



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CAMPUS SÃO CRISTÓVÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

LUCAS MENEZES SILVA

**AS PERSPECTIVAS JURÍDICAS PÓS-POSITIVISTAS E A ABERTURA AOS
EXCESSOS DO ATIVISMO JUDICIAL DA SUPREMA CORTE: O CASO
BRASILEIRO**

SÃO CRISTÓVÃO

2022

LUCAS MENEZES SILVA

**AS PERSPECTIVAS JURÍDICAS PÓS-POSITIVISTAS E A ABERTURA AOS
EXCESSOS DO ATIVISMO JUDICIAL DA SUPREMA CORTE: O CASO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito

Orientadora: Prof^a Dr^a Denise Leal Fontes Albano Leopoldo

SÃO CRISTÓVÃO

2022

U58m

Universidade Federal de Sergipe. Pró -Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa. Núcleo de Pós-Graduação em Educação
Manual de normas para elaboração de dissertações e teses /
Núcleo de Pós -Graduação em Educação. Pró - Reitoria de Pós -
Graduação e Pesquisa. Universidade Federal de Sergipe . - São
Cristóvão : Editora UFS, 2012.
56 p. : il.

1. Dissertação. 2. Tese. 3. Apresentação gráfica . 4. Normas técnicas ABNT. 5. Referências bibliográficas. I. Título.

CDU: 001.818
001.818:004

LUCAS MENEZES SILVA

**AS PERSPECTIVAS JURÍDICAS PÓS-POSITIVISTAS E A ABERTURA AOS
EXCESSOS DO ATIVISMO JUDICIAL DA SUPREMA CORTE: O CASO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Este trabalho foi defendido e aprovado pela banca em 18/08/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Denise Leal Fontes Albano Leopoldo

Prof. Dr Lucas Gonçalves da Silva

Prof^a Dr^a Tanise Zago Thomasi

Dedico este trabalho a todos que, apesar das circunstâncias, sempre buscaram ouvir e lutaram para ter sua voz ouvida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, em especial aos meus pais, que mesmo em meio as minhas inconsistências sempre me deram apoio para prosseguir. Obrigado por todo o zelo e dedicação que sempre despenderam por mim.

Agradeço também a minha amiga, companheira e namorada, Keila Araújo Andrade, a mulher que teve coragem de mergulhar em minhas dores e segurar minha mão quando mais vulnerável eu me encontrava. Digo e repito, sou melhor hoje do que fui ontem porque te conheci.

Não poderia deixar de agradecer também aos meus amigos e colegas, especialmente ao Gilson Bomfim Candeias dos Santos, ao José Ademir Alves dos Santos, ao Ygor Santos Vieira, ao José Paulo dos Santos e a Fernanda Carvalho. Vocês foram pérolas que encontrei nesta caminhada. Estarão sempre em meu coração.

Agradeço especialmente a minha orientadora, Denise Leal Fontes Albano Leopoldo, pelo árduo trabalho que teve em realizar a correção desse escrito. Decerto não obteria o mesmo resultado sem sua imprescindível ajuda. Neste mesmo passo, também agradeço aos demais mestres e doutores que realmente se dedicam para transmitir uma parcela de seu conhecimento a nós, discentes. Por mais que nem sempre pareça, vocês sempre afetam a nossa integridade de algum modo, e jamais saberão onde as suas reais influências terminam.

Quando você se depara com o caos e é engolido por ele [...] É salutar conhecer o restante da história. Todo esse infortúnio é apenas a metade amarga da existência, que ignora o fato que o elemento heroico de Redenção, ou a nobreza do Espírito humano requer assumir certa responsabilidade sobre os ombros. [...] Precisamos em vez disso criar coragem e força, enxergar as coisas de maneira adequada e cuidadosa, e viver do modo que podemos viver. (PETERSON, Jordan)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a apresentar, partindo de pesquisas bibliográficas, uma discussão ampla sobre o caminho percorrido até a concepção contemporânea de Estado e sua conformação jurídica. A partir disto, utilizando método hipotético-dedutivo chega-se ao papel do Judiciário na sociedade contemporânea, apontando para seus desafios e riscos, especialmente no contexto de mudanças na interpretação jurídica e a crescente judicialização da razão política que o inclina para o perigo da diminuição da segurança jurídica e do decisionismo. Para tal, analisou-se a evolução do pensamento político, filosófico e jurídico ocidental, desde o surgimento das teorias liberais até o surgimento do Estado democrático de Direito, destacando a importância do Estado jurídico na solução liberal para o problema da restrição de liberdade individual e o conceito de soberania do Estado para o funcionamento deste ente na modernidade. Buscou-se abordar, desta forma, a influência do pensamento liberal no desenvolvimento da doutrina jurídica, a crítica ao liberalismo no século XIX e a defesa de filosofia alemã como mecanismo para a ascensão do modelo sociocultural e jurídico recente. O texto confronta a definição, o surgimento e as dificuldades do pós-positivismo, contrapondo-o com o novo papel do Judiciário e os riscos da crescente judicialização da política. Discute-se a crise do Direito e da Justiça, que tem levado a uma certa descrença popular, salientando a relação entre o Judiciário contemporâneo e a sociedade alemã do século XX, onde a independência dos magistrados e a transformação dos critérios presentes no positivismo legal resultaram em mudanças na forma da interpretação jurídica. Com base nisto, relaciona-se essas questões com a forma de atuação recente do Supremo Tribunal Federal no Brasil, pondo em relevo a importância de equilibrar a proteção dos direitos fundamentais e a observância dos princípios constitucionais, especialmente o da separação de poderes, com a firme interpretação texto-normativa. Para isso, apresenta exemplos de julgamentos e atos em que o STF teria extrapolado alguns dos seus limites constitucionais, alertando para o risco de fragmentação da estabilidade interpretativa, para a criação de novas leis pela Corte, ou ainda a ausência de limites que fizeram com que o Suprema Corte adquirisse poderes jamais antes vistos na história brasileira.

Palavras-chave: Iluminismo; Princípios liberais; Pós-positivismo; Autolimitação; Poder Judiciário.

ABSTRACT

This paper aims to present, based on bibliographic research, a broad discussion about the path leading to the contemporary conception of the State and its legal formation. From this, using a hypothetical-deductive method, it arrives at the role of the Judiciary in contemporary society, pointing to its challenges and risks, especially in the context of changes in legal interpretation and the increasing judicialization of political reasoning, which inclines it towards the danger of diminishing legal certainty and decisionism. To this end, the evolution of Western political, philosophical, and legal thought has been analyzed, from the emergence of liberal theories to the establishment of the democratic Rule of Law, highlighting the importance of the legal State in the liberal solution to the problem of individual freedom restriction and the concept of state sovereignty for the functioning of this entity in modernity. In this way, the influence of liberal thought on the development of legal doctrine was addressed, as well as the critique of liberalism in the 19th century and the defense of German philosophy as a mechanism for the rise of the recent sociocultural and legal model. The text confronts the definition, emergence, and difficulties of post-positivism, contrasting it with the new role of the Judiciary and the risks of the increasing judicialization of politics. The crisis of Law and Justice is discussed, which has led to a certain popular disbelief, emphasizing the relationship between the contemporary Judiciary and German society of the 20th century, where the independence of magistrates and the transformation of criteria present in legal positivism resulted in changes in the form of legal interpretation. Based on this, these issues are related to the recent performance of the Brazilian Supreme Federal Court, highlighting the importance of balancing the protection of fundamental rights and the observance of constitutional principles, especially the separation of powers, with a strong interpretative textual approach. To achieve this, examples of judgments and actions in which the Supreme Court may have exceeded some of its constitutional limits are presented, warning of the risk of interpretative stability fragmentation, the creation of new laws by the Court, or even the absence of limits that have led the Supreme Court to acquire powers never before seen in Brazilian history.

Keywords: Enlightenment; Liberal principles; Post-positivism; Self-limitation; Judiciary power.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | AS BASES JUSFILOSÓFICAS E POLÍTICAS FUNDANTES DAS SOCIEDADES OCIDENTAIS E A CRISE DO POSITIVISMO..... | 15 |
| 2.1 | DOS LIMITES AO PODER ESTATAL E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DOS INDIVÍDUOS: O DEBATE JUSFILOSÓFICO E POLÍTICO DESDE OS CONTRATUALISTAS ATÉ OS FEDERALISTAS | 17 |
| 2.2 | O APOGEU DO POSITIVISMO NORMATIVISTA, A CRISE DOS VALORES LIBERAIS E O PÓS-GUERRA COMO MARCO DO SURGIMENTO DE UM NOVO DIREITO. | 22 |
| 2.3 | A DISCUSSÃO SOBRE OS EXCESSOS DO POSITIVISMO NORMATIVISTA COMO INDUTOR DAS EXPERIÊNCIAS TOTALITÁRIAS DO SÉCULO XX..... | 28 |
| 3 | O “REENCONTRO” DO DIREITO COM A MORAL E A POLÍTICA E O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO..... | 38 |
| 3.1 | A NOVA FUNÇÃO DO MAGISTRADO NA CONTEMPORANEIDADE E SUA RELAÇÃO COM A OPINIÃO PÚBLICA..... | 39 |
| 3.2 | A CRISE INSTITUCIONAL DO DIREITO E A BUSCA POR UMA RACIONALIDADE JUDICIAL COMO FIADORA DA LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO..... | 43 |
| 3.3 | A PRESENÇA DE VALORES MORAIS: DIRETRIZES POLÍTICAS NO INTERIOR DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS – A ECLOSÃO DE UMA HIPERTROFIA POLÍTICA DO JUDICIÁRIO..... | 47 |
| 4 | O PARADIGMA JURÍDICO PÓS-MODERNO, ATIVISMO JUDICIAL E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA | 51 |
| 4.1 | NOVAS CONCEPÇÕES TEÓRICAS COMO LEGITIMADORAS DA HIPERTROFIA NA CORTE SUPREMA BRASILEIRA | 55 |
| 4.1.1 | Reclamação 4335/AC e a adoção da mutação constitucional: O novo alcance das decisões em sede de controle de constitucionalidade..... | 60 |
| 4.1.2 | ADO 26 e o HC 154248/28 e a colmatação normativa pelo judiciário | 68 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.2 | ADI 1232: O DESAPEGO AOS PRECEDENTES E A AMPLIFICAÇÃO DO PODER DAS CORTES SUPERIORES..... | 76 |
| 4.3 | BREVE REGISTRO E ANÁLISE DE ALGUMAS OUTRAS DECISÕES PRETÉRITAS | 79 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 82 |
| 6 | REFERÊNCIAS | 85 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia volta-se ao estudo da influência da crise do positivismo jurídico nos excessos do Judiciário brasileiro. Busca-se examinar como o surgimento de novas teorias e concepções dogmáticas, aliadas à fragilidade das instituições brasileiras, favoreceram o que seria um crescente ativismo judicial no país.

