratos.

Entretanto, é possível verificar com boa dose de certeza que o Judiciário brasileiro tem optado por modelo que deixa a condição de “reprodutor do Direito” para assumir as rédeas do processo e passar à posição de “operador do Direito”. Têm-se, de tal forma, um Judiciário hermeneuta, sempre disposto a investigar a norma para além do que diz o texto legal.

Ora, esta postura proativa advém da inquietude com as questões que permeiam o universo jurídico e, conforme já mencionado anteriormente, da emancipação propiciada pela promulgação da Constituição de 1988 e da erosão da imagem dos demais poderes constituídos (Executivo e Legislativo).

O Judiciário protagonista surge como poder técnico, não vinculado à necessidade de aprovação nas urnas, portanto, teoricamente mais preparado para tomar decisões, ainda que estas desagradem às maiorias. O Supremo Tribunal Federal (STF) assume o *locus* de defesa dos direitos fundamentais, com a missão de evitar uma “tirania da maioria” (John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859) e concretizar o ideal maior de Justiça por meio da aplicação dos valores constitucionais. Ao menos é essa a justificativa para a postura adotada.

Sob este prisma, ecoa pensamento do ministro Luís Roberto Barroso no que tange à fluidez da fronteira entre Política e Direito no mundo contemporâneo. Ao admitir papel ativo da Corte Constitucional na vida institucional brasileira, com centralidade na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais, o autor naturaliza o processo ao compará-lo com ações semelhantes ao redor do mundo, ainda que ressalve o volume e a extensão da atuação judicial no caso brasileiro. Tratar-se-ia de simples encadeamento lógico no qual uma Constituição abrangente serve de interface entre os universos jurídico e político e, uma vez atribuído ao STF o papel de guardião dos preceitos da Carta Magna, cabe a este intervir, em estrito cumprimento do seu dever institucional. A judicialização da vida – e, em grande proporção, da vida política – é, portanto, decorrência natural do modelo brasileiro.

Entretanto, não se pode perder de vista os recorrentes episódios em que o Supremo adotou tal postura “proativa”, dando interpretação diversa à norma, em processo informal de alteração do conteúdo da Constituição sem a modificação do texto constitucional – ao que a doutrina conceitua como “teoria da mutação constitucional”, alternativa ao processo formal de modificação da Constituição, por meio de Emendas, por exemplo.

Considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem que haja alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.

(CANOTILHO, 1993)

Trata-se de mecanismo de adequação constitucional à realidade atual, atribuindo à Constituição um dinamismo sem a necessidade de alteração formal do seu texto. Nos países que adotam o sistema da *Civil Law*, caso do Brasil, Canotilho aponta dois critérios necessários à legitimação da mutação constitucional:

- a) respeito aos limites do texto constitucional;
- b) respeito aos princípios estruturantes da Constituição.

Mas como aferir o respeito a tais limites na atuação judicial? Dada a liberdade de que desfruta o Poder Judiciário diante de todas as circunstâncias mencionadas até então, qual seria o mecanismo capaz de controlar a tendência a interpretação extensiva da norma, não raro em desacordo com o que prevê o próprio texto legal e os princípios estruturantes da Constituição? Em síntese, como evitar que a subjetividade do julgador tome as rédeas do processo diante da possibilidade de alteração do sentido da norma sem a modificação do texto constitucional?

Nas palavras do filósofo e semiólogo Umberto Eco (1995, p.81): “Frequentemente os textos dizem mais do que o que seus autores pretendiam dizer, mas menos do que muitos leitores incontinentes gostariam que eles dissessem”. E provoca ao citar Todorov: “Um texto não passa de um piquenique em que o autor traz as palavras e os leitores o sentido”.

Ao traçar paralelo entre as ideias de Eco e o desrespeito ao texto da Constituição pelo STF em artigo publicado no *site* do Consultor Jurídico⁷, Trindade (2016) descreve o fenômeno como uma “superinterpretação”, caracterizada por uma leitura inadequada do texto: “Ela caracteriza-se pela imposição da vontade do leitor, que desrespeita a intenção do texto, ao violar a sua coerência ou, então, ultrapassar seus limites semânticos, apoderando-se de seu sentido”.

Barroso (2011, p. 275-290) ensina que Direito é e não é política. No segundo caso, porque não seria correto, e mesmo justo, curvar-se às vontades de quem detém o poder. Entretanto, é política na medida em que: a) é produto que traduz a vontade das majorias, manifestada na Constituição e nas leis; b) sua aplicação não está dissociada da realidade política, dos efeitos que produz na sociedade e mesmo dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; c) julgadores não são indivíduos sem memória ou desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia – portanto, sua subjetividade há de interferir com juízos de valor que formula.

É aí que reside a preocupação do presente trabalho com a extensão da capacidade interpretativa dos julgadores. Alguns casos emblemáticos dão mostras de que a atuação

⁷ TRINDADE, André Karam. **Umberto Eco e o desrespeito ao texto nas superinterpretações do Supremo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/umberto-eco-desrespeito-texto-superinterpretaoes-stf>. Acessado em: 05 fev. 2021.

proativa do Judiciário nem sempre representa valores sociais e/ou constitucionais – ou ao menos não oferece ao debate democrático questões de grande repercussão na sociedade, tratadas a portas fechadas, dentro dos gabinetes dos ministros do Supremo, ou em sessões plenárias que somente transmitem as ideias já concebidas em votos pré-constituídos, em uma espetacularização da atividade judiciária.

Decorre daí necessário questionamento: A Justiça (Poder Judiciário) é maior do que o Direito?

A fim de averiguar tal questão, propõe-se a análise de dois casos específicos, com a necessária ressalva de que tal metodologia não considera o mérito das decisões em si, mas somente a sua relação com o texto legal e as implicações na vida social e política do país.

2.1.1 – Caso Lula (HC 152752): possibilidade de execução antecipada da pena após confirmação da sentença condenatória em 2º grau de jurisdição (“prisão em segunda instância”)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no seu artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Consubstancia-se, portanto, o ‘princípio da presunção de inocência’ – preceito essencial do devido processo legal e mesmo do contraditório e da ampla defesa, sem os quais não subsiste o Estado Democrático de Direito.

Ao condensar diversos preceitos constitucionais, o *caput* do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) – modificado em 2011 a fim de incluir a expressão “trânsito em julgado” – disciplina: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

Desta forma, estabeleceu-se o trânsito em julgado como marco da possibilidade de de privação de liberdade nos casos em que não há flagrante delito ou não é cabível prisão cautelar.

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se alternado sucessivamente quando da análise do tema ao menos desde 2009, quando se assentou por 7 votos a 4 a tese da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Na ocasião, o Plenário da Corte concedeu o *Habeas Corpus* 84.078, permitindo a um condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que recorresse em liberdade.

Ocorre que em fevereiro de 2016 a Corte decidiu de maneira diversa, também por 7 votos a 4, o HC 126.292, alterando o entendimento anterior e afirmando ser possível a prisão após confirmação da decisão por órgão colegiado (conhecida como “prisão em 2ª instância”), em guinada jurisprudencial capitaneada pelo então ministro Teori Zavascki. Contudo, tal decisão provocou efeitos inter partes, ou seja, adstritos tão somente às partes litigantes, sem efeitos *erga omnes*.

Em outubro de 2016, manteve-se o novo posicionamento, mas apenas em caráter liminar, no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) ajuizadas para examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP. E, desde então, ficaram pendentes de julgamento em Plenário as ADCs 43, 44 e 54.

A controvérsia reside essencialmente em determinar a harmonia do dispositivo do CPP, que prescreve “ninguém poderá ser preso...”, como texto constitucional, que dispõe “ninguém será considerado culpado...”. E neste ínterim, a ponderação de princípios como os da presunção de inocência e do devido processo legal, e mesmo discussão referente à necessária caracterização da culpa antes da possibilidade da prisão.

O contexto geral é essencial para compreender o caso do *Habeas Corpus* 152752, impetrado pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e julgado pelo Plenário da Corte em 04/04/2018⁸. Veja-se que, ainda pendente o julgamento definitivo das ADCs já mencionadas, cuja decisão teria efeito *erga omnes*, o STF optou por colocar em pauta a discussão do caso específico – sob protestos do ministro Marco Aurélio Mello⁹, relator das ADCs 43, 44 e 54, que criticou a condução da situação pela então presidente da Corte, ministra Carmen Lúcia. A avaliação era de que a questão da possibilidade de prisão após o duplo grau de jurisdição não deveria ser discutida por meio de *habeas corpus* de caso concreto, mas sim no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade que versavam sobre o tema *latu sensu* – a fim de que, uma vez decidida a controvérsia, pudesse haver mais segurança jurídica na aplicação aos casos analisados pela Corte.

A decisão deixou no ar a desagradável sensação de que a atuação do Supremo se deu mais por força política do que realmente jurídica, situação agravada pelo teor do voto da ministra Rosa Weber¹⁰, que ressaltou posição pessoal contrária, mas votou de acordo

⁸ **TV Fórum.** A íntegra da defesa histórica de Batochio no HC de Lula. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8Blwr3ZbNys>. Acessado em: 6 maio 2021.

⁹ **Valor econômico.** Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/04/04/marco-aurelio-critica-carmen-por-pautar-habeas-corpus-e-nao-acao-geral.ghtml>. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹⁰ **Conjur. Leia o voto da ministra Rosa Weber no julgamento do HC de Lula.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/leia-voto-ministra-rosa-weber-julgamento-hc-lula>. Acesso em: 17 abr. de 2021.

com o entendimento do STF à época, por força do princípio da colegialidade, declarando a possibilidade de antecipação da execução da pena após confirmação de sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. Seu voto foi determinante, pois o placar na Corte terminou em 6 a 5 pela rejeição da concessão de *habeas corpus* preventivo ao ex-presidente Lula, que acabou preso por ordem do então juiz Sergio Moro.