No desenvolvimento deste trabalho, procedeu-se a uma análise histórico-filosófica e política acerca do caminho percorrido pelo Direito até a era pós-moderna, período em que muitos pensadores, inclusive no campo da teoria jurídica, descrentes da razão objetiva, voltaram suas proposições para defesa da diversidade, pluralidade e subjetividade na construção do conhecimento.

Com isso, buscou-se investigar as principais influências, causas e consequências desse novo marco, conhecido como pós-positivismo jurídico, na atual forma de atuação do judiciário brasileiro.

Serão abordadas questões relacionadas ao modelo de Estado moderno, especialmente acerca da concepção sobre o papel do juiz e as funções do Judiciário, analisando o modelo de racionalidade jurídica contemporânea. Com um maior protagonismo do Judiciário na atualidade diante de demandas crescentes da população, será analisado o ativismo judicial Brasil relacionando esse fenômeno ao (a) afastamento da lógica liberal, (b) autoidentificação da suprema corte como titular da interpretação normativa última, e (c) materialização de formas crescentes de exercício de uma ampla discricionariedade interpretativa (por meio de novas formas e métodos hermenêuticos).

Este estudo e a escolha do objeto de pesquisa se justificam tendo em vista ser um tema atual e de destacada relevância, em especial diante do conturbado momento que passa a democracia brasileira, buscando conhecer e analisar possíveis causas dessa crise que residem em nosso sistema de justiça.

Há muitas vozes que apontam uma disfuncionalidade das nossas instituições, com desvios e excessos em todos os âmbitos do poder. No entanto, nenhuma delas têm atuado de forma tão controversa quanto as que integram o poder judiciário, em especial os órgãos que ocupam a cúpula do sistema.

Com a hipertrofia do Judiciário no país, vislumbra-se violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, como por exemplo a ocorrida no dia 18 dezembro de

2022, quando o ministro Gilmar Mendes, retirou o Bolsa Família do teto de gastos¹, discussão que estava em acirrado embate entre o parlamento e o governo brasileiro. O episódio praticamente impôs um conteúdo central de uma PEC pela caneta de um único juiz.

Ocorre que esses episódios são cada vez mais frequentes. Assim, um dia após tal decisão, O Supremo declarou a inconstitucionalidade do famigerado RP9 (orçamento secreto/ Emendas de relator)²³, permitindo ao novo Presidente maior poder de barganha.

Portanto, não são raras decisões vistas como invasivas nas esferas de competência de outros poderes e, sem adentrar na discussão sobre o acerto ou desacerto dessas decisões, passa ser cada vez mais visível, na percepção de um número crescente de brasileiros, a politização do judiciário, com uma certa normalização de decisões em matérias distantes de sua competência.

Esse protagonismo do Judiciário, como um poder crescente sobre a sociedade brasileira e os demais poderes, visto como um dado real por vários teóricos da sociologia, da ciência política e do direito, avaliam esta forma como meio apto a realizar a quebra do *status quo* e promover as mudanças necessárias em uma sociedade profundamente desigual.

Com a nossa Constituição analítica, ou seja, com nossa Lei Maior contemplando várias matérias além daquelas propriamente constitucionais como as que tratam da organização e estruturação do poder e sua limitação e das matérias que tratam da tutela de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, temos um amplo espaço para a judicialização das relações sociais, mas isso não justifica os excessos do ativismo judicial.

Afilia-se a esta linha, a ideia da efetividade dessas mudanças com a dissociação do princípio da separação dos poderes. Também por isso a ênfase em uma “educação jurídica” distante dos pressupostos lógico-normativos clássicos. Outrossim, esse mesmo panorama que

¹ Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/gilmar-mendes-concede-liminar-que-retira-bolsa-familia-de-r600-do-teto-de-gastos.c83140ded3802323f3c815dc072e1a2amige47iu.html> Acesso em: 23 de janeiro de 2023.

² Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63995552> Acesso em: 23 de janeiro de 2023.

³ O RP9 foi um mecanismo de transferência de recursos públicos criado e executado no Governo Bolsonaro. Em linhas gerais, as emendas são flexibilizações da distribuição de verbas públicas previstas pelo Governo Federal. Eram correções pontuais no orçamento já aprovado, mas tornaram-se regra a partir do segundo ano do Governo Bolsonaro. As emendas de relator (RP9) seriam aquelas incluídas pelo relator geral do orçamento, que a partir de uma alteração na regra anterior começou a incluir quantias vultuosas na previsão orçamentária. Na prática, o RP9 transferiu o poder de barganha do Presidente para o comando da Câmara e do Senado que poderiam compor seus acordos com os demais parlamentares sem a atuação direta do líder do executivo. O termo “secreto” advém do fato de que, no início, as emendas muitas vezes eram destinadas para indeterminados parlamentares, em tese, coadunados com alguma pauta do Governo (ou do respectivo presidente da casa legislativa), e também sem um fim especificamente delimitado. Após uma nova regra, passou-se a exigir o nome do parlamentar que solicitava a emenda, mas uma brecha permitiu que usuários externos também requisitassem, escondendo os reais interessados “políticos”. Em resumo, o Governo Bolsonaro utilizou o RP9 para, abrindo mão de boa parte dos orçamentos públicos, costurar uma coalização com o legislativo, através do “centrão”, ao mesmo tempo em que se blindava da possibilidade de um impeachment.

trata da onipresença da Constituição, unido a desídia da segurança jurídica, faz surgir decisões como as que aconteceram no dia 08 de fevereiro do presente ano, a qual foi aprovada pela Corte a possibilidade da revisão de decisão judicial definitiva em processo tributário, basicamente acabando com a figura do trânsito em julgado nessa matéria⁴.

Vale registrar que o termo ativismo judicial é aqui empregado no sentido de excessos de protagonismo político do Judiciário, especialmente de sua cúpula, por meio de uma ampla discricionariedade interpretativa e avanços sobre esferas de competência de outros poderes. Se refere ao fenômeno ocasionado quando as escolhas do juiz são alimentadas pela vontade de acelerar, ou travar deliberadamente, a transformação social (GARAPON, 1999, p. 56). Isso é diferente daquilo que se afirma como fruto da necessidade de que o Judiciário “crie o direito do caso concreto” diante de situações novas surgidas em caráter de urgência na qual só exista o silêncio normativo.

Vale registrar que temos uma das estruturas judiciárias mais caras do mundo, com o custo de a 1,2% do PIB nacional⁵ ou 9,64% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios em 2021⁶. Mas toda essa estrutura parece não conseguir entregar o que se propôs que fizesse. Não se pode olvidar que as cortes superiores vêm fugindo da sua função precípua de estabilizadoras da interpretação judicial. Contraditoriamente, o Judiciário permanece com poucas críticas da doutrina especializada e ainda sem nenhuma limitação. Dentro desta problemática, procurou-se explorar uma perspectiva que possa esclarecer uma possível razão dessa conjuntura, uma vez que se constata a crescente urgência do problema, aviltando o próprio conceito de democracia e Estado de Direito.

O objetivo geral da pesquisa é, portanto, conhecer o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, buscando identificar e conhecer suas principais causas e origem, destacando o exame sobre como, e em que medida, a produção teórico-jurídica pós-positivista abriu espaço para os excessos do ativismo judicial no caso brasileiro.

⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/02/10/stf-abre-espaco-para-governo-voltar-a-cobrar-tributos-de-quem-ja-tinha-sido-isento-pela-justica.ghtml> acesso em 23 de janeiro de 2023.

⁵ A título de comparação, de acordo com Luciano Da Ros (2015), cientista político da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em 2013, enquanto o Brasil tinha custo de 1,3% do PIB (similar ao de hoje), na América do Sul, a Venezuela gastava 0,34% do PIB com a Justiça do país. A Argentina, por sua vez, gastava 0,13%. Chile teve custo de 0,22% e Colômbia cerca de 0,21% do PIB com o Judiciário. Na Europa, os gastos da Alemanha correspondem a 0,32% — percentual mais de três vezes menor que o do Brasil. Em Portugal, o índice foi de 0,28% do PIB. Na Itália, de apenas 0,19%. Inglaterra gastava cerca de 0,14% e Espanha fica na casa de 0,12% do PIB. As despesas dos Estados Unidos, na época, eram similares a da Inglaterra em 0,14% do PIB.

⁶ De acordo com o Relatório “Justiça em Números 2022” do CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>

O referencial teórico que subsidiou o presente estudo abrangeu um conjunto de livros, artigos e trabalhos acadêmicos, com o propósito de lançar luzes na análise da influência das ideias e proposições que levaram ao afastamento dos valores liberais e como elas estão na origem de uma sociedade frágil, desagregada e cada vez mais estatolátrica. Para tanto, foram utilizados diversas produções relacionadas à temática do nosso estudo, em que merecem destaque o artigo “O juiz como superego da sociedade” da cientista política alemã Ingeborb Maus, o livro “30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF” do professor Lênio Streck, a obra “O Juiz e a Democracia: O Guardião das promessas” do Juiz Antoine Garapon, artigos do Ministro Roberto Barroso, a exemplo do “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil” , “Do Estado Liberal ao Estado Social, do professor Paulo Bonavides, dentre outros.

Quanto à metodologia, trata-se de estudo que utilizou o método hipotético-dedutivo, em que, partindo-se da formulação de hipóteses explicativas que apontem as causas e consequências de um fenômeno observável e específico na sociedade brasileira, buscou-se a confirmação (ou não) dessas hipóteses. Para tanto, partiu-se do aprofundamento da análise desse fenômeno e suas variáveis, tanto identificando e examinando as evidências de um ativismo judicial excessivo no Brasil, conhecendo sua origem e causas, como também as consequências, cenário socioeconômico, político e jurídico brasileiro.

A monografia está estruturada em 4 capítulos. O primeiro aborda de forma sintética as alterações realizadas nos sistemas legais e políticos ocidentais a partir da influência de várias correntes de pensamento, como o iluminismo, o positivismo e suas críticas. O segundo capítulo traz uma abordagem panorâmica sobre a evolução histórica da relação entre Direito e Moral que permitiu as mudanças na interpretação do papel do Judiciário ao longo do tempo. O terceiro capítulo procede uma análise crítica acerca da nova hermenêutica e das contemporâneas teorias jurídicas que tem moldado a forma como a lei é interpretada e aplicada no Brasil, levando a um maior ativismo por parte dos juízes. Discute-se como a Suprema Corte brasileira tem lidado com essas questões e o papel que desempenha na moldagem do sistema jurídico do país, passando-se adiante para a conclusão.

2 AS BASES JUSFILOSÓFICAS E POLÍTICAS FUNDANTES DAS SOCIEDADES OCIDENTAIS E A CRISE DO POSITIVISMO

De um mundo ocidental que na antiguidade clássica guardava "ordens sociais definidas" apoiado em ideias que concebiam as noções de igualdade e a liberdade como direitos naturais válidos para todos os homens (especificamente os cidadãos, reconhecidos como pertencentes à *polis* ou *civitas*), passando por uma Idade Média em que o poder avassalador de monarquias absolutistas em associação com a Igreja, forjou nos indivíduos uma sujeição tal que, aliado ao poder dos senhores feudais, privou a ampla maioria das pessoas a conhecerem uma vivência real das garantias de igualdade e liberdade, assim, foi no marco das mudanças impulsionadas pelo pensamento político do séc. XVIII, como destaca Paulo Bonavides (2007, pp. 36, 39-41), em seu livro "Do Estado liberal ao Estado Social", que uma nova realidade político-jurídica emerge.

Com isso, em sua perspectiva, em que pese um conjunto de críticas do citado autor à lógica liberal, a história dos Estados modernos poderia ser descrita como uma trajetória positiva que se inicia com os Estados Liberais que, após décadas de prevalência na maioria dos países ocidentais, passaram a ser "confrontados" pelos Estados Socialistas no início do século XX.

Com as pressões advindas das revoluções mexicana⁷ e especialmente russa⁸, apoiadas especialmente na crítica à primazia dos valores e interesses de liberdade (assim identificados por seus ideólogos enquanto liberdade burguesa) – abriu-se espaço para o surgimento e avanço do Estado Social com primazia de meios intervencionistas estatais. Este mesmo movimento após os desastres das grandes guerras mundiais, confluíram, segundo Bonavides (2007, pp. 39-41) para um Estado com hegemonia da sociedade e máxima abstenção possível.

⁷ A Revolução Mexicana foi um conflito armado ocorrido no México entre 1910 e 1920 advinda de tensões obtidas em decorrência do governo ditatorial de Porfírio Dias. O conflito resultou em profundas transformações políticas, sociais e econômicas no país, sendo entendido como um movimento de caráter popular e multifacetado envolvendo diferentes grupos sociais e lideranças com objetivos variados, porém buscando alterações em uma sociedade desigual.

⁸ Evento histórico ocorrido em 1917 que ocasionou a queda do Czar Nicolau II e o fim do regime czarista, estabelecendo a União Soviética como o primeiro Estado socialista do mundo. Após a queda do Czar por um crescente descontentamento da base popular russa, proveniente das condições adversas provenientes da I Grande Guerra, estabeleceu-se o Governo Provisório. Incapaz de sanar a crítica situação em um curto período de tempo, fora atacado pelos bolcheviques, liderados por Vladimir Lênin, que incitavam a sua derrubada. Em outubro de 1917 os bolcheviques ascendem ao poder iniciando o período conhecido como "Guerra Civil Russa". Após um período de conflitos internos que durou até 1922, com a consolidação bolchevique no poder, funda-se a URSS, marcando a vitória do poder comunista e a subsequente transformação política, econômica e social do país.

Hayek (2010, p. 32), em seu livro "O caminho da servidão", no entanto registra outra perspectiva desse percurso histórico. Segundo esse autor, era perceptível, em vários pontos da Europa, o desvirtuamento do caminho que a civilização ocidental pareceu querer seguir após a emergência do pensamento liberal iniciado com filósofos iluministas. Segundo ele, o caminho virtuoso das sociedades ocidentais consistia no fato de que:

Durante todo esse período moderno da história Europeia a tendência geral do desenvolvimento social era libertar o indivíduo das restrições que mantinham o sujeito a padrões determinados pelo costume ou pela autoridade no que dizia respeito às suas atividades ordinárias. (HAYEK, 2010, p. 40)

Para ele, a trilha da promoção e ampliação das liberdades individuais deixou de ser percorrida, e as formas de ser da sociedade ocidental começaram a ser sorrateiramente depredadas por uma via política que, sem estar atenta às implicações de aceitar uma mitigação progressiva das liberdades fundamentais, abriu espaço para as experiências totalitárias que marcaram o século XX.

A sua crítica assevera que ideias como as trazidas por Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu, Rousseau, e tantos outros precursores nesse caminho de reconhecimento singular da importância social de cada ser humano, não apenas como súditos (ou sujeitos de deveres em relação ao poder ao qual devem obediência), mas como cidadãos e sujeitos de direitos em relação a esse poder (em última instância fonte de onde o poder se origina), estariam sendo deixadas de lado por uma concepção antiliberal cada vez mais presente. (HAYEK, 2010, pp. 37-39)

O ser humano teria iniciado bem a sua jornada com os ideais de liberdade e autonomia, mas prosseguiu em franco declínio. Assim, o suposto "ápice social" que encontrariam os Estados modernos não seria outra coisa, senão, uma rota da regressão e de subserviência.

Importante registrar que a concepção liberal (lembrando que as liberdades fundamentais abrangem não apenas a liberdade de locomoção, de crença, de opinião, etc como também o direito de propriedade dos indivíduos) não foi, e continua não sendo abraçada com entusiasmo por diversos pensadores. Isso acontece porque é inerente a doutrina liberal clássica, a difusão do "fantasma do Estado", ou seja, em seu núcleo, encontra-se a demonização do poder estatal. Por este motivo, Bonavides (2007, p. 40) pontua que o Estado, detentor do poder intrínseco a este, aparecia nas modernas teorias constitucionais como o maior inimigo da liberdade, uma vez que a sociedade a representava, e o Estado seria a sua antítese. Nasce disso o Estado jurídico, denominado posterior e genericamente como Estado de Direito, enquanto solução liberal dada ao problema da restrição de liberdade individual.

Contudo, é visível uma tensão persistente nas sociedades ocidentais estabelecidas sobre as bases de um Estado Constitucional de Direito. Trata-se da tensão entre os discursos dos anseios de proteção efetiva das liberdades individuais e o discurso da necessidade de controle e certo grau de interferência do Estado nessas liberdades em nome da promoção de uma sociedade mais justa, pacífica, estável e segura. Foi isso que buscou-se demonstrar nas páginas seguintes.

2.1 DOS LIMITES AO PODER ESTATAL E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DOS INDIVÍDUOS: O DEBATE JUSFILOSÓFICO E POLÍTICO DESDE OS CONTRATUALISTAS ATÉ OS FEDERALISTAS

Foi no marco do iluminismo que se estabeleceram as bases que moldaram as modernas sociedades ocidentais e suas formas de organização político-jurídica. Diversos autores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, dentre outros, inauguraram novas concepções sobre a relação entre indivíduo e Estado, os limites de poder das instituições estatais, a separação entre Estado e Igreja, a natureza das relações entre Estados e, para isso, propuseram novos arranjos políticos, a criação de novos institutos e estabeleceram conceitos a eles relativos. A teoria contratualista fora um destes importantes conceitos.

A ideia do contrato social trazia uma nova tese que tanto servia como proposta explicativa do "porquê os indivíduos submetem-se ao poder e à lei ditada pelo Estado", como também manifestava uma clara ideia de legalidade e vinculação racional da ordem às convenções. Um dos primeiros autores a explorar a tese de um contrato que regia o avanço das sociedades foi Thomas Hobbes.

Thomas Hobbes contribui decisivamente para o estabelecimento do conceito de legalidade civil e propõe o prestígio da primeira e mais importante característica de todos os Estados: a Soberania, sendo esta a primeira grande justificação teórica sobre a origem dos Estados Moderno. (HOBBS, 2003, pp. 61- 65)

Segundo o pensador inglês, a gênese de tudo isso seria o sentimento que teoricamente imperaria no estado Natural: o medo (HOBBS, 2003, pp. 46, 47). Em outras palavras, a legitimidade do Estado ocorreria como uma forma de escape (ou busca de autopreservação) dos homens diante dos inconstantes atos imprevisíveis de seus semelhantes, na chamada “guerra de todos contra todos”. Temendo a não linearidade das ações de seus iguais, teria o homem optado

por proteger-se do perigo oriundo de distintas fontes, buscando cada vez mais segurança (2003, pp. 59-61), e como contrapartida, estariam os indivíduos concedendo a integralidade de seus direitos ao Soberano (2003, pp. 61, 62).

Contudo, a originalidade da obra de Thomas Hobbes sobressai-se justamente pela proposição do autor de que, na busca por essa segurança, o Estado seria o detentor exclusivo da prerrogativa criativa da ordem jurídica (VILLEY, 2005, pp. 688-689).

Locke (1994, pp. 36, 37), por sua vez, afirmava o direito à vida, à propriedade plena e à prerrogativa punitiva como direitos inerentes à natureza humana, e, enquanto imanente aos indivíduos, eles como que “transferiam” ao Estado uma parcela desses direitos (mas jamais a sua total integralidade) em troca de proteção e segurança assegurada pelo Estado (1994, p. 60).

Ainda em Locke (1994, pp. 39, 41, 61) afirmava-se que a liberdade só é passível de existir quando acompanhada do consentimento, e o indivíduo só é livre se as suas decisões forem consentidas. Por esse motivo, teria a sociedade moldado o Estado para dar vazão ao sentimento de liberdade, participando da criação de leis e da Justiça (1994, pp. 58, 61-69).