Imprescindível destacar a força política da medida: tivessem sido julgadas antes as ADCs, o placar no Supremo teria sido invertido em favor da presunção de inocência e do trânsito em julgado – considerando aqui a fundamentação do voto da ministra – como, de fato, ocorreu em novembro de 2019, quando a Corte alterou seu entendimento para derrubar a possibilidade de “prisão em segunda instância”¹¹.

Falar em interferência do Poder Judiciário nos rumos da vida política brasileira é inevitável neste caso. Ora, o STF influenciou diretamente nas Eleições Presidenciais de 2018, retirando não só da disputa, mas também dos palanques, um dos candidatos/cabo eleitoral mais fortes daquele pleito. Passado o período eleitoral, mudou novamente o entendimento quanto à questão, dando margem à interpretação de que aplicou o Direito à conveniência de grupos de interesse e poder, objeto maior desta pesquisa.

Por óbvio, trata-se também de expoente máximo do que já foi apontado como uma politização do Judiciário, assim como de uma judicialização da política. Por outro lado, traduz-se em enorme insegurança jurídica, fruto da absoluta imprevisibilidade de decisões emanadas nos casos concretos, dada a permissividade interpretativa do texto legal.

A premência da defesa da presunção de inocência ficou ainda mais evidente com a decisão monocrática do ministro Edson Fachin, em 08 de março de 2021, anulando as condenações do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva ao declarar a incompetência do então juiz Sergio Moro para julgar os casos do tríplex do Guarujá, do sítio de Atibaia e do Instituto Lula¹².

Por fim, a Segunda Turma do STF decidiu, por maioria, reconhecer a suspeição de Moro, cuja atuação na condução das ações penais que culminaram em condenação do ex-presidente Lula por corrupção passiva e lavagem de dinheiro foi considerada parcial. E no dia 22 de abril de 2021, o Pleno da Corte formou maioria para manter a suspeição

¹¹ **Migalhas. STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>. Acessado em: 17 abr. de 2021.

¹² **G1.com. Fachin anula condenações de Lula relacionadas à Lava-Jato; ex-presidente volta a ser elegível.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/08/fachin-anula-condenacoes-de-lula-relacionadas-a-operacao-lava-jato.ghtml>. Acesso em 17 abr. 2021.

do agora ex-juiz, determinando que os processos contra o ex-presidente fossem enviados ao foro do Distrito Federal para novo julgamento, tornando-se nulas as provas produzidas em Curitiba, pois ‘contaminadas’ ante a postura parcial do julgador¹³.

A volatilidade da aplicação da norma – com inúmeras idas e vindas em curtíssimo espaço de tempo – e as manobras processuais/regimentais verificadas neste caso, mostram o assenhoreamento da política pelo Poder Judiciário, órgão regulador, mas absolutamente político, cada vez mais influente nas grandes decisões da nossa sociedade. No STF, os reis filósofos iluministas vestem suas togas negras esvoaçantes e apontam os destinos do país em vereditos que nem sempre se prestam a lançar luz sobre as questões obscuras e controvertidas da vida social brasileira.

2.1.2 – Veto do STF a nomeações de Ministros e do Diretor-Geral da Polícia Federal: princípio da separação dos poderes x finalidade do interesse público

Antes da análise de uma nova situação, faz-se necessário observar o conhecimento da dinâmica política pelo Poder Judiciário. A interferência em questões mais diretamente ligadas à Administração Pública, por exemplo, se dá, em regra, quando o Poder Executivo está “ferido” e encontra pouco respaldo popular e/ou da opinião pública.

Os casos recentes de vetos à nomeação de Ministros de Estado e do Diretor-Geral da Polícia Federal são representativos de tal quadro, embora seja imperativo ressaltar que as decisões judiciais estiveram pautadas na finalidade do interesse público, um dos cinco elementos essenciais para a legalidade do ato administrativo, necessário observar ainda: a) sujeito do ato (competência para praticá-lo); b) seu objeto (o que se decide); c) a forma (decreto, portaria etc.); d) o motivo (razão pela qual se pratica o ato).

E, aprofundando um pouco mais a discussão, ainda que se considere as nomeações como atos discricionários do Chefe do Poder Executivo, a finalidade do interesse público não dá margem à discricionariedade, é vinculativa e inegociável. Deste modo, entende-se que nenhum ato administrativo é totalmente discricionário, pois, ainda que pautado pela conveniência e oportunidade da Administração Pública, está inevitavelmente relacionado à finalidade do interesse público e, portanto, sujeito ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

¹³ **BBC Brasil. STF tem maioria para manter suspeição de Moro; processos contra Lula serão julgados de novo no STF.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56853035>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Em síntese, atos de livre nomeação não são 100% livres, porque estão adstritos às características elementares do ato administrativo. O desvio de finalidade leva ao abuso de poder. Governo e governante não devem se confundir, pois o primeiro será sempre maior do que o segundo. Enfim, traduz-se a ideia de Claude Lefort¹⁴ ao refletir sobre Maquiavel: o poder deve ser um “lugar vazio”, já que quem o exerce deve fazê-lo temporariamente.

Feito o parêntese, é preciso dizer, entretanto, que até bem pouco tempo atrás as decisões do Supremo tinham como norte o princípio da separação dos poderes, em clara opção pela mínima interferência do Judiciário em atos dos demais poderes constituídos, notadamente nos que envolviam atos discricionários do Poder Executivo. Veja-se que, a ferro e fogo, a nomeação de agentes públicos para a atuação estatal como Administração Pública deveria se curvar a critérios puramente técnicos, pois é nesta esfera que se dá a realização/efetivação das políticas públicas estabelecidas pelo Estado em sua atuação como Governo. Contudo, neste contexto, seria possível discutir toda e qualquer nomeação que não atendesse a tal padrão, fundamentando-se na violação ao princípio constitucional explícito da eficiência, elementar no Direito Administrativo, o que culminaria com uma infundável judicialização dos atos discricionários da Administração Pública. Além disso, importa considerar que se tratam de cargos de confiança do Presidente da República, por exemplo, para os quais não seria razoável vislumbrar indicação totalmente desvinculada de critérios subjetivos.

Portanto, ainda que se entenda possível, e necessário, o controle de legalidade pelo Poder Judiciário, impõe-se considerar a Constituição como interface entre os universos jurídico e político (BARROSO, 2012) – portanto, instrumento através do qual é possível garantir direitos e/ou interferir nos rumos da sociedade brasileira.

Diante da encruzilhada, a ponderação passa a levar em consideração, além do caso concreto, o contexto social do país – começando pelo governo Dilma Rousseff, passando por Michel Temer e ganhando ainda mais força no governo Jair Messias Bolsonaro. Como ponto em comum, as interferências se deram sempre em momentos de fragilidade política, conforme se demonstrará a seguir.

Em 18 de março de 2016, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes determinou a suspensão da nomeação do ex-presidente Lula para ministro da Casa Civil¹⁵.

¹⁴ LEFORT, Claude (1972). *Le travail de l'oeuvre Machiavel*. Paris: Gallimard (1979). As formas da história: ensaios de antropologia política. São Paulo: Brasiliense.

¹⁵ **G1. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil.** Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.html>. Acessado em 18 abr. 2021.

Ao fundamentar a decisão, Mendes ponderou que a nomeação feita pela então presidente Dilma Rousseff tinha a intenção de fraudar as investigações da Operação Lava-Jato, pois, como Ministro de Estado, Lula adquiriria foro por prerrogativa de função, escapando do julgamento em 1ª instância pelo juiz Sergio Moro.

Tem-se evidente que a decisão se baseou na violação do princípio da finalidade do interesse público, considerando que o ato praticado pela Presidente da República era eivado de vício por atender apenas a interesses privados. “O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitida pela Presidente da República”, ponderou Gilmar Mendes à ocasião.

Ainda não havia implicações diretas do ex-presidente com a Lava-Jato, mas já se desenhava cenário em que este acabaria ligado às investigações, razão pela qual entendeu-se configurado o desvio de finalidade. A defesa de Lula sustentou que a nomeação é ato privativo da Presidente da República, nos termos do artigo 84, I, da Constituição Federal de 1988, e que o ex-presidente não era réu em ação penal e, portanto, não possuía qualquer impedimento legal ou constitucional para assumir a função.

Imprescindível destacar que tal medida foi tomada em meio às discussões quanto ao *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, fragilizada, assim, a Chefe do Executivo. O tom do discurso do ministro foi quase ameaçador: “Se houver avaliação de que se trata de medida para descredenciar a Justiça, obstrução de Justiça certamente está nos tipos de crime de responsabilidade. Pode ter outros dispositivos aplicáveis da legislação penal”. É preciso considerar que a decisão se deu também com base em interceptação telefônica vazada de maneira, no mínimo, discutível por constar como uma das partes da ligação a então Presidente da República.

Três anos depois, em entrevista ao programa Roda Viva¹⁶, da TV Cultura, Gilmar Mendes disse que: “Se o caso do Lula assumir a Casa Civil fosse hoje, eu teria muitas dúvidas sobre que decisão tomar”. Isso porque as conversas vazadas pelo *The Intercept*¹⁷ mostram o que, segundo o próprio ministro, trata-se da contaminação de juiz e promotores na ação penal.

O caso explicita a força que se autoatribui o Poder Judiciário. E não é fato isolado a interferência direta nos rumos da vida política nacional em controle sobre atos privativos

¹⁶ **TV Cultura. Programa Roda Viva.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-X-rECWSNJw>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁷ **The Intercept Brasil. Os diálogos se Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept.** Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

do Chefe do Executivo. O governo Michel Temer também esbarrou em medida judicial na tentativa de nomear a então deputada Cristiane Brasil para o Ministério do Trabalho¹⁸. O caso é ainda mais emblemático, pois a liminar que impediu a posse foi originalmente concedida por um juiz federal de 1ª instância, atendendo a ação popular promovida pelo Movimento dos Advogados Trabalhistas Independentes.