Para tanto, seria importante a realização de eleições para viabilizar a representação popular na construção da ordem jurídica (LOCKE, 1994, pp. 74-76). O Estado deteria a legitimidade da coerção necessária, fazendo a lei ser efetivamente cumprida quando um ente imparcial por ele autorizado, não participante do conflito ou da formulação legal, balizando-se exclusivamente nas regras pré-estabelecidas (1994, p. 69), e não nos sentimentos momentâneos, ditasse a conclusão dos conflitos (1994, pp. 58-59). Contudo, ao contrário da concepção hobbesiana sobre a relação entre o Estado e o indivíduo, o Estado sempre deveria pautar suas decisões pelo superior interesse de promover as liberdades fundamentais, não se considerando maior que os membros da sociedade, uma vez que o cidadão apenas assentiu com a transferência de parte de seus direitos, possuindo ainda sua titularidade (1994, p. 60).

Portanto, Locke apregoava a existência de um Estado Liberal que garantisse liberdades individuais (1994, p. 70), afirmando que não existe liberdade quando os indivíduos submetem a uma única pessoa ou entidade o poder de criar, executar e julgar a lei, defendendo a separação dos poderes. Nesse sentido, o poder do rei não seria dado a seu bel prazer, mas seria limitado pelas leis do parlamento. O Parlamento, por sua vez, seria a manifestação da vontade popular (naquele contexto, a nobreza), escolhido pelo voto, limitando-se o poder do soberano e melhor garantindo a realização dos anseios populares (1994, pp. 74-76).

Já Rousseau era um apologeta do poder, segundo assevera Paulo Bonavides (2009, pp. 50-51). É um dos primeiros pensadores resolutos a questionar um dos principais dogmas dos pensadores iluministas que o antecederam. Na visão deste contratualista francês, a conformação

da sociedade detinha três etapas. A primeira seria o estado de natureza, onde o homem, isolado, vivia da melhor forma possível (colhendo e obtendo tudo o que precisava da terra) (ROUSSEAU, 1999, pp. 164-165);

A segunda etapa seria o estado de sociedade, onde os grupos humanos começam a se encontrar, e com o advento da propriedade privada começa a fragmentar a igualdade natural (criando a distinção entre ricos e pobres) (ROUSSEAU, 2001, pp. 10-20). Assim, as leis existentes subjugariam os menos poderosos ao jugo de magistrados e autoridades que atuariam dentro da legalidade, de modo a confirmar que a liberdade é sempre uma conquista precária e um direito balizado pelo Estado, confirmando a famosa assertiva rousseauiana: “o homem nasceu livre e está por toda parte agrilhado” (ROUSSEAU, 1996, p. 9).

E a terceira fase, advinda após o Contrato Social (1996, pp 20-23) aconteceria quando o povo, agora soberano e súdito de si próprio, estabelece suas leis por meio da democracia direta, quebrando os conceitos de hierarquia e acabando com a desigualdade, uma vez que as leis seriam balizadas pela Vontade Geral.

Para o filósofo, a liberdade dos indivíduos aconteceria quando a sociedade estivesse sob o jugo de leis que consubstanciassem a vontade geral (1996, p. 23-25), a vontade desse corpo formado pelos cidadãos (dissociados de seus desejos e anseios individuais), e não baseada em leis que beneficiassem somente uma parcela da coletividade. A vontade geral poderia, inclusive, ser diferente da vontade da maioria. Tal fato, porém, poderia fazer com que o interesse individual e até coletivo, por vezes, não fosse ouvido. O Estado, dentro do contrato social, em consonância com a vontade geral (que jamais poderia estar errada, exceto em caso de corrupção), poderia “forçar a liberdade”:

Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular oposta ou diversa da vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode ser muito diferente do interesse comum. [...] a fim de que o pacto social não venha a constituir, pois, um formulário vão, compreende ele tacitamente esse compromisso, o único que pode dar força aos outros: aquele que se recusa a obedecer a vontade geral a isso será constrangido por todo o corpo - o que significa apenas que será forçado a ser livre (ROUSSEAU, 1996, pp. 24 e 25)

Rousseau (1996, p. 50) apoiou sua teoria em uma concepção de sociedade altamente moralizada, governada por legisladores quase deificados que transcendessem seus desejos pessoais. Nesse ambiente, interesses pessoais poderiam ser deixados de lado, e os desviantes seriam reconduzidos à Vontade Geral pelos seus representantes.

Mas há problemas nessa concepção um tanto romântica da sociedade. O ser-humano, em exemplo, existe essencialmente como um ser dual, com qualidades morais e com suas falhas

e sombras. O Estado, afora sua conceituação formal, também nada mais é que um conjunto desses mesmos seres humanos, que sempre terão interesses próprios e buscarão realizá-los sempre que possível. Jamais existirá um Estado perfeito. E submeter-se ao Estado é submeter-se a pessoas, que, a despeito de apontar que estão promovendo a "vontade geral", poderão estar, hora ou outra, preocupados em sua própria conveniência ou de seus aproximados (por esse motivo a lógica liberal clássica continuou a enfatizar a limitação do poder do Estado).

No entanto, para além de tudo isso, foi mérito do autor acima citado explicitar a gênese do conceito de moralidade pública, importantíssimo nos dias atuais. Rousseau também promove o fortalecimento das noções de democracia à medida em que propõe uma nova organização social legitimada pela vontade do povo, dando ensejo, no nosso ordenamento jurídico, ao chamado Princípio da Soberania Popular, que amplia o direito de sufrágio. Afinal, conforme cita "Já vimos que o poder Legislativo pertence ao povo e só a ele pode pertencer" (ROUSSEAU, 1996, p. 71).

Montesquieu (2000, p. 19), por sua vez, em sua obra "O Espírito das leis", define três tipos básicos de Governo: A Monarquia, o Despotismo e a República e os relaciona com a ideia de princípio dos Governos. Para Montesquieu, o princípio de um Governo seria aquilo que o faz mover-se. Nesse sentido, o princípio do despotismo seria o medo. Se o súdito perde o medo, então ele se volta contra as arbitrariedades e ataca o soberano. O déspota, por sua vez, também vive em um constante temor de que o povo se revolte e venha a se insurgir contra si.

Já na república, o princípio primordial é a virtude (que poderia ser definida como a capacidade que o cidadão tem de deixar de lado o seu interesse individual para alcançar o bem coletivo). Na monarquia esse princípio seria a honra, cuja noção, para Montesquieu, não tem maior relação com sua acepção filosófica, mas seria algo próximo a um certo egoísmo, como os interesses que os nobres buscam para si e desejam que os outros também a considerem. (MONTESQUIEU, 2000, p. 35-37)

Montesquieu (2000, p. 36, 42) observa que quando grupos desejam o melhor para si enquanto reduzem os demais, buscando "preferências e distinções", isso faz com que haja um mútuo controle, pois a honra desempenha um papel crucial na manutenção do equilíbrio e na contenção dos abusos do poder. Em uma sociedade em que os diferentes grupos são estimulados a proteger sua honra, eles têm um interesse em evitar ações que possam comprometer sua reputação e status (2000, pp. 37, 39, 43-44). Isso deságua na ideia de freios e contrapesos. O rei sempre procurará fazer o máximo para ser mais honrado. Contudo, o Parlamento também busca a honra, desejando crescer e ser honrado. O efeito disso é que nenhum dos dois poderes se sobressai, limitando-se mutuamente, e com isso também a atuação do Estado.

Montesquieu (2000, p. 168) reconhece como um dos poderes do Estado o Judiciário. Foi um dos primeiros autores a destacá-lo de forma individual, ponderando o filósofo francês que “tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”.

Mas o Judiciário seria o poder “discreto”, praticamente nulo, pois suas prerrogativas e competências estariam delimitadas ao julgamento de pessoas, ficando a cargo desse poder apenas a aplicação e execução dos mandamentos dos demais poderes (a chamada “boca da lei”) (MONTESQUIEU, 2000, p. 170).

Assim, o poder legislativo limitaria o executivo através do ato legislativo; o executivo conseguiria limitar o legislativo através do veto; mas o Judiciário não teria mecanismos de controle onde pudesse limitar os outros dois. Por isso, o sistema de pesos e contrapesos só existiria entre os dois poderes iniciais (2000, p. 172).

A ausência de mecanismos de controle do Judiciário sobre os outros poderes, para evitar seus excessos ou desvios, hoje, não mais existe. Um dos marcos que trouxe essa alteração à tona foi a iniciativa dos então denominados “Federalistas” (James Madison, Alexander Hamilton e John Jay), nos Estados Unidos da América. Partindo de sua teoria houve a criação das funções atípicas dos Poderes. Os Federalistas alegavam a incompletude das funções típicas para o perfeito funcionamento do Estado. Assim,

Fica provado (...) que o axioma político que se examina não exige a separação absoluta dos três poderes: (...) sem uma ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros (...), essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1840, p. 196, v. 2)

Vale registrar também o advento do controle de constitucionalidade, trazendo a capacidade do judiciário de colocar atos dos outros poderes sob seu controle. Desta forma, “Deve conceder-se aos tribunais federais autoridade, que baste para submeter os que infringem manifestamente os artigos da União” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1840, p. 170, v. 3)⁹.

⁹ Outro importante evento para o fortalecimento do poder judiciário, nos Estados Unidos, fora o estabelecimento do *Judicial Review* a partir do *case Marbury v. Madison*. A lide fora iniciada quando o presidente de final de mandato John Adams tentou nomear diversos juízes antes que o recém eleito Thomas Jefferson assumisse o cargo. William Marbury havia sido nomeado para Juiz de paz de Washington. No entanto essa nomeação não ocorreu em tempo, deixando na mão do novo secretário de Estado, James Madison, a sua conclusão. Madison se recusa e o caso é judicializado por Marbury, que buscou na lei algo que obrigasse o secretário de Estado a concluir a nomeação. John Marshall, que liderava a Suprema Corte à época, decidiu que a lei que Marbury invocava para buscar sua nomeação era inconstitucional, estabelecendo o poder de revisão judicial das leis aprovadas no Congresso. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall/118688828>. Acesso em: 22/07/2023.

Agora, a barreira que limitava o Judiciário a uma posição inferior as outras duas funções políticas é ultrapassada, e este passa a ser um guardião que deve, se provocado, manifestar-se contra atos que maculem dano à constituição que todos prometem defender. Com as alterações trazidas pelos federalistas, o sistema de “checks and balances” fora então remodelado.

Mas ainda ficava até certo ponto a descoberto o controle do Judiciário em casos de desvios e excessos por outros poderes, fato este que também foi objeto de preocupação dos federalistas. Assim, temendo que a função jurisdicional pudesse ficar excessivamente concentrada nas mãos de um Poder Judiciário central, os federalistas também discutiram e propuseram medidas que não apenas assegurassem a independência desse poder como evitassem o surgimento de uma espécie de sobreponder sobre os demais outros poderes, dentre as quais, a forma de designação e as prerrogativas de juízes, o tempo de exercício do cargo e, em especial, a delimitação da competência dos membros do Judiciário e as formas de relação entre eles.

2.2 O APOGEU DO POSITIVISMO NORMATIVISTA, A CRISE DOS VALORES LIBERAIS E O PÓS-GUERRA COMO MARCO DO SURGIMENTO DE UM NOVO DIREITO.

Neste tópico será abordado o surgimento e consolidação do positivismo normativista de bases científicas e as condições que favoreceram sua crise na segunda metade do século XX.

De início, importa lembrar que a revolução francesa, em que pese a radicalização dos meios para promover profundas mudanças nas estruturas de poder então vigentes na França, procurou limitar escopo de liberdade jurídica, reduzindo o direito social ao direito do Estado e todo direito estatal à lei (COSTA, 2008, p. 34).

Com os clamores de liberdade, igualdade e fraternidade, foi desencadeada a implantação de um constitucionalismo que se proporia a concretizar os direitos fundamentais. Originou-se, assim, o constitucionalismo moderno e a sua estreita vinculação à ideia de normatização escrita. As Constituições dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), escritas e rígidas, formuladas com o intuito de limitar os poderes e realizar a organização do Estado, pondo a suas respectivas Cartas Políticas no centro desse ordenamento, foram os maiores expoentes desse avanço, chegando-se ao ápice político da liberal democracia.

Neste ponto, a concepção acerca do direito enquanto ordenamento jurídico passa a ser definido como aquilo que é estabelecido por uma autoridade, afastando-se gradativamente do direito natural e substituindo as normas consuetudinárias e eclesiásticas pelas leis estatais (2008, p. 36).

Necessário destacar que paralelamente desenvolviam-se teorias que partiam ao embate desses ideais. Uma das mais importantes é a teoria organicista. Essa doutrina fora alicerçada, segundo Bonavides (2009, p. 84), primeiramente na Inglaterra, por Edmund Burke¹⁰, no entanto, tomou “peso” após as inferências da filosofia de Friedrich Hegel.

O idealismo hegeliano encarava o Estado como a realização do Absoluto. Elevado como um dos maiores intelectuais de sua época pela monarquia prussiana, dizia contemplar no modelo de Estado, uma forma acabada de organização política, trazendo aos povos germânicos o título de serem a encarnação do “espírito universal” (BONAVIDES, 2009, p. 121).

Rompendo com o racionalismo do século XVIII e as teses de liberdade individual, trazendo a formulação de um conceito orgânico de liberdade, Hegel apontou para o cerne ideológico moderno as bases do desprestígio do indivíduo em favor da entidade estatal. O homem nada mais seria do que um meio para se chegar ao fim: o coletivo. Em sua concepção, o Estado sendo "o fim último", e tinha sobre o ser humano o mais alto direito, ao passo que o mais alto dever do indivíduo seria o de pertencer ao Estado, “detentor do poder uno e indivisível” (BONAVIDES, 2009, p. 129). Com isto, entendia-se uma redução do indivíduo para o todo, e não o todo para o indivíduo, apontando a família e a sociedade como meras camadas do espírito objetivo.

Bonavides admite que as teorias organicistas do Estado quase sempre favoreciam a justificativa, ostensiva ou dissimulada, de uma tirania ou do absolutismo à medida em que identificava o Estado como corpo e fim em si mesmo. Por esse motivo, salienta que reservas devem ser observadas diante dessas formulações imprecisas e de fáceis deturpações, pois tais teorizações, quando levadas ao seu rigor máximo, podem promover a anulação total do indivíduo em favor do corpo social (BONAVIDES, 2009, p. 81). No entanto, é interessante destacar que o citado professor entende que a teoria hegeliana, embora possa ser entendida como algo que se encontrou pendularmente oscilando entre o autoritarismo e a reação (2009, pp. 80, 81, 131), exprime perante o problema do Estado uma posição de otimismo, na medida

¹⁰ Contudo, o que não salienta o autor citado, é que a tese orgânica de Edmund Burke, empenhava-se em colocar em questão os verdadeiros ideais e as consequências políticas da revolução francesa, ao tempo em que defendia o constitucionalismo inglês que via ser fruto da uma construção que foi sendo moldada por longos séculos e de uma reconstrução equilibrada e prudente do meio político e jurídico do país.

em que fomenta a defesa de um Estado forte, quebrando as concepções teóricas pessimistas e subversivas tão comuns no século XVIII (2009, pp. 128, 131, 133).

Sobre o tema, e revelando preocupações sobre onde tais ideias poderiam levar os povos, registra Del Vecchio em sua obra “Lições de Filosofia de Direito”:

É inconcebível, para nós, um sistema jurídico que desconheça a ideia do valor da pessoa humana. Ora se seguíssemos literalmente a teoria orgânica, teríamos de negar esse valor e de olhar para o indivíduo como se ele fosse um simples meio. [...] Não pode ignorar-se que em semelhante erro caíram os melhores clássicos gregos [...] aos quais a ideia do carácter orgânico da sociedade impediu de apreciar adequadamente o valor da personalidade humana (por isso, eles puderam justificar, por exemplo, a escravidão). (DEL VECCHIO, 1979, p. 467)

O idealismo absoluto entendia o ser humano como mero instrumento deste (e como parte, devendo submeter-se ao todo) e, no entanto, fora adotada em larga escala pelos juristas e sociólogos alemães no século XIX (BONAVIDES, 2009, p. 81). No campo do pensamento jurídico, por exemplo, o organicismo teria influenciado tanto Savigny, na Alemanha, como também Bluntschli, na França. Por esse motivo, o pensamento hegeliano ressoou durante todo esse século e viria a fundamentar, no futuro, as revoluções ocorridas no século XX. (p. 121)

O despotismo esclarecido que se viu em parte da Europa no final do século XVII fortaleceu a autoridade da lei, excluiu o direito canônico, e conteve o direito consuetudinário (COSTA, 2018, p. 33). O jusracionalismo iluminista, corrente que se fortaleceu ante essas ideias, defendia a elaboração de um direito positivo e organizado, a fim de cristalizar a forma de lei do direito natural. Sobre o tema, pontua Bonavides que

Com o advento do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente de sua variante racionalista, haver encontrado a formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo. (BONAVIDES, 2009, p. 40)

Aparece, diante deste elaborado sistema, a existência das primeiras codificações francesas, culminando no Código de Napoleão, o qual não apenas fixou uma nova construção do direito baseado no monopólio do Estado, mas concretizou conteúdos que se adequavam à nova base da organização dos Estados de Direito. O liberalismo expandiu-se e passou a compor o núcleo dos valores que orientavam a organização dos Estados ocidentais, a qual manifestavam que era preciso um governo de leis, não de homens; bem como que o poder do Estado deveria ser limitado pelos direitos naturais dos indivíduos, agora, dispostos em lei. (HUME, 2008, p. 67)

Surge, na França do século XIX, o positivismo exegético, contrapondo-se à ideia da existência de princípios morais e direitos naturais que estavam acima das leis escritas (premissa do jusnaturalismo). Neste contexto, o Código Civil Napoleônico de 1804 foi amplamente utilizado como fonte primária do direito, onde a interpretação literal do texto legal era considerada a abordagem adequada pelos adeptos do positivismo exegético (COSTA, 2008, p. 87). Para eles, o papel dos magistrados era o de interpretar e aplicar estritamente a lei, sem adicionar ou extrair elementos morais ou subjetivos na sua interpretação. Buscava-se, com o positivismo jurídico do século XVIII a segurança jurídica e a objetividade do sistema.

Porém, o século XIX ainda traria muito expansionismo do pensamento organicista e seu embate ao constitucionalismo liberal. As críticas mais comuns, muitas vezes, direcionavam-se à lógica exageradamente abstrata da lei que, não raro, desconsideravam realidades sociais imprevistas. Alegou-se, ademais, a existência de distorções sociais como a miséria, jornadas exaustivas, ausência de direitos e a exploração do trabalho nos ambientes fabris, dando azo a críticas sociais que culminaram no pensamento socialista¹¹ (MARX; ENGELS, 2017, p. 44).

Inicia-se um cenário de crescentes preocupações com questões sociais, as críticas à ordem política-econômica dos teóricos socialistas e a positivação no texto constitucional de direitos econômicos tornou-se regra. Ao mesmo passo que a ciência jurídica consolidava-se nestes termos, o cesarismo napoleônico, já em declínio, trazendo um misto de ódio por parte dos povos invadidos, aditado a um sentimento que mais tarde seria fortemente estabelecido nos países atingidos pelo imperialismo napoleônico faz iniciar, em consonância ao acentuado romantismo estabelecido, a ebulição do patriotismo nacional (BONAVIDES, 2009, p. 81). Neste contexto, a Alemanha, cujo território manteve-se segregado por quase mil anos, começava a dar os primeiros passos para sua união.

Imbuídos desse forte sentimento nacionalista, de forma semelhante ao que acontecia em França, veio finalmente a conseguir a tão sonhada unificação após a coroação de Guilherme I (que ia contra a demanda popular que se inclinava aos ideais românticos e valores liberais) e a nomeação do seu primeiro-ministro Otto Von Bismarck (CHRISTOPHER, 2006, p. 127).