Segundo a tese firmada pela entidade, a nomeação de Cristiane Brasil “ofendia a moralidade administrativa”, porque, além de não reunir em seu currículo características apropriadas à função, a deputada tinha contra si “fatos desabonadores já replicados nas grandes mídias, como condenação ao pagamento de dívida trabalhista”. O juiz concedeu a liminar *inaudita altera pars* (não ouvida a outra parte) impedindo a posse “diante da gravidade dos fatos sob análise”, destacando flagrante desrespeito à Constituição no que se refere à moralidade administrativa.

E arrematou: “É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo, e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável”.

Mais uma vez, ainda que não se discuta o mérito da questão, tem-se configurada nítida interferência do Poder Judiciário sobre o Executivo, desta feita em decisão emanada por magistrado de 1º grau. A liminar mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ e ES) foi posteriormente cassada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁹, sob o argumento de que não há no país lei que proíba condenado em ação trabalhista de assumir cargo público.

Mas antes mesmo de a postulante ao cargo assumir, a ministra Carmen Lúcia, do STF, tornou a suspender a posse marcada para 22 de janeiro de 2018²⁰. Diante do impasse,

¹⁸ **Agência Brasil. Liminar suspende nomeação de Cristiane Brasil para o Ministério do Trabalho.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-01/liminar-suspende-nomeacao-de-cristiane-brasil-para-o-ministerio-do-trabalho>. Acessado em: 18 abr. 2021.

¹⁹ **Conjur. STJ cassa liminar e permite que Cristiane Brasil assumo Ministério do Trabalho.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-20/stj-cassa-liminar-permite-cristiane-brasil-assumo-ministerio>. Acesso em 18 abr. 2021.

²⁰ **Uol. Cármen Lúcia suspende temporariamente a posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/01/22/carmen-lucia-suspende-temporariamente-a-posse-de-cristiane-brasil.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

o então presidente Michel Temer optou por anular a nomeação da ministra em decreto publicado no dia 23 de fevereiro de 2018²¹.

O governo Temer foi um dos mais fragilizados da história recente brasileira. Após assumir a presidência com o *impeachment* de Dilma Rousseff, o até então vice-presidente chegou a ostentar a marca de presidente mais rejeitado da história, com avaliação de 82% de ruim ou péssimo pelos entrevistados pelo instituto de pesquisas Datafolha²². O Chefe do Poder Executivo mais impopular desde o fim da ditadura não tinha força política ou apoio popular para fazer valer suas decisões.

E, por outras razões, cenário semelhante pode ser observado na relação entre STF e governo Jair Messias Bolsonaro. Desde que assumiu a Presidência em janeiro de 2019, não foram poucas as ocasiões em que o Chefe do Executivo ameaçou convocar as Forças Armadas para fazer valer suas decisões. Em governo marcado pelo uso recorrente das mídias sociais como instrumento político, o Presidente da República chegou a fomentar no *Twitter* e no *Facebook* a tese de uma intervenção federal, com base no artigo 142 da Constituição, sustentando o uso dos militares como “poder moderador”, com a finalidade de evitar o surgimento de um superpoder²³. Mais recentemente, afirmou estar preparado para confrontar as medidas tomadas por governadores de Estados no combate à pandemia da Covid-19 (possibilidade de *lockdown* nos Estados), afirmando ser ele o Chefe Supremo das Forças Armadas²⁴.

A animosidade entre os dois poderes advém do choque entre um Judiciário de viés mais intervencionista e um Governo conservador apoiado essencialmente em base militar e religiosa, pouco suscetível a ingerências externas. A relação se deteriora notadamente por ocasião da pandemia, com decisão unânime do STF reforçando que União, Estados e Municípios têm competência para legislar sobre medidas de saúde²⁵. Entretanto, a guerra

²¹ **Conjur. Temer anula nomeação de Cristiane Brasil para Ministério do Trabalho.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/temer-anula-nomeacao-cristiane-brasil-ministerio>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²² **Veja. Temer bate próprio recorde e é o presidente mais rejeitado da história.** Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/temer-bate-proprio-recorde-e-e-o-presidente-mais-rejeitado-da-historia/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²³ **El País. Bolsonaro invoca “intervenção militar” contra o STF e flerta com golpe.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-29/bolsonaro-invo-ca-intervencao-militar-contr-a-o-stf-e-flerta-com-golpe.html>. Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁴ **Uol. Bolsonaro ameaça acionar Forças Armadas contra medidas de governadores.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/04/23/bolsonaro-ameaca-acionar-forcas-armadas-contr-a-medidas-de-governadores.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁵ **G1. Supremo decide que estados e municípios têm poder para definir regras sobre isolamento.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/15/maioria-do-supremo-vota-a-favor-de-que-estados-e-municipios-editem-normas-sobre-isolamento.ghtml>. Acesso em: 24 abr. 2021.

é de fato declarada com a suspensão da nomeação do novo diretor-geral da Polícia Federal pelo ministro Alexandre Moraes²⁶.

Ao deferir liminar em mandado de segurança em 29 de abril de 2020, o ministro considerou viável a ocorrência de desvio de finalidade no ato da nomeação de Alexandre Ramagem, infringidos os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e, mais uma vez, da finalidade do interesse público.

A nomeação de Ramagem se deu em meio às denúncias do ex-ministro da Justiça Sérgio Moro de que o presidente teria tentado intervir na Polícia Federal, nomeando um diretor-geral com quem pudesse dialogar diretamente e receber informações, acessando inclusive relatórios sobre investigações em curso. Ramagem é amigo pessoal da família Bolsonaro. Tudo isso em momento no qual a Polícia Federal investigava denúncias contra os filhos do presidente em esquema de corrupção conhecido como “rachadinha”²⁷.

Bolsonaro se viu obrigado a invocar o mesmo artigo 84 da Constituição que lhe atribui competência privativa para prover cargos públicos federais, desta vez para tornar sem efeito a nomeação de Alexandre Ramagem, que voltou ao cargo de diretor-geral da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN)²⁸. Poucos dias depois, o presidente nomeou Rolando Alexandre de Souza, nome de confiança de Ramagem para a função²⁹.

Do caso Dilma/Lula, com acusação de obstrução à Justiça, ao governo Bolsonaro, com indícios de aparelhamento do Estado, cresce a tensão entre Judiciário e Executivo – potencializada pelas divergências de entendimentos quanto às ações a serem tomadas no combate à pandemia da Covid-19. Provocado, o Supremo não tem se furtado em intervir em questões políticas ou de Administração Pública, tornando evidente o posicionamento de relativização do princípio da separação dos poderes diante do dever que entende ter-lhe atribuído a Constituição de 1988.

²⁶ **STF. Ministro Alexandre de Moraes suspende nomeação de Alexandre Ramagem para o comando da PF.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442298&ori=1>. Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁷ **Uol. Rachadinha na família Bolsonaro: quebra de sigilo aponta 12 anos de movimentações suspeitas.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ph6JgfORuYs>. Acesso em 24 abr. 2021.

²⁸ **Migalhas. Bolsonaro revoga nomeação de Alexandre Ramagem para PF.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/325805/bolsonaro-revoga-nomeacao-de-alexandre-ramagem-para-pf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

²⁹ **Correio Braziliense. Saiba quem é Rolando Alexandre de Souza, novo diretor-geral da PF.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/04/interna_politica,851163/saiba-quem-e-rolando-alexandre-de-souza-novo-diretor-geral-da-pf.shtml. Acesso em: 25 abr. 2021.

2.2 – A CONSTITUIÇÃO E OS EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA VIDA SOCIAL BRASILEIRA

Com lastro no exposto até aqui, é possível dizer que a política encontrou na esfera jurídica um *locus sui generis* para sua manifestação, bem como o Judiciário viu na política um caminho aberto para a expansão do seu poder. Ou, ao menos, que a moderna jurisdição constitucional permite uma judicialização da política sem perder de vista a consequente politização do Judiciário.

Ambos os fenômenos se dão por efeito do sistema constitucional analítico, capaz de regular questões políticas, com opção do legislador constituinte pelo controle judicial da atuação dos demais Poderes – o que para alguns pensadores do Direito, conforme se verá mais adiante, configura uma jurisdicionalização da Constituição, de modo a dotar o Poder Judiciário de autoridade e ascendência. Enfim, o *juris dictio* seria a medida final.

De fato, existe o incremento das demandas judiciais a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, que um prevê amplo controle de constitucionalidade e estabelece o acesso à Justiça depois de décadas em que o Judiciário era acessível apenas às elites. De acordo com Barroso (2012, p. 3-6), trata-se da transferência do poder decisório das questões de repercussão política e social para o âmbito do Judiciário, que passa a decidir sobre questões mais afetas às instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo).

Essa transferência ocorre de duas formas: através dos próprios poderes políticos, em estratégia para evitar desgastes sociais; ou por meio da sociedade em si, quando esta provoca o Judiciário a decidir sobre questões que, por essência, deveriam se dar na arena política. Nesta última forma, visa a suprir omissões ou impedir que atos do Legislativo e do Executivo se concretizem.

Assim, a judicialização da política configura-se em fenômeno não apenas jurídico, mas também político e social, com origem na redemocratização, em um modelo de Estado social, na concepção de um constitucionalismo dirigente e no aumento da litigiosidade.

Marcus Faro de Castro (1996, p.148) relaciona a judicialização da política a um chamamento dos tribunais a se pronunciar onde o funcionamento dos poderes Legislativo e Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório.

Altera-se, assim, a lógica do sistema político pela modificação na relação entre os três poderes. Uma confusão entre os sistemas jurídico e político, e mesmo na relação entre Direito e Política, com “severos riscos para o sistema político como um todo” (Moreira,

2015, p. 215). Em um cenário de crise das instituições políticas e de insatisfação popular com os poderes representativos, passa-se a depositar no Judiciário as esperanças do país. Não por acaso o eleitor passou a cogitar figuras do meio jurídico como salvação para a política, a exemplo do ex-ministro do STF Joaquim Barbosa e, mais recentemente, do ex-juiz federal Sergio Moro.