¹¹ Algumas críticas denotam que as versões difundidas pelos teóricos socialistas não são de todo sinceras, uma vez que desconsideram problemas e fatos anteriores à implantação do capitalismo. Ludwig Von Mises, em seu livro “As seis lições”, salienta, por exemplo, sobre a perenidade dos status social em um sistema de castas; O excesso de pessoas no campo após a expansão populacional na Europa; O problema da grande quantidade de pessoas sem ocupação e sem terras herdadas nesses ambientes; A presença de indústrias atuando exclusivamente para a elite social; A ausência de matérias-primas, alimentos e condições mínimas que levavam a altíssima taxa de mortalidade da época; A ausência de medidas que se propusesse a atingir de 1 a 2 milhões de indivíduos marginalizados; O baixíssimo padrão de vida dos 6 milhões de europeus; Omitem a origem da aversão ao capitalismo como partindo de uma aristocracia agrária (forçada a pagar salários mais altos) e a fuga do campo; As condições sub-humanas de trabalho anteriores (atenuadas com o movimento industrial, mas ainda insatisfatória) e outras.

A sociedade europeia do século XVIII, antes marcada pela busca da objetividade e exaltação da razão iluminista, no início do século XIX passa a ser marcado pelo lirismo e pela subjetividade. Nesta esteira, na virada do século XIX para o século XX, o Estado Mínimo começa a ser, gradualmente, mais interventivo, promovendo um maior protagonismo em assuntos socialmente relevantes. Surgem as constituições dirigentes que se expressavam cada vez mais no sentido de busca de uma atuação positiva do Estado no campo social e econômico.

Enquanto emergem os direitos sociais, econômicos e culturais que passam a ser progressivamente reconhecidos nas Constituições do início do século XX, segundo autores diversos, sob influência do pensamento crítico de Engels e Marx (com este último dizendo ser um atualizador da doutrina hegeliana), o liberalismo avançava no âmbito econômico graças às inferências teóricas de Smith e John Stuart Mill, apresentando e defendendo o que apontavam como leis econômicas perenes¹².

Marx, passando seu foco da política para a economia, passou a enxergar os males sociais advindos, fatalmente, de fatores econômicos. Foi o primeiro a trazer sua interpretação econômico-materialista como resposta de forma mais acentuada às teorias econômicas liberais. Enxergava as “forças materiais produtivas da sociedade” como o conceito fundamental de seu materialismo e motor das mudanças e fatos históricos (MARX, 2013, pp. 216, 711).

Para o filósofo não eram as ideias que alteravam a sociedade, visto que os indivíduos, mesmo ao partir para um pensamento mais abstrato, apenas manifestam a ideologia que lhes é atinente. Isso aconteceria pois em uma sociedade de classes o indivíduo seria incapaz de conceber teorias que sejam significativas descrições da realidade, mas apenas reflexo de sua existência enquanto partícipe de uma determinada classe, moldando o conceito de "impregnação ideológica do pensamento". Nesse sentido:

Também as formações nebulosas na cabeça dos homens são sublimações necessárias de seu processo de vida material, processo empiricamente constatável e ligado a pressupostos materiais. A moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ideologia, bem como as formas de consciência a elas correspondentes, são privadas, aqui, da aparência de autonomia que até então possuíam. Não têm história, nem desenvolvimento; mas os homens, ao desenvolverem sua produção e seu intercâmbio materiais, transformam também, com esta sua realidade, seu pensar e os produtos de

¹² Adam Smith, em sua obra "A Riqueza das Nações", discute conceitos como oferta e demanda e a implicação disto na autorregulação do mercado, a divisão do trabalho e o impacto na eficácia produtiva, enfatizando a importância da livre concorrência e do livre comércio para o crescimento econômico. Stuart Mill, em sua obra "Princípios da economia política", expandiu essas ideias e contribuiu para a teoria do valor, corrigindo a teoria do valor-trabalho de Smith, acolhida com grande satisfação como o único incorporador do valor por Marx (por assumir este ponto Marx entende a economia burguesa inerentemente vinculada ao conceito de exploração do proletariado, justificando a revolução). Mill apresenta, em seu lugar, o conceito de utilidade marginal, ampliando a defesa da liberdade individual. Essas leis são válidas independentemente do tempo e do local.

seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência. (MARX, ENGELS, 2007, p. 94)

A luta de classes surge então como o mecanismo que induz os indivíduos a seguirem os passos necessários até a meta histórica. Sua teoria procurava demonstrar que o funcionamento do capitalismo resultaria, inevitavelmente, na concentração de riqueza nas mãos de um número cada vez menor de capitalistas, e na contramão, no empobrecimento progressivo da imensa maioria das pessoas. Ele acreditava que o colapso final do modelo capitalista seria inevitável e o socialismo seria o caminho que a história seguiria (MARX, 2017, pp. 39-41). Com tais ataques e críticas, abriu-se maior espaço para a ascensão do Estado de bem-estar social, que propunha uma revisão do Estado Liberal para combater as desigualdades sociais, no final do século XIX.

Paulo Bonavides (2009, p. 32) pondera que, muito embora a experiência marxista-leninista e suas semelhantes tenham gerado uma experiência política paradoxal, tão rude, tão negativa e tão opressiva para a liberdade humana em razão dos desvios de poder, não se pode deixar de destacar sua influência em nosso tempo.

Em suma, neste prisma histórico, o organicismo, o holismo e seus derivados buscavam conter o que seria a sanha individualista. Para isso, passava ser considerada uma boa alternativa trocar a liberdade individual defendida no estado liberal pelo primado absoluto da coletividade. Nesta esteira, apesar da contundente manifestação dos governos pela socialização da economia, a expansão da fórmula organicista, bem como a movimentação doutrinária e ideológica avessa ao modelo liberal, essas concepções não conseguiram impor todos os seus valores e visões de mundo. Teve, por fim, que intentar uma relação simbiótica com o primeiro. Sem embargo, é possível notar uma desgastante fricção entre os dois conceitos e suas bases, pois a ideia inicial de limitação do Poder, importantíssimo ponto definido pelos pensadores iluministas, agora é fortemente contraposta com a promessa de uma maior esfera de controle pelo Estado.

Não obstante, no início do séc. XX, enquanto o nacionalismo era fortalecido pelo contexto expansionista, comercial e exploratório, outra linha econômica firmava-se. Trazia consigo a mesma apologética de um Estado com uma maior esfera de influência. Um novo movimento acadêmico e cultural efervescia. Em seu âmago, o Welfare State destinava-se a criar uma revisão do Estado Liberal, indo mais uma vez contra os preceitos iniciais de limitação do Poder a fim de, dessa forma, promover o combate às desigualdades. Nos Estados Unidos, em 1913, é fundado o *Federal Reserve* com o intuito de promover políticas de controle econômico visando interferir “quando necessário”. (FRIEDMAN, 2015, p. 88)

Os conceitos filosóficos e culturais já citados ramificaram-se pela Europa (HAYEK, 2010, p. 38), fortalecendo as críticas ao Estado liberal, repercutindo no campo do direito. Nesta esteira surge Hans Kelsen. Esse teórico do direito identificou o que seria uma fragilização da ciência jurídica, apontando que os juristas de sua época, em regra, utilizavam-se de argumentos pseudocientíficos para atribuir as suas preferências políticas um valor objetivo (COSTA, 2008, p. 138). O pensador austríaco era crítico à inclinação, da maior parte da comunidade de juristas, de aderirem às tendências sociológicas crescentes na primeira metade do século XX.

O jusfilósofo se impôs contra as linhas teóricas mais aceitas de sua época. A tendência comum na Alemanha do sec. XIX que formava o hábito dos próprios juristas pensarem a sociedade civil como um componente de seu sistema, em termos de 'consciência coletiva' (FIORAVANTI, 1979, pp. 421, 422) era fortemente criticada pelo cientista austríaco.

Kelsen alertava que a sociedade civil não deveria ser vista como um todo homogêneo, nem sua relação com o Estado como reflexo natural do 'povo' na 'pessoa jurídica estatal' visto que tais conceitos parecem remeter a explicações pouco demonstráveis e de caráter ideológico/metafísico. Neste ponto sustenta, posteriormente, a necessidade de se estabelecer uma ciência positivista na qual as normas jurídicas fossem o objeto. Desta forma, o foco seria dado nas normas obrigatórias, e não nos fatos sociais, políticos, psicológicos, éticos ou de qualquer outra natureza, que condicionaram a sua criação. Por tudo isto, Kelsen e seu positivismo não eram bem recebidos pelos juspublicistas alemães (AMADO, 2019, pp. 59-60).

O principal questionamento nesta época tornou-se se seria ao Direito mais importante a segurança ou a “justiça”. Forte, no entanto, era a doutrina que via no direito, um poder muito mais transcendente, franqueando a possibilidade criativa do intérprete/aplicador do direito (para além da norma). E assim, passam a ganhar espaço teóricos e aplicadores do Direito que não eram muito afeitos à defesa do que seria um “modo duro” de se enxergar o direito.

2.3 A DISCUSSÃO SOBRE OS EXCESSOS DO POSITIVISMO NORMATIVISTA COMO INDUTOR DAS EXPERIÊNCIAS TOTALITÁRIAS DO SÉCULO XX

Após o fim da Primeira Guerra Mundial o afastamento entre as novas concepções teóricas sobre o Estado Moderno e o liberalismo torna-se ainda mais expressivo (QUINTAS, 2022, p. 7). Essas concepções foram moldadas, como vimos, a partir da crítica à ordem

econômica e política da sociedade, passível de direção e planificação, ao passo que o Estado seria um ente orgânico, superior ao indivíduo, detentor de todo poder político.

Porém, a crise de 1929, causada também pelo excesso de crédito autorizado pelo banco central americano, e a interferência do FED na economia, que levou ao seu prolongamento (FRIEDMAN, 2015, p. 86-96), “fundamentou”, contraditoriamente, a necessidade de um ainda maior controle estatal na economia.

O efeito dessa imensa crise econômica no restante do mundo fora o estopim que faltava para o processo de ascensão de governantes ufanistas que se desenhava na Europa. Surgem então os regimes totalitários de caráter nacional socialista. O nacional socialismo alemão, por exemplo, direcionado pela doutrina de Fichte¹³, pelo Darwinismo¹⁴ e Organicismo Sociais¹⁵ de Comte e Spencer, utilizou dessas proposições, conjuntamente ao racismo científico¹⁶, a antropologia ecológica¹⁷ e outras doutrinas específicas, para formular o complexo sistema e teorização de uma sociedade orgânico-racial (HARRINGTON, 2021, p. 175). Adiciona o professor Amado que neste período:

Estamos, pois, nas antípodas da ideologia liberal do contrato social. Surgem continuamente metáforas organicistas que fazem do ente estatal o titular natural do poder e da política e dos cidadãos meras células desse organismo coletivo, ao qual, ademais, têm de servir conforme as tarefas que o próprio Estado lhes designa (AMADO, 2019, p.55)

O Juiz e professor de filosofia do direito da Universidade de Bar-Ilan, em Israel, Izhak Englard (1998, p. 189), salienta que Hitler fora o homem que, favorecido pela crise que se desenhava mundialmente, pôs em prática o que vinha sendo preparado espiritualmente há muito tempo, uma vez que os filósofos e intelectuais alemães contribuíram para essa mentalidade.

Com o fim da violência institucionalizada pelos regimes totalitários que o mundo conheceu no século XX, difundiu-se o discurso de “colapso político do positivismo jurídico”,

¹³ Johan Gottlieb Fichte fora a base do idealismo alemão, importante para a posterior filosofia de Hegel. Defendia um nacionalismo étnico e uma sociedade controlada pelo Estado, doutrina a qual chamou de socialismo ético.

¹⁴ O Darwinismo Social, corrente teórica do final do séc. XIX, fora a tentativa de trazer para o campo sociológico e político as consequências do pensamento evolutivo de Charles Darwin.

¹⁵ Teoria filosófica e social que entende as sociedades humanas como uma forma avançada de organização biológica.

¹⁶ Crença pseudocientífica de que existe comprovação empírica que justifiquem o racismo e a inferioridade ou superioridade racial absoluta.

¹⁷ Campo da antropologia que busca estudar a relação entre grupos humanos e seu ambiente biofísico.

inclusive no Brasil, uma vez que a doutrina juspositivista teria dado suporte a esses regimes como o nazismo, na Alemanha, e o fascismo na Itália.

Acerca disso, no seu artigo “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, destaca Barroso:

Sua decadência [do juspositivismo] é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (BARROSO, 2007, p. 4)

Nesse sentido, alguns juristas e estudiosos afirmam que essa versão histórica se propugna a introjetar nos postulados juspositivistas de Kelsen afirmações que se distanciam de seus escritos, remetendo à sua visão jurídica a responsabilidade por consequências que, em verdade, não decorrem expressamente de suas concepções ou dos propósitos do autor. Em verdade, o autor de “A Teoria Pura do Direito” era chamado de “judeu liberal perigoso” (ENGLARD, 1998, p. 183) tendo ataques a ele e a sua teoria destinados frequentemente. Sobre isso ainda comenta Izhak:

A argumentação mencionada contra o normativismo e o liberalismo de Kelsen foi repetida várias vezes por uma multidão de juristas nazistas. Assim, Ernst Swoboda, um renomado professor de direito austríaco, criticou Kelsen por ter purificado o direito da justiça e da moralidade. Através de sua falsa teoria, a lei tornou-se "desonesta" e em nítido contraste com o saudável sentimento popular (ENGLARD, 1998, p. 232, tradução nossa)¹⁸

Ainda segundo Englard, a aversão alemã, por exemplo, não era apenas às concepções estritas de Kelsen, mas ao que elas significavam: Mais uma tentativa de impor à Alemanha os imperativos de uma lógica liberal/iluminista. O juiz cita então Schmitt, importante jurista alemão, que tecendo críticas ao normativismo positivista, vangloriava-se dizendo que a maior conquista da filosofia de seu país estava na superação do espírito racionalista do iluminismo (1998, p. 232). Desta forma, torna-se óbvio que esses movimentos buscavam romper com a lógica liberal, limitante do poder, a qual sempre enxergaram com asco, buscando, de outra parte, acelerar os Estados e sua inclinação política a tamanhos cada vez maiores, marchando rumo a um período de supressão das liberdades fundamentais e de terror.

¹⁸ “The mentioned argumentation against Kelsen's normativism and liberalism was repeated over and over again by a multitude of Nazi legal scholars. Thus, Ernst Swoboda, a renowned Austrian Law Professor castigated Kelsen for having purified law from justice and morality. Through his false theory law had become "dishonest" and in sharp contrast to the healthy popular sentiment”.

Pontua ainda Amado (2019, p. 60), que o rigor positivista de base relativista de Kelsen, o qual fundamentava o Estado de Direito, não encontra terreno fértil em meio aos teóricos do Direito alemão desde muito tempo. Já na República weimariana, profundamente marcada pela nostalgia do Estado Guilhermino¹⁹ e em meio a decadência daquela Alemanha derrotada na Primeira Guerra, era patente a suspeita dos direitos fundamentais modelados em sua Constituição.

Segundo o Bulos (1996, p. 26), foi na doutrina alemã, que se observou que o Reich conseguia mudar o funcionamento das instituições do Estado sem a necessidade de reformar o texto constitucional, fenômeno hoje conhecido por “mutação constitucional”. As normas constitucionais permaneciam formalmente inalteradas, mas as práticas legislativas, administrativas e judiciais levavam o Estado alemão por caminhos diferentes daqueles previstos pelo constituinte, demonstrando que a rigidez da Constituição era insuficiente para impedir mudanças práticas na mesma.

Esses direitos eram encarados como expressão de um individualismo destrutivo, visto como mais uma tentativa de submeter a Alemanha aos imperativos de um individualismo liberal, desde sempre repudiado (AMADO, 2021, p. 60).

Ainda sobre essa questão, há registros na doutrina brasileira que associam o positivismo kelseniano a uma teoria incômoda, constituída na defesa de um estrito positivismo jurídico. Nesse sentido:

[...] A teoria kelseniana, expressão máxima do estrito positivismo jurídico, é uma repercussão ideológica de sua época, é uma consequência da decadência do mundo capitalista-liberal, marcada pela Primeira Guerra Mundial. Para a ciência jurídica, segundo essa doutrina, não importa o conteúdo do direito. [...] Deveria constituir-se numa teoria do direito que tivesse condições conceituais para admitir a existência, ao lado do direito democrático-liberal, de um direito soviético, fascista, nazista. Daí sua vocação adífora da mais absoluta neutralidade em face do conteúdo político, ético, religioso, das normas jurídicas. (DINIZ, 2004, p. 116-117)

A refutação dessa posição que atribui parte da culpa sobre os excessos e violações dos regimes totalitários que teriam dado suporte aos regimes totalitários do século XX, também está evidenciada em outros estudos, a exemplo de algumas ponderações que constam no artigo o “O Judiciário como o Superego da sociedade”, da cientista política alemã, Ingeborb Maus.

Segundo Maus (2000, p. 193), o condicionamento legal-normativo do sistema de justiça desapareceu sob o peso das diversas formas de orientação (teleológica, finalística, valorativas, entre outras concepções concorrentes, e seu “método adequado”) e não necessariamente como

¹⁹ Reinado de Guilherme I, unificador da Alemanha, e Guilherme II, seu neto. Durou de 1888 a 1918.

um evento advindo de consequências da “ausência de flexibilidade normativa” e sua “desumanização”.

Indo contra a percepção tão difundida de que o III Reich foi balizado pelo rigor normativo, denuncia a professora alemã, que embora na Alemanha da primeira metade do sec. XIX o disciplinamento rude e eficaz da Justiça promovido por Bismarck fosse a regra, este modelo foi totalmente desautorizado posteriormente, inclusive durante o regime nazista. Após o parlamentarismo promovido na República de Weimar, a vinculação a legalidade e a independência do Judiciário tomaram novos contornos (MAUS, 2000, p. 193).

Aponta-se como origem das rugas entre o Judiciário e o Parlamento o momento em que os juízes sentiram-se afrontados quando reduzidos a “meros serviçais das normas”, enquanto o significado objetivo do direito e da jurisprudência regredia em face da influência legislativa. Além disso, as remunerações e as benesses destes eram menores quando comparadas a outros grupos (funcionários públicos e militares). Neste ponto o Judiciário alemão já negava também, fundamentalmente, a vinculação à legalidade, exigindo certa independência em relação ao recém-democratizado Poder Legislativo. (MAUS, 2000, p. 195)

Nesse sentido, acrescenta Amado (2019, p. 61):

Durante a República de Weimar foi moeda comum uma prática judicial que se desligava irreflexivamente de qualquer vinculação ao texto da lei e ditava resoluções inspirando-se em supostos princípios que não eram mais do que aqueles característicos do autoritarismo estatal que lhes parecia tão atraente.

Acerca do tema cabe destacar também o posicionamento do professor Norberto Bobbio em seu livro “Positivismo Jurídico - lições de filosofia do direito”, ao afirmar categoricamente que

A ideologia jurídica do nazismo era nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz deveria decidir com base no interesse político do Estado (BOBBIO, 1995, p. 236).

Assim, antes mesmo do apogeu do regime totalitário na Alemanha há registros de que já havia a exigência da independência dos magistrados alemães, balizada por duas requisições. A primeira apoiava um controle de constitucionalidade exercido de forma difusa por todos os tribunais alemães, permitindo o exame incidental sobre a validade de uma norma em torno da qual pendia uma determinada lide (objeto de decisões do Tribunal Imperial dos anos 20). A segunda, defendia a possibilidade de expansão metodológica a partir da casuística. Em outras

palavras, o magistrado poderia decidir quando deveria realizar a referência à lei (“conforme a Constituição”) ou balizar suas decisões a partir de seu ponto de vista e premissas próprios (MAUS, 2000, p. 195).

Na esteira da reivindicação de magistrados por maior poder e independência em relação ao legislativo, o espaço para a discricionariedade na interpretação e aplicação da ordem jurídica foi favorecida pelas profundas transformações sociopolíticas e econômicas iniciadas no final do sec. XIX, com o Estado de bem estar social (SILVA, 2014).

O efeito de toda essa situação foi um redimensionamento da “dimensão metafórica da tópica psíquica dos mecanismos políticos”. O parlamento torna-se o representante de impulsos e energias sociais que tem a justiça como censor; A justiça, por outra via, torna-se a responsável por garantir a coerência do sistema jurídico independente dos interesses envolvidos na produção, tornando-se a “divindade” do direito suprapositivo e não escrito. Ademais, cabia a Justiça “dissolver os antagonismos de interesses” que aparecem sob o discurso de direito legal, utilizando a “unidade do direito” ou da “Constituição” como norteadores (MAUS, 2000, p. 196).