Ocorre que, lançado à luz da opinião pública diante da tomada das decisões mais significativas da sociedade brasileira, o Poder Judiciário também se vê refém das críticas. E com um agravante: o amplo acesso à Justiça está associado ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CF/88), gerando pressão sobre quem toma as decisões. Provocado, o Judiciário tem o dever de se pronunciar, cabendo ao juiz a apreciação do caso posto.

Em recente entrevista ao jornal Estado de São Paulo³⁰, o ministro Gilmar Mendes deu claríssimo exemplo de como o protagonismo judicial pode afetar as decisões, ainda mais as de espectro político com forte apelo popular. Questionado sobre o porquê de as instâncias inferiores não terem observado a suspeição do então juiz Sergio Moro no caso Lula, reconheceu que havia “uma ânsia de decidir rapidamente”:

Havia um pouco de ambiente de mídia opressiva. Uma ânsia de decidir rapidamente. E decidir de acordo com aquilo que a Lava Jato tinha estabelecido. Se nós formos olhar, havia uma certa opressão dos tribunais que eram suscetíveis de serem oprimidos. O STJ, nesse período, também foi submetido a uma pressão político-judicial. Uma perseguição judicial.

É possível concluir que a judicialização da política estabelece uma pressão sobre os julgadores, que, conseqüentemente (e não apenas por isso), passam a atuar como atores políticos. Tem-se, assim, uma politização das decisões influenciada também pelo clamor social – além, é claro, das próprias convicções políticas de juizes e tribunais. É o que se chama politização da Justiça, uma desvirtuação da atividade dos magistrados, que passam a adotar fundamentos políticos, subjetivos, valorativos e majoritários na tomada de suas decisões.

Essa dinâmica política acaba recaindo sobre o Supremo Tribunal Federal, já que os ministros estão imersos neste vórtice político, constantemente demandados a decidir questões relacionadas às instâncias representativas, muitas vezes provocados por grupos de interesse/poder e partidos políticos.

³⁰ **Estado de S. Paulo.** “Não foi uma absolvição”, afirma Gilmar Mendes sobre caso de Lula. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nao-foi-uma-absolvicao-diz-gilmar-sobre-caso-de-lula,70003685138>. Acesso em: 9 maio 2021.

Moreira utiliza o modelo de “juiz-político” de Guarnieri ao apontar a substituição dos fundamentos jurídicos por outros estranhos ao sistema judicial em si, diante do que o magistrado deixa o lugar de terceiro imparcial para assumir um papel ativo na tomada de decisões:

A politização da justiça é a manifestação do modelo de “juiz-político” de Guarnieri, que gera instabilidade para o direito, em razão de ser um modelo de juiz que contraria os elementos centrais de sua atuação, passando a interpretar de forma criativa e autônoma, pautado em aspectos políticos, econômicos, morais, culturais, e sociais, por exemplo.
(MOREIRA, 2015, p. 220)

Campilongo critica o acoplamento dos sistemas jurídico e político, que resulta em decisões políticas, violados os princípios da imparcialidade e da legalidade. E alerta para o risco de uma redução da política a mero exercício de formalismo jurídico:

O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua (...). Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de formalismo judicial.
(CAMPILONGO, 2011, p.63)

Por óbvio os dois universos devem eventualmente colidir e se interligar, mas fazer de um a atividade do outro poderá implicar em desvirtuação do sistema como um todo. A política tem como base a soberania popular, expressa na regra majoritária, enquanto a justiça se alicerça na limitação do poder pelo Direito. A junção de ambos tenderia a gerar, por exemplo, a atuação do magistrado influenciada pelo apelo popular, tornando-o menos técnico e mais populista (Moreira, 2015, p. 226-227).

Neste ponto, os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial têm forte aproximação, não devendo, entretanto, ser compreendidos como sinônimos. Enquanto a primeira decorre da crescente demanda política no Poder Judiciário, com transferência de discussões das instâncias representativas para os tribunais, a segunda transcende a atuação judicial convencional, configurando-se em verdadeira atitude política dos julgadores que optam por interpretar a Constituição para além dos limites do texto constitucional, como se verá no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 – O PROTAGONISMO JUDICIAL E O SURGIMENTO DE UM DIREITO DE CONVENIÊNCIA

Para além da judicialização da política, e mesmo em razão desta, ganha força um movimento de defesa do exercício da função jurisdicional em extrapolação dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, numa incursão não autorizada pela Constituição ao núcleo de atribuições de outros Poderes. Ampara-se na proposta de efetivar os princípios e os valores constitucionais sonogados desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, fazendo valer os ideais que inspiraram o poder constituinte originário na construção da atual Carta Magna brasileira.

Tal atuação jurisdicional proativa, concretizadora e, por assim dizer, de vanguarda guarda estreita relação com a ideia de suprir as lacunas deixadas pelos poderes políticos, por um dever do único poder técnico de agir diante do mau funcionamento da máquina estatal. Traduz também a concepção de um poder soberano, última fronteira de defesa do Estado Democrático de Direito e das promessas pactuadas com o Povo no contrato social celebrado em 5 de outubro de 1988. E ainda o entendimento de que incumbe ao Judiciário o papel de interpretar constitucionalmente o sentimento do Povo. Mais que isso: o papel de “empurrar a história” e fazer acontecer.

Ocorre que, neste contexto, o ativismo judicial, e demais correntes assemelhadas, cruza as fronteiras delimitadas pelo ordenamento jurídico nacional e rompe a linha tênue do princípio da separação dos poderes, tornando o Judiciário um poder dominante, senhor absoluto das grandes decisões da vida social e política brasileira. A possibilidade de uma “judiciocracia”, de jurisdição política, abre caminho para uma atuação cada vez mais por conveniência, alinhada não mais a aspectos puramente jurídicos, mas, principalmente, a questões de cunho econômico, político e até de opinião pública – o que se confirma nos casos apresentados no capítulo anterior.

Em síntese, se a atuação do nosso Judiciário na interpretação do Direito se dá por meio de uma hermenêutica de princípios, então tudo está a cargo da conveniência de quem decide. E os riscos de uma “ditadura de toga” são os mesmos dos enfrentados na “ditadura de farda”.

A fim de enfrentar tais questões, é essencial compreender os fundamentos do novo modelo de atuação judicial e sua vertente mais transgressora, analisando os efeitos de tais opções sobre os rumos da vida social brasileira e do Estado Democrático de Direito.

3.1 – ATIVISMO JUDICIAL: UMA INCURSÃO NÃO AUTORIZADA SOBRE O NÚCLEO DE ATRIBUIÇÕES DOS DEMAIS PODERES CONSTITUÍDOS

O ativismo judicial pode ser entendido como uma atitude política, “...a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance” (Barroso, 2012, p. 25). Como já visto, pressupõe a participação mais ampla e contundente do Poder Judiciário na busca pela concretização dos princípios e valores constitucionais, com clara e necessária interferência nas atribuições dos poderes políticos, em geral em razão da inércia, omissão ou atuação deficiente dos poderes representativos.

Barroso leciona que a postura ativista se dá de diferentes formas, dentre elas: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente fixadas em seu texto, com independência de manifestação do legislador; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador utilizando-se de critérios menos rígidos do que os que comprovam patente e ostensiva violação à Constituição; c) imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Tem-se, portanto, clara imposição sobre os demais poderes na busca pela extração do máximo potencial do texto constitucional, mesmo que não necessariamente respeitada a sua letra fria.

Na concepção de Streck (2007, p. 39-40), o cenário político do pós-Guerra levou à adoção de mecanismos para assegurar a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos, com a universalização da prioridade dos direitos humanos, colocando o Poder Judiciário como alternativa de resgate de promessas de modernidade – tendo fundamental importância o acesso à Justiça e o controle dos atos dos demais poderes constituídos –, deslocando a tensão dos procedimentos políticos para os judiciais. O que decerto põe o Judiciário no centro das decisões do Estado Democrático de Direito, com o dever de suprir omissões e falhas do Executivo e do Legislativo, autorizada a sua intervenção nos poderes políticos.

Sob tal perspectiva, torna-se viável a expansão do exercício jurisdicional à área de atuação dos demais poderes, com interferência direta em suas decisões, o que, para o autor, não caracterizaria violação do caráter democrático. Observa-se, assim, uma espécie de contrapeso, que se dá através da jurisdição constitucional, com intensa fiscalização e controle de constitucionalidade dos atos do Executivo e Legislativo.

Para Tassinari (2013), o fenômeno tem vários entendimentos: a) como decorrência do exercício do poder de revisar atos dos outros poderes (controle de constitucionalidade);

b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste ponto, entraria em conflito com o conceito de judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador. Entretanto, Elival da Silva Ramos (2010, p. 116-117) tem postura mais contundente, afirmando tratar-se da descaracterização da função típica do Judiciário, com invasão ao núcleo de funções constitucionalmente atribuídas aos demais Poderes, ultrapassada a linha demarcatória da função jurisdicional. Em suma, tem-se uma apropriação funcional por parte do Poder Judiciário ao assumir postura política proativa na tomada de decisões.

O que não é necessariamente considerado um risco para alguns doutrinadores que defendem um Direito menos estanque, sobretudo ao se ponderar o exercício de funções típicas e atípicas pelos poderes constituídos no desempenho de suas atribuições e mesmo a outorga ao Judiciário do controle de constitucionalidade. Miarelli e Lima (2021, p. 74), por exemplo, sustentam que a aplicação do princípio da separação dos poderes requer um ajuste à luz das diferentes realidades constitucionais, em um círculo hermenêutico no qual teoria da Constituição e experiência constitucional se completam, esclareceme fecundam.

O fato é que, defenda-se ou não uma postura mais incisiva dos juízes na tomada das decisões, o ativismo judicial implica no reconhecimento da supremacia do Judiciário sobre os demais poderes, a tal ponto que lhe é “permitido” cruzar as fronteiras e assumir competências que não lhe são constitucionalmente asseguradas.

E ainda que não se considere absoluto o princípio da separação de poderes – como nenhum outro, aliás –, traduz-se em verdadeira afronta ao sistema de freios e contrapesos, destinado a assegurar, além da especialização funcional, a inexistência do abuso de poder. Retomando Montesquieu: “todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele”.

A preocupação com o avanço do Judiciário na assunção de competências de outros Poderes, objeto maior do presente trabalho, se dá, entre outras razões, pois tal apropriação funcional sobre decisões políticas ocorre sem representatividade, ou seja, inexistentes as credenciais políticas para tanto. Afinal, estas cabem aos representantes eleitos. No mais, não há formação técnica ou acesso a informações estratégicas (de plano de Governo) para concluir pela melhor solução nos casos relativos, por exemplo, a ações governamentais de políticas públicas.

Avizinha-se, então, um paradoxo: se a finalidade do interesse público demandaria indicações técnicas para órgãos, cargos e funções da Administração Pública em razão da especialização, logo não deveria o Judiciário interferir em atos de Administração Pública,

pois seus membros não detêm formação, e informação, técnica especializada para decidir sobre tais questões.

Por óbvio é possível dizer que as decisões consideram somente aspectos jurídicos para os quais o Judiciário é, por essência, o Poder especializado. Entretanto, não há como negar uma dualidade de perspectivas, fruto do entendimento de que ao Judiciário é dada a prerrogativa da jurisdição (dizer o Direito) de forma ampla e irrestrita – para os ativistas, cumprindo com o seu papel de “fazer acontecer”.

No artigo *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, Barroso trata da “função iluminista” das cortes supremas e das situações em que, segundo ele, estas poderiam, de maneira legítima, “empurrar a história”. Veja-se que “empurrar a história” e “fazer acontecer” podem ser usados como sinônimos no caso específico. Isso porque partem do pressuposto de que cabe ao Judiciário, neste caso representando por seu tribunal maior, assegurar as políticas públicas quando da inércia do processo político:

A conclusão é bastante simples e facilmente demonstrável, apesar de contrariar em alguma medida o conhecimento convencional: em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos. (BARROSO, 2015, p. 25)

Portanto, incumbiria às cortes constitucionais extrapolar a sua função puramente contramajoritária, pois “a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais”, diz o ministro. Para Barroso, “a democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões”.

Tal entendimento legitima a assunção do *locus* dos poderes representativos pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda que se rejeite a pecha, traduz ideias características do ativismo judicial. Outra vez, orientados pela agulha de uma bússola que aponta como norte a concretização de valores e princípios constitucionais abstratos, traçam rota rumo a um ideal maior, ignorando no caminho as barreiras impostas pelo ordenamento jurídico.

Sob este prisma, impossível dissociar o ativismo do neoconstitucionalismo e de sua matriz filosófica, o pós-positivismo. O impulso anárquico que propõem os ativistas se fundamenta em uma nova forma de enxergar o Direito, livre das amarras formais do positivismo e seu sistema lógico, hermético, de regras imperativas de condutas. Barroso

sustenta que o termo neoconstitucionalismo tem caráter descritivo de uma nova realidade, transformando-a em objeto de desejo:

Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. (BARROSO, 2015, P. 28)

A insistência em Barroso se sustenta no fato de ser ele o principal nome brasileiro na defesa do neoconstitucionalismo e, como já visto, de ideias bem próximas do ativismo judicial. Em síntese, o ministro sustenta três papéis fundamentais das Cortes Supremas no já mencionado artigo:

- a) contramajoritário: revisando a vontade dos poderes políticos como maneira de garantir a integridade das Constituições e de forma a confrontar o desejo da massa em detrimento, por exemplo, das minorias;
- b) representativo: ainda que soe um tanto estranho, todo o poder emana do povo, portanto, se o Judiciário é um Poder constituído, encontra neste fundamento a sua representatividade. Tem-se, assim, a necessidade de os julgadores interpretarem constitucionalmente o sentimento do povo;
- c) vanguarda iluminista: em momentos históricos, incumbe às Cortes Supremas assumir papel protagonista, antever pautas e “empurrar a história”.

E parece claro que tais atribuições implicam necessariamente em uma abertura à discricionariedade do ato decisório, fruto da expansão da jurisdição constitucional, com o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação da Constituição (ponderação de princípios e argumentação), superado o rigor do formalismo jurídico. “Na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade” (BARROSO, 2015, p. 31).

Para além da indeterminação das questões jurídicas, entende-se menos delineável a fronteira entre legislação e jurisdição, política e Direito, em razão da transferência da decisão final ao juízo valorativo do julgador em casos complexos, para os quais não existe resposta pré-pronta à disposição do intérprete.

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria — que fique bem claro —, mas a que inequivocamente decore da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.
(BARROSO, 2015, p. 33)

Perceptível nas palavras de Barroso a força que se atribui ao Poder Judiciário — o que para muitos autores pode culminar em uma “judiciocracia”. Sarmento (2009) aponta o caráter antidemocrático do viés judicialista característico do ativismo judicial na medida em que, em consonância com o já anteriormente exposto no início deste capítulo, juízes não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo, a exemplo dos parlamentares e chefes do executivo. Ainda assim, o neoconstitucionalismo lhes confere uma espécie de poder constituinte permanente, “pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito” (SARMENTO, 2009, p. 12).

O autor relembra que, historicamente, tal perspectiva levou inúmeras correntes de pensamento a rejeitar o ativismo judicial no exercício da jurisdição constitucional — dos revolucionários franceses do século XVIII, passando por Carl Schmitt na República de Weimar e chegando aos constitucionalistas populares dos EUA de hoje. Ao assumir para si o papel de interpretar e antever o melhor para a sociedade, minimizando função central das demais instâncias constituídas, o modelo gera consequências não só sobre o plano descritivo, mas também na esfera normativa.

Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada.
(SARMENTO, 2009, p. 13).

Contudo, parece simples perceber que os “sábios de toga” não estão imunes aos sabores e dissabores do universo político, assim como que o agigantamento de um Poder inatingível, senhor absoluto das principais decisões nacionais, tende a desembocar em um

autoritarismo judicial. Se a justificativa para o ativismo judicial parte de uma visão crítica do processo político majoritário – não sem boa dose de razão neste ponto –, um governo do Judiciário, ainda mais nos termos propostos, ignora a óbvia tendência de interpretação da norma de acordo com a conveniência não só de julgadores, mas essencialmente dos grupos de interesse e de poder.

E um dos efeitos colaterais mais perceptíveis de tal excesso é a disseminação da ideia de que voto e política têm pouca relevância, pois cabe ao STF dizer, à luz de valores e princípios constitucionais, quais rumos o país deve tomar. “Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda”, arremata Sarmiento (2009).

Por mero encadeamento lógico, é possível dizer que o ativismo judicial encontra raiz em uma crise democrática diante da fadiga das instituições políticas, o desgaste do sistema partidário e dos grandes partidos políticos e o avanço do autoritarismo eleitoral (autoritarismo competitivo ou neopopulismo). Acrescente-se a tudo isso um acirramento da tensão política fomentada por um modelo dualista de “nós x eles” que faz com que os partidos políticos enxerguem o STF como uma trincheira da luta política, com benefícios mútuos. Como leciona Medeiros (2020), os partidos provocam o Judiciário, instigando uma atuação ativista em seu favor; por seu turno, o Supremo se arvora em seara que por vezes não lhe pertence, acumulando atribuições, prestígio e poder.

O sistema se retroalimenta, pois não se pode retirar do Judiciário a capacidade de analisar, mesmo que de forma pontual, questões constitucionais ligadas à política, bem como não se pode afastar a legitimidade dos partidos para provocar o Judiciário no intuito de frear algum tipo de arbitrariedade. Outra vez, Direito e Política se confundem tendo como interface a Constituição.

Em tal contexto, convém encerrar este capítulo com algumas divergências internas que emergem desta postura política dos julgadores, em análise realizada pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger, tido como pioneiro no uso da expressão “ativismo judicial” em artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, na Revista *Fortune*. Ao analisar a atuação da Suprema Corte dos EUA, Schlesinger já enxergava àquela época relevantes conflitos na relação:

- a) juízes não eleitos x leis democraticamente aprovadas;
- b) decisões orientadas politicamente x decisões orientadas juridicamente;
- c) uso criativo do precedente x uso estrito do precedente (*Common Law*);

- d) supremacia da vontade popular x direitos humanos;
- e) Política x Direito.

Tais reflexões serão úteis na análise que se propõe a seguir, essencialmente ao se ponderar os propalados benefícios de um viés judicial progressista e a possibilidade real do surgimento de um Direito de Conveniência, aplicado ao sabor dos interesses de grupos de poder. À vista do debate proposto no presente trabalho, parece claro que a proposta de tutelar os interesses sociais ante a inércia ou incapacidade dos demais poderes para decidir implica em sistema no qual o intérprete necessariamente cria norma jurídica – e cada vez mais livremente –, culminando em temeroso cenário no qual cabe ao Judiciário criar as normas, julgá-las e estabelecer os moldes nos quais serão executadas as políticas públicas.

3.2 - DIREITO DE CONVENIÊNCIA: A NECESSIDADE E OS RISCOS DE UM JUDICIÁRIO PROTAGONISTA DAS GRANDES DECISÕES DA VIDA SOCIAL BRASILEIRA

“A ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda”. Não parece exagero repetir as palavras de Sarmiento (2009) como mantra democrático, a fim de repelir ideias que flertem com o autoritarismo, seja este bélico ou judicial, ainda que camuflado sob o rótulo do iluminismo.

Mas, afinal, em nosso contexto atual, é possível separar a pena da espada?

Ao estabelecer os contornos de um sistema tripartite de poder, Montesquieu (em “*O Espírito das Leis*”) trouxe a ideia de harmonia, a fim de que nenhum poder se tornasse excessivamente dominante e que o Estado nunca perecesse ante a ausência de atuação em alguma de suas funções essenciais. Assim, caberia ao Estado fazer o que deveria ser feito, e não o que um governante soberano ordenava executar.

Nesta linha de pensamento que perdura desde então, ao mesmo tempo em que os poderes são freios uns dos outros (sistema de freios e contrapesos) também incumbe a cada um deles o dever de substituir os demais na falta ou na necessidade, pois o objetivo maior e final do sistema é o bom funcionamento do Estado.

Decerto tal atuação atípica deve ser somente temporária e emergencial, respeitado, em regra, o princípio da separação dos poderes. Contudo, o caso brasileiro carrega em si uma série de peculiaridades que têm motivado o desequilíbrio constante da balança entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Uma irremediável crise dos poderes representativos,

permeada por uma sequência de escândalos políticos extremamente duradouros, culmina em permanente instabilidade institucional e do próprio Estado Democrático de Direito.

Desde 2013, com a deflagração de uma crise econômica, ou ao menos a partir do ano de 2016, diante da pressão pelo *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff, é notável a tensão que ronda a figura do Chefe do Executivo. Pressão inicialmente política, mas que se torna também popular. Moderador do poder estatal, o Povo vai (ou é induzido a ir) às ruas a fim de intervir. E sua participação na política, ainda que muito restrita ao discurso de “nós x eles”, vem num crescente desde então.

No Legislativo, os casos do Mensalão, Lava-Jato e mais recentemente do esquema de “rachadinha”, em investigação pela Polícia Federal, colocam em xeque a imagem do poder que, historicamente, parece possuir menor credibilidade perante o povo brasileiro.

Neste contexto, o Judiciário surge como fiel da balança. Poder técnico, se coloca como último bastião do Estado Democrático de Direito, responsável pela defesa final da República, da Democracia, obrigado a atuar de forma contundente a fim de assegurar um mínimo de estabilidade à República Federativa do Brasil, união indissolúvel de Estados, Municípios e do Distrito Federal.

A percepção de que Legislativo e Executivo não têm capacidade de cumprir com suas atribuições, até por falta de tecnicidade ante um vínculo absoluto com o jogo político, aumenta cada vez mais a sensação dos integrantes do Judiciário de que é preciso agir. E como a crise se prorroga no tempo, com novos indícios de irregularidades que perpassam os governos Michel Temer e Jair Messias Bolsonaro, o que era somente uma ideia passa a se tornar dever. A incumbência constitucional de assumir papel ativo ante a estagnação da máquina estatal que, na concepção de parte dos membros do Poder Judiciário, demanda ir além do simples papel de julgar conforme as leis, mas também de interpretar os anseios sociais descritos na Constituição e fazer com que estes sejam cumpridos (executar).

O sistema político brasileiro que anteriormente preconizava pela separação dos Três Poderes, passou a admitir uma intervenção do Judiciário no Executivo e Legislativo, exercendo uma espécie de contrapeso, realizada por meio do exercício da jurisdição constitucional e mecanismos de fiscalização e controle da constitucionalidade dos atos do Legislativo e Executivo.

(MOREIRA, 2018, p. 214)

Este “caldo político-jurídico-social” é propício à proliferação e disseminação de ideias como as anteriormente apresentadas, amparadas em matriz filosófica neopositivista e fruto de um viés neoconstitucionalista difundido mundo afora. É necessário ir além. Ao menos é o que defendem os adeptos de uma atuação judicial proativa. Em síntese, a quem

se reserva o papel de resguardar o Estado Democrático de Direito e, ao final, a República Federativa do Brasil, é exigido o dever de agir.

É neste sentido que Barroso (2015) sustenta um papel representativo do Supremo Tribunal Federal, como maneira de assegurar a integridade da Constituição e interpretar constitucionalmente os sentimentos do Povo, incumbindo à Corte Suprema, inclusive, o papel protagonista de antever pautas e “empurrar a história”.

Entretanto, esta “vanguarda iluminista” abre caminho para uma atuação cada vez mais por conveniência, seja em decorrência da realidade republicana, civilizatória, estatal ou mesmo em razão da possibilidade de aumentar o próprio poder do Judiciário. Livres das amarras legais, julgadores e tribunais passam a tomar decisões com base em questões que extrapolam o universo jurídico, considerando mais fortemente aspectos econômicos, políticos e até de opinião pública, fundamentados em normas abertas, princípios e valores abstratos, disseminada a interpretação expansiva do texto da Carta Magna, como observa Moreira (2018):

Juntamente com a ampliação das atribuições do Judiciário, ampliou-se sua forma de atuação, que deixou de ser um mero aplicador da lei ao caso concreto, e passou a atuar de forma mais ativa e com maior liberdade de interpretação e atuação. Com tais mudanças, o exercício da jurisdição constitucional se ampliou tanto em termos de alcance, pela possibilidade de aplicação da Constituição em casos não expressamente contemplados, como também a ampliação de sua aplicação, por meio de interpretações extensivas da norma. (MOREIRA, 2018, p. 214/215)

Tem-se, então, o fenômeno do Direito de Conveniência, objeto maior do presente trabalho, que deve ser encarado sob duas perspectivas – a da necessidade de agir e a do poder pelo poder.

3.2.1 – Mas, afinal, o que é Direito de Conveniência?

Direito de Conveniência é aquele supostamente empregado em razão do interesse social, mas que permite a compreensão das normas ao sabor da ocasião e em consonância com os interesses dos grupos de poder. É a seletividade ou a possibilidade de afastamento da regra jurídica com o discurso de atingir um objetivo maior. Parte, portanto, de um ideal concretizador dos valores e princípios constitucionais, alicerçado na tese de um Judiciário soberano – responsável último não só pela *juris dictio*, mas fundamentalmente por tutelar a sociedade e o Estado Democrático de Direito. Agindo no interesse do bem-estar social,

aos “sábios de toga” é autorizada a interferência nos demais poderes constituídos, ou mesmo a assunção de competências a estes destinadas diante da lacuna de credibilidade deixada pelos poderes representativos, não raro afastando o texto legal ou atribuindo-lhe interpretação diversa (mais maleável) da original.

Um Judiciário protagonista assume liberdade quase que irrestrita diante da análise de normas abertas, valores e princípios abstratos. Com a migração do positivismo clássico para o neopositivismo, fundado basicamente na ideia de uma hermenêutica jurídica dos princípios norteadores do Direito, as decisões têm se pautado ainda mais na subjetividade dos julgadores em detrimento da norma posta. Tudo isso em nome de um suposto bem-estar social.

É possível distinguir, então, duas espécies de conveniência:

- a) a do poder pelo poder, inerente ao viés politizado da Justiça; e
- b) a da necessidade, fruto de uma crise institucional dos poderes representativos brasileiros.

Em uma concepção mais moderna dos tipos de poder, Norberto Bobbio estabelece como critério os meios de que se serve o sujeito para determinar ações e comportamentos dos demais. Para ele, as classificações do poder se dividem em: poder econômico, poder político e poder ideológico.

Mais especificamente quanto ao poder político, o autor entende se tratar de uma das formas de dominação do homem sobre o homem:

O poder político pertence à categoria do poder do homem sobre outro homem, não à do poder do homem sobre a natureza. Esta relação de poder é expressa de mil maneiras, onde se reconhecem fórmulas típicas da linguagem política: como relação entre governantes e governados, entre soberano e súditos, entre Estado e cidadãos, entre autoridade e obediência, etc. Há várias formas de poder do homem sobre o homem; o poder político é apenas uma delas.
(BOBBIO, 1998, p. 955)

O autor trata o poder como meio de obter vantagem, ou fazer valer a sua vontade. E é por isso que do Estado de Direito surgem os mecanismos constitucionais para impedir os abusos de poder ou o seu exercício ilegal. Conforme Bobbio, são estas as garantias de liberdade dos indivíduos perante o poder opressor do Estado, permitindo que o Povo não permaneça refém dos desmandos de qualquer um que assuma o poder – seja este o Chefe do Executivo ou um colegiado de juízes togados.

Tais mecanismos nascem da interdependência dos poderes públicos e, na visão de Bobbio, os mais relevantes são:

- a) o controle do Executivo pelo Legislativo;
- b) o controle do Legislativo pelo Judiciário;
- c) autonomia relativa dos governos locais em relação ao poder central;
- d) magistratura independente do poder político.

Nota-se, então, que apesar da distinção entre espécies de conveniência apresentada supra, não necessariamente as duas andam em caminhos opostos, pois é a necessidade proveniente do momento nacional que permite a assunção de poderes pelo Judiciário. Nas palavras de Norberto Bobbio (2000), falar em política enquanto prática humana conduz, irremediavelmente, ao conceito de poder. E em se tratando de política brasileira e suas nuances, impossível dissociar o acúmulo de poder da ideia de posse dos meios essenciais para fazer valer os interesses de grupos específicos da sociedade. “[...] os fins da política são tantos quantas forem as metas a que um grupo organizado se propõe, segundo os tempos e as circunstâncias” (Bobbio, 2000, p. 167).

E quais são as metas a que se propõem, de fato, os membros do Judiciário na atual escalada de acúmulo de poder? O que está em jogo é a manutenção da ordem pública e dos preceitos pactuados na Constituição ou o poder pelo poder? Ademais, já verificado o enfraquecimento de Executivo e Legislativo e a possibilidade de interpretação expansiva do texto da Carta Magna, a quem incumbe a missão de impor limites a possíveis excessos judiciais?

Não há dúvida de que quem interpreta cria norma. E se quem cria tão livremente é também quem julga, qual o limite da atuação judicial?

Imerso no meio político ante a ausência/ineficácia dos poderes representativos, o Judiciário assume papel de poder que não lhe foi democraticamente atribuído pelo Povo (através do voto). “Ao interpretar normas e princípios abstratos, o juiz participa do processo de criação do direito, e neste aspecto reside o risco de que, ao fazê-lo, adotem fundamentos valorativos e subjetivos, em detrimento dos meios de deliberação dos representantes políticos eleitos” (Moreira, 2018, p. 223). E mais: ante a inafastabilidade da jurisdição, é constantemente instado a atuar pelos mais variados grupos de interesse e poder, a exemplo dos partidos políticos, das elites econômicas e das maiorias ideológicas.

Não raro as decisões têm atendido a tais interesses, interferindo diretamente no curso natural da política, bem como em situações da vida social brasileira.

Entre a necessidade de agir e os riscos impostos por uma atuação excessivamente livre, a confusão das capacidades de legislar, julgar e executar nas mesmas mãos desenha arriscado cenário no qual incumbe ao Judiciário estabelecer a pena, aplicá-la e empunhar a espada.

Historicamente, em tais situações, quem sente o peso da espada é o Povo.

3.2.2 – Afastamento do texto legal, guerra de narrativas e a insegurança jurídica

É inegável que a atividade jurisdicional requer a capacidade de interpretação das mais diversas fontes do Direito, notadamente nos países que adotam o sistema *Civil Law*, no qual o comando legal, necessariamente geral e abstrato, precisa ser aplicado ao caso concreto. Não é incomum, portanto, a ocorrência de decisões díspares para questões que deveriam ter tratamento semelhante, já que cada julgador se utiliza de métodos e critérios interpretativos particulares na busca pelo que entende ser a melhor solução da demanda específica. E tudo isso conscientes de que cada situação em particular, mesmo que guarde similaridade com outras, carrega em si características únicas e peculiares. Desta forma, seria leviano defender a supressão da discricionariedade do julgador.

Entretanto, a liberdade para decidir não pode ser absoluta a ponto de consagrar a subjetividade do juiz como elemento balizador da atividade jurisdicional, sob pena de se ver autorizada não somente uma “judiciocracia”, mas ao final (e, talvez, com maior risco à sociedade) a proliferação de um Direito de Conveniência.

Há de se dizer que, ainda que indiretamente, o direito materializado nas leis é fruto da vontade popular, representando o que a sociedade entende ser o melhor caminho a se tomar – passível de controle, portanto, tão somente nos casos de afronta constitucional ou da manifestação de uma tirania das maiorias.

Afastado o texto legal, último elemento limitador da atividade jurisdicional, resta somente um juízo de caso meramente valorativo, única e exclusivamente a cargo de quem julga. Se a atuação do nosso Judiciário na interpretação do Direito se dá através de uma hermenêutica de princípios, então tudo está a cargo de quem decide. Tudo não passa de uma guerra de narrativas. Uma disputa de perspectivas. Nos Tribunais, o medir de forças que já virou atração nas transmissões das grandes discussões no Plenário do Supremo.

Ao tratar do poder ideológico, Bobbio (1998) que, como a expressão sugere, tal poder se aplica sobre as mentes pela produção e transmissão de ideias, símbolos ou visões de mundo, através do uso da palavra, mais precisamente:

(...) na influência que as ideias formuladas de um certo modo, expressas em certas circunstâncias, por uma pessoa investida de certa autoridade e difundidas mediante certos processos, exercem sobre a conduta dos consociados: deste tipo de condicionamento nasce a importância social que atinge, nos grupos organizados, aqueles que sabem, os sábios, sejam eles os sacerdotes das sociedades arcaicas, sejam os intelectuais ou cientistas das sociedades evoluídas, pois é por eles, pelos valores que difundem ou pelos conhecimentos que comunicam, que se consuma o processo de socialização necessário à coesão e integração do grupo.
(BOBBIO, 1998, p.955)

Importante destacar que, em algum aspecto, essa disputa acabou transposta para o dia a dia nacional, dividindo a sociedade em constante dualismo de “nós x eles”, sejam estes ou aqueles esquerdistas x conservadores, petistas x bolsonaristas, religiosos x ateus e/ou agnósticos, defensores da Justiça x adeptos de uma intervenção militar. O cotidiano se tornou uma insana guerra de narrativas cuja polarização radical culmina com o fim da ficção de consenso no Brasil. E fechando o ciclo político-jurídico, tais disputas recaem mais uma vez sobre o Judiciário, que acumula mais e mais poder ao tomar as rédeas das discussões sobre as questões nacionais.

No atual contexto, a aplicação do Direito à conveniência do intérprete traz como efeito colateral a insegurança jurídica. Como apontado por Cambi (2001), a liberdade para decidir não pode ser absoluta a ponto de consagrar o fenômeno da “jurisprudência lotérica”, o qual coloca em xeque não apenas o princípio da segurança jurídica, mas ainda a legitimidade do exercício do poder jurisdicional. Nesta linha, Moreira explica: “Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão” (MOREIRA, 2012, p. 5).

A segurança jurídica pode ser definida como uma aspiração humana em sua busca por previsibilidade, com o intuito de ter parâmetros sólidos por meio dos quais é possível desempenhar suas atividades com menor instabilidade. A sua aplicação como princípio do Direito faz referência a uma “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade” (Ávila, 2009, p. 112).

Machado e Pignaneli (2016) citam Marinoni para sustentar uma previsibilidade das decisões judiciais:

[...] o cidadão necessita da certeza de que o Estado e os demais indivíduos se comportarão de acordo com o direito e que os órgãos estatais o respeitarão. Além disso, também é preciso ter a segurança de que haverá previsibilidade nas consequências de suas ações, e na necessidade de a ordem jurídica possuir estabilidade.

(MACHADO E PIGNANELI *apud* MARINONI, 2016, p. 22)

Marinoni (2012) lamenta ser esta uma diretriz flagrantemente desrespeitada no país, tendo em vista que cada magistrado decide conforme sua conveniência e convicção, fazendo a “sua justiça” em detrimento da unidade e da coerência do sistema jurídico como um todo. Sens (2013) recorre a Chueiri (2009) ao observar que a abertura principiológica proporcionada pela Constituição de 1988 fomentou a proliferação de decisões inovadoras no ordenamento jurídico nacional de acordo com a conveniência do julgador:

Portanto a partir da Constituição de 1988 houve uma abertura principiológica do direito brasileiro, numa busca de dar um fundamento ético e legitimador à nova ordem constitucional brasileira, considerando-a uma estrutura normativa que incorpora os princípios e valores de uma comunidade histórica. A abertura para o uso de valores provoca decisões inovadoras por parte das cortes de justiça, mas também compromete a coerência e a previsibilidade do sistema jurídico. Enquanto o texto constitucional determina a efetivação dos princípios como direitos fundamentais, a jurisprudência e a dogmática jurídica mostram-se confusas ao tratar os direitos fundamentais como bens, que podem ser ponderados de acordo com a sua conveniência.

(Sens *apud* Chueiri, 2013, p. 2)

Ao menos em tese, as decisões judiciais são limitadas pelo princípio da legalidade, o que confere segurança jurídica ao Direito na medida em que é inadmitida atuação que contrarie o sentido e as possibilidades conferidas pelo ordenamento jurídico. Entretanto, na prática, a inobservância do sentido da norma é possível em razão de um novo modelo de atuação judicial amparado nas lacunas da norma e na aplicação de princípios e valores abstratos (Moreira, 2018, p. 222).

É possível dizer que a ampliação da capacidade de interpretação é inversamente proporcional à segurança jurídica, eis que na hermenêutica principiológica o juiz participa ativamente do próprio processo de criação do Direito. Quem interpreta cria norma, o que resulta em redução da capacidade de previsão das decisões emanadas pelo Judiciário.

Nesse sentido, Dworkin vai na contramão dos adeptos do neopositivismo ao dizer que a solução jurídica para todos os casos, dos mais simples aos complicados, é aquela que esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Isso porque considera

os princípios como ferramentas que norteiam a sociedade, de forma que, ao segui-los, o julgador não se valerá da discricionariedade ou do poder criativo, mas decidirá somente como dele se espera, em um modelo interpretativo bem mais restrito do que o atualmente defendido.

Mencionado as ideias de Sormani, Machado e Pignaneli (2016) recordam que falar em segurança jurídica não é sinônimo de supressão da capacidade interpretativa. Espera-se que as mudanças ocorram de acordo com a época vivida, contudo, não é razoável exigir do cidadão comum que se adeque às constantes alterações de entendimento da lei, uma vez que isso compromete a confiança no Judiciário e, conseqüentemente, a sua eficácia em aplicabilidade.

3.2.3 – A ameaça aos direitos e garantias fundamentais

Ao mesmo tempo em que o novo modelo de hermenêutica constitucional valoriza os princípios, e lhes atribui papel central na tomada de decisões, a abertura à aplicação do Direito à conveniência do julgador impõe grave risco a direitos e garantias fundamentais. Ainda que soe contraditório, a subjetividade inerente ao ato de interpretar também o é, e não raro a análise do caso concreto acaba por resvalar na violação de direitos individuais em nome de um ideal maior de justiça ou bem-estar social, por exemplo.

O julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, tratado no capítulo anterior, demonstra a relevância de uma atuação judicial criteriosa, não alinhada a ideologias políticas ou a interesses de grupos hegemônicos, muito menos afetada por influência ou pressão da opinião pública.

Faz-se necessário ponderar que uma atividade jurisdicional desprendida da norma posta, livre de amarras legais, é capaz de restringir direitos e garantias individuais, no que se poderia considerar afronta a cláusula pétrea da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê no seu artigo 60, §4º, inciso IV:

Art. 60 (omisso)

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Por óbvio, seria possível discutir a expressão “tendente a abolir”, utilizando-se do mesmíssimo *modus operandi* superinterpretativo do texto constitucional que defendem os adeptos da jurisdição proativa, mas o ponto aqui é a defesa incondicional de aspectos da Constituição que, acaso maculados, violam o próprio direito de defesa do indivíduo perante o Estado. A ofensa a direitos e garantias individuais derroga a própria essência da atuação estatal, pois a este cumpre a proteção dos direitos de seus cidadãos, bem como a autolimitação de sua atuação a fim de não se tornar máquina opressora.

Importa ressaltar que os direitos fundamentais são fruto de conquistas históricas em razão dos avanços sociais - irrenunciáveis, pois atingem não somente o indivíduo, mas a sociedade como um todo. Consolidados em nosso ordenamento jurídico, não há que se permitir a possibilidade retrocessos. Garantias como a do devido processo legal, do direito ao contraditório e à ampla defesa e da presunção da inocência constituem a essência do Estado Democrático de Direito, sem as quais é impossível exercer outros direitos como à liberdade de locomoção e à propriedade, por exemplo.

Ao se atribuir o papel de último defensor da República, não pode o Judiciário estar diretamente suscetível aos sabores e dissabores do jogo político, sob pena de sacrificar os direitos e garantias individuais em nome de convicções, ideologias e de um suposto bem-estar social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo de matriz filosófica pós-positivista resgatou no Brasil o desafio de concretizar os ideais constitucionais sonogados em 32 anos de promulgação da Constituição da República de 1988, ancorado na concepção de um Judiciário proativo, ao qual é exigido o dever de agir ante a inércia e a incapacidade técnica dos poderes políticos. Livres das amarras formais do positivismo clássico, Cortes Superiores, Juízes e Tribunais não têm se furtado em adotar uma nova jurisdição constitucional baseada sobretudo em uma hermenêutica de princípios e valores abstratos que autoriza o julgador a expandir sua capacidade interpretativa para além do texto legal, por vezes, inclusive, afastando-o. Tudo em nome da *mens legis* constitucional e da aplicação do Direito em consonância com os valores insculpidos na Carta Magna brasileira.

O prolongado cenário de instabilidade política, associado a uma duradoura crise econômica, criou ambiente fértil para a proliferação de correntes judiciais que sustentam a necessidade de um Judiciário forte, de ações contundentes – poder técnico responsável último pela defesa da República e do Estado Democrático de Direito. E neste intento, não falta quem defenda uma atuação transgressora, de “vanguarda iluminista”, que autorizaria uma incursão ao núcleo de atribuições dos demais poderes, suprimindo as lacunas deixadas pelas promessas de melhoria social não cumpridas por Executivo e Legislativo no período pós-redemocratização.

O enfraquecimento dos poderes representativos fomenta o agigantamento de um poder soberano, senhor absoluto das grandes decisões da vida social e política brasileira. Indefinidamente desequilibrado o sistema de freios e contrapesos diante de uma suposta obrigação de atuar onde os demais poderes falharam, o Judiciário passa a aplicar o Direito à conveniência de quem julga – seja em razão da necessidade imposta pela inoperância de Legislativo e Executivo, seja por verificar brecha no momento político para assumir ainda mais poder.

Imerso no vórtice político no qual se colocou e foi colocado pela Constituição de 1988, o Judiciário parece ter contaminado a atuação judicial com a busca do poder pelo poder condenada por Norberto Bobbio. Mais do que a judicialização da política, e talvez também em razão desta, a politização da justiça tem produzido decisões contraditórias e desprendidas de uma lógica eminentemente jurídica, com inegável influência nos rumos da sociedade brasileira. Como demonstrado neste trabalho, o caso histórico do julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva pelo STF, pendente análise

definitiva quanto à possibilidade de execução antecipada da pena após a confirmação da sentença condenatória em duplo grau de jurisdição, é prova de que a Corte Suprema não só julga como também interfere definitiva e conscientemente nas escolhas que fazemos ou deixamos de fazer enquanto conjunto social.

O poder técnico, agora também político, ouve e atende a opinião pública – aliás, como o fazem os poderes representativos aos quais pretende suprir. Quando não, sofre pressão por decisões que coadunem com o clamor popular, não raro utilizando a voz das ruas como subsídio de julgados que nem sempre atendem aos ideais constitucionais que se propõe a perseguir.

E, alvo de sua superexposição, o Judiciário protagonista também sangra. Mancha de vermelho suas tribunas com escândalos como o da suspeição do ex-juiz Sergio Moro e a anulação de todos os atos praticados por ele em ao menos três processos em razão dos indícios de parcialidade e atuação em parceria com membros da Operação Lava-Jato para condenar, e não para julgar. Tudo, diga-se, com a chancela do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), do Superior Tribunal de Justiça e por que não dizer do Supremo Tribunal Federal, dado o prolongado lapso temporal entre as denúncias de irregularidades e a constatação final de que os processos estavam irremediavelmente contaminados por um juiz parcial.

Neste sentido, parecem claros os riscos de um superpoder que se sobrepõe e tutela os demais, deixando seu papel predominantemente contramajoritário para assumir o *locus* representativo sob o pretexto de interpretar constitucionalmente os sentimentos do Povo, antevendo pautas e empurrando a história. À vanguarda iluminista togada é dado o direito de criar norma, julgar e executar. Outra vez: criar a pena, aplicá-la e empunhar a espada. E com o perdão à excessiva repetição de Sarmiento (2009): “A ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda”.

Ambas ameaçam direitos e garantias individuais com decisões arbitrárias, usando a força das armas ou dos julgados.

É preciso dizer, por fim, que o presente trabalho não defende o “engessamento” do Judiciário, consciente da relevância da capacidade hermenêutica dos magistrados ante a análise do caso concreto. A realidade é sempre mais complexa do que a legislação pode prever. Também é compreensível postura mais ativa por ocasião do vazio de ideias e dos desmandos que por anos se observa nos demais poderes constituídos. Por certo é ferido de morte o poder técnico ao se ver obrigado a decidir de acordo com normas estabelecidas por um Legislativo caricato e ideológico; certamente se vê impelido a atuar de forma mais

contundente ao se deparar com casos de improbidade no Executivo. Mas a solução não está em concentrar em si todo o poder, sujeito ao risco de ser corrompido por ele. A luta democrática é pelo fortalecimento dos poderes.

O desafio de concretizar os valores constitucionais respeitando minimamente os contornos do ordenamento jurídico nacional passa necessariamente por encontrar um viés de equilíbrio e harmonia entre os poderes no modelo pós-positivista. Contudo, o caminho demanda não apenas o acatamento aos ditames do Estado de Direito, mas sobretudo uma democracia forte, na qual os poderes constituídos cumpram com suas atribuições e com as promessas firmadas com seu Povo no contrato social assinado no dia 05 de outubro de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. [Tradução Virgílio Afonso da Silva] – São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**: Esboço e críticas. Revista do Legislativo, Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf> Acesso em: 10 dez. 2020.

APPIO, Eduardo Fernando. **O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin**. Revista Publicum - Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 37-53.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: Seminário “Direito Constitucional”, 2001, Rio de Janeiro. Revista da EMERJ, vol. 4, n.15, 2001. p. 11 – 47.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o Direito e a Política, [S.l]: Migalhas Jurídicas. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>> Acesso em: 04 nov. 2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de Filosofia do Direito. 11ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Intelectuais e vida política na Itália**. In: BASTOS, E. R. & RÊGO, W. D. L. (Orgs.). **Intelectuais e política: a moralidade do compromisso**. São Paulo: Olho d'água, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. [Tradução de Marco Aurélio Nogueira] - 14ª ed. – Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Editora da UNESP, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. BOVERO, Michelangelo (Org.). Trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 9 nov. de 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica**. [S. l.: s. n.], out. 2002. Mimeografado.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2. Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Almedina: 1993.
ECO, Umberto. Os Limites da Interpretação. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 81.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. v. 12. p. 148.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo** – 25ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** - 4ª ed., v. 2, Salvador: Juspodivm.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico.** O atual paradigma jusfilosófico constitucional - Revista de Informação Legislativa - Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEDES, Néviton. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios.** Conjur, 5 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>> Acesso em: 20 out. 2020.

JÚNIOR, José Levi Mello Do Amaral. **Sobre organização de poderes em Montesquieu.** Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572274/mod_resource/content/0/Organizacao%20de%20poderes%20em%20Montesquieu.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** [Tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOUDELA, Marcello Souza Costa Neves. **Direito Constitucional II.** Material preparado para disciplina de graduação em Direito. Disponível em: <<https://aluno.sociesc.com.br/SOL/aluno/index.php/disciplinas/dev/mod/material>>. Acesso em 9 nov. 2019.

MACHADO, Cristiane Sales; PIGNANELI, Guilherme da Costa Ferreira. **A efetivação do princípio da segurança jurídica na aplicação do sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil.** Anais do I Congresso Rondoniense de Carreiras Jurídicas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na dimensão da segurança jurídica. In: (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR.* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 559-575.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo Judicial e Princípio da Deferência à Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020.

MIARELLI, Mayra Marinho. LIMA, Rogerio Montai. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p. 74.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. [Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco] – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Melissa de Carvalho. **Reflexões acerca do ativismo judicial**: Os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2º sem. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18100>> Acesso em: 20 de nov. 2019.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** – 40ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES JR. Amandino Teixeira. **A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Nº 178. 2008. p. 159.

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. **O ativismo judicial à luz da separação dos poderes e da crise do parlamento da idade contemporânea**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/16-federalismo.pdf?d=637006247774866622>> Acesso em: 6 de nov. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel (Org). **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 132.

SENS, Sheila Catarina da Silva. **A teoria interpretativa de Dworkin**: um modelo construtivo. v. 16 n. 31 (2013): *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*.

SILVA, José Donizetti da; GARCIA, Priscila Mara. **Hermenêutica jurídica constitucional: lógica proposicional e interpretação da norma jurídica**. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semifce/publicacoes/ARTIGOS%20-%20Estado%20Constitucional%20e%20Teoria%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20II/Jos%C3%A9%20Donizetti%20da%20Silva%20e%20Priscila%20Mara%20Garcia.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional** – 22^a ed. - São Paulo: Malheiros, 2007.

TEMER, Michel. **A Constituição é para ser cumprida, não interpretada** [Entrevista concedida a] Márcio Chaer, Rafa Santos, Emerson Voltare e André Boselli. Consultor Jurídico – 16 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-16/entrevista-michel-temer-ex-presidenterepublica>. Acesso em: 10 nov. 2020.