Essa relação entre o direito, “justiça” e poder, fundamentados em uma atuação mais branda do rigor do texto legal fizeram parte, no entanto, de discursos próprios de sistemas autoritários. Neles o domínio de homens e comandos específicos, e não de leis (como comandos gerais e abstratos), era a regra. Nesse sentido, ao referir-se sobre a demanda da legalidade na Itália nessa mesma quadra histórica, registra Bobbio (1995, p. 236) que

O princípio da legalidade [...] é reivindicado pelos juspositivistas (a exemplo de Calamandrei) não para sustentar o fascismo, mas para opor um obstáculo às suas arbitrariedades. Dizer que a lei deve ser obedecida significava, sob o regime passado, defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político, que não respeitava a lei (já que o dever de obedecer a lei diz respeito não só ao cidadão, mas também aos órgãos de Estado). (BOBBIO, 1995, p.236)

No cenário alemão, o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social-nazista que permitiam a suspensão de regulações legais singulares em prol de determinações “superiores”, foram também expressão desse novo direcionamento “virtuoso”. A ciência jurídica alemã considerava que o Nacional socialismo construiu um sistema de valores unitários que permitiam uma prática jurídica consistente. O judiciário então, assumindo a sua função de superego, aparece na condição de "protetor dos valores de um povo [...] e aniquilador dos falsos valores", tornando o povo uno (MAUS, 2000, p. 197). Neste passo, o antipositivismo e o

antiformalismo, presentes na doutrina nazista, e conforme leciona Bobbio, também fascista, corresponderam a essa lógica funcional.

Nessa perspectiva, o antipositivismo e o antiformalismo, presentes na doutrina nazista, e conforme leciona Bobbio, também fascista, corresponderam a essa lógica funcional. Sobre o afastamento do modelo liberal, vale registrar o que salienta Englard (1998, p. 232):

Em relação ao estado nazista, Larenz declara que, de acordo com o Führerprinzip vigente, o Führer não deve obedecer a uma norma que lhe é dirigida, mas sim à lei da vida da comunidade que se tornou dentro dele carne e osso. Portanto, o Führer é, por sua própria natureza, o guardião da constituição, sendo esta última a ideia concreta não escrita de seu povo. O Führer está, portanto, além da revisão judicial²⁰ (ENGLARD, 1998, p. 232, tradução nossa)

Exigiam-se discriminações motivadas politicamente em cada caso singular, incompatível com a vinculação a uma lei qualquer; a personalidade de um indivíduo era transcendente aos limites legalmente previstos, como percebe-se no trecho acima; e a personalidade dos juízes era destacada como a garantia para a correta jurisprudência, libertando-os do que seriam os grilhões do direito convencional.

Destaca Maus, referenciando várias citações do *Richterbriefe*:

Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o 'juiz rei do Povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo'. As cartas aos juízes também tinham em vista a Elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente 'das muletas da lei', sustentando também que o juiz era visto como 'auxiliar direto da Condução do Estado'" (2000, p. 197).

A autora alerta que quando a justiça não tem a necessidade de derivar a legitimidade de suas decisões das normas vigentes (transformada de uma problemática moralização do conceito de direito), então ela, em decorrência das necessidades políticas conjunturais, degenerar-se-á em mero instrumento político-administrativo, ou seja, correia de transmissão de interesses de ocasião. Observando o contexto, dificilmente uma vinculação deste quadro ao normativismo de base juspositivista poderia ser vislumbrado.

Após a Segunda Guerra os operadores jurídicos fortaleceram sua própria influência colocando-se como instância central da consciência da sociedade. Simplesmente não houve sequer uma mínima inclinação em reconhecer a participação submissa da Justiça aos erros do nacional-socialismo. O que houve, ao invés disso, foi a permanência dos mesmos magistrados

²⁰ “In relation to the Nazi state, Larenz declares that according to the prevailing Führerprinzip, the Führer does not have to abide by a norm directed to him, but by the community's law of life that has become within him flesh and blood.161 Hence, the Führer is by his very nature the guardian of the constitution, the latter being the unwritten concrete idea of his people. The Führer is therefore beyond judicial review”.

e funcionários da Justiça e professores da área jurídica da Alemanha do pós-guerra, explicando a forte influência das mesmas velhas concepções nos trabalhos preparatórios da nova lei fundamental. A isso acrescenta Amado (2019, pp. 63-64) que

Os juristas do regime hitlerista continuaram quase todos em suas cátedras universitárias depois de breves períodos de suspensão ou de submissão a caricaturescos processos de desnazificação [...] Entre os professores que haviam posto suas penas a serviço de Hitler, tornou-se habitual uma pouco crível conversão ao jusnaturalismo, tendo se transformado em defensores de uma concepção do direito com forte base moral. Se antes se haviam oposto com todas suas forças ao positivismo jurídico por considerá-lo individualista, dissolvente, judaico e inimigo da grandeza e da expansão do povo alemão, no pós-guerra continuaram com o seu antipositivismo, mas usando outros argumentos. [...] se afirmava o essencial fundo axiológico do direito, o papel determinante da dignidade humana individual e a indubitável vigência positiva e suprapositiva dos direitos humanos. (2019, pp. 63, 64).

Os participantes das convenções de Herrenchiemsee²¹, do Conselho parlamentar e também do Lobby das organizações de interesses dos juristas, segundo expõe MAUS (2000, p. 198), sempre traziam os desejos da "Justiça alemã" para esses trabalhos preparatórios. A competência da justiça para controlar a constitucionalidade das leis, o destaque a personalidade do juiz e a independência pessoal do magistrado foram algumas das questões despertadas pelos grupos.

A professora destaca ainda que sempre que alguma destas propostas era atacada, utilizando-se a "independência da jurisdição" e a "proteção do Povo contra o abuso de independência dos tribunais", a defesa referenciava a necessidade patente destas exigências para fazer frente às injustiças cometidas pelo "arbítrio do Estado nacional-socialista, contra a qual deveria se reerguer um Estado de direito identificado com a justiça livre de todas as formas de controle e vinculação" (MAUS, 2000, p. 198).

Logo após, o Tribunal Constitucional Federal tornou-se o grande responsável pelo novo formato de interpretação jurídica e da nova Lei Fundamental. Um novo período que ficou conhecido como jurisprudência dos valores e que proporcionou, segundo muitos autores, a "perda das certezas jurídicas" graças a criação de instrumentos metodológicos que propiciaram a "abertura" da estrita legalidade, se fez notar (STRECK, 2009, p. 77).

Ainda na esteira dos apontamentos feitos por Maus (2000, p. 198), as faculdades de direito deram continuidade a esse procedimento, reelaborando o próprio passado e atribuindo à doutrina jurídica positivista (veementemente combatida de 1933 a 1945 por seu potencial

²¹ Trata-se de uma reunião em agosto de 1948, composta por peritos e funcionários públicos que passaram a discutir, por duas semanas, o esboço da nova lei fundamental. O grupo reuniu-se no castelo de Herrenchiemsee, Baviera, e foi de vital importância para a formulação da nova carta política.

supostamente destruidor da governabilidade, pelos nazistas) a culpa da submissão da Justiça ao regime Nacional socialista.

Assim, justificou-se o domínio da doutrina antiformalista com o recomeço do Estado de direito, conformando o núcleo da "religião civil" do Estado atual. Com um novo discurso teórico, disseminou-se a ideia de que o vínculo jurídico-formal do marco legal aos aparelhos do poder estatal (em específico aqueles vinculados aos que detém o poder de comando) deve ser sempre considerado prejudicial.

Até mesmo no campo das ciências sociais começaram a adotar o discurso que pressupõe que o domínio e a força dos aparelhos estatais só existem quando conformados pela própria lei escrita, alegando que seria possível um redirecionamento das funções do Estado para mecanismos de integração extrajurídicos, sem perda de liberdade, quando lhes retirassem os "fundamentos legais" (MAUS, 2000, p. 199). Entretanto, conforme já apresentado, a realização do poder do Estado não depende de modo algum de normas de autorização.

Garapon (1999, p. 148), por sua vez, admite que sobre este tema, como as normas legais são delimitadoras da ação dos indivíduos, o formalismo positivista tinha a vantagem de delimitar melhor quais seriam os limites e a extensão da ação humana: "um interior e um exterior", permitindo observar a "área do proibido e do permitido" com muito mais lucidez. Porém, segundo o seu autor, o homem moderno não detém mais essa capacidade, e o legislador, já sem referências comuns, passa de um produtor de normas proibitivas específicas a um sancionador de obrigações gerais de prudência, o que explicaria a ascensão do Poder Judiciário.

Em verdade, nesta tese que busca trazer uma visão dos dilemas e demandas contemporâneos do poder judiciário em sua nova função na sociedade, percebe-se claramente a influência dessa religiosidade secular que cita Maus (2000, pp. 185, 192). Segundo explicita o magistrado francês, a regra positiva, formal, já teve sua vigência. Hodiernamente prefere-se os princípios por serem mais flexíveis, porém, segundo acredita, menos facilmente contornados. Esse novo direito permite que tenhamos regras menos numerosas e mais respeitadas. Segundo ele, o poder de criar o direito por meio da simples lei se exauriu, e o Estado só deve a esse poder recorrer com muita parcimônia.

Neste passo, o indivíduo, na sua busca de preservar valiosos espaços de liberdade, vem a sofrer uma carga cada vez maior de ausência desses espaços com a influência crescente da Justiça em todos os âmbitos. Com isso, diante de anseios e demandas cada vez mais crescentes de pessoas e grupos sociais alimentadas após o desencanto diante dos horrores que regimes totalitários produziram, surgem promessas de um Estado fiador ou garante desses anseios de paz, felicidade, segurança, dignidade, assistência previstos nas Constituições promulgadas na

segunda metade do século passado. Segundo o autor citado, o tempo do direito expresso em regras positivas, formais, foi superado. Hodiernamente prefere-se os princípios por serem mais flexíveis, porém, segundo acredita, menos facilmente contornados. Esse novo direito permite que tenhamos regras menos numerosas e mais respeitadas. Segundo ele, o poder de criar o direito por meio da simples lei se exauriu, e o Estado só deve a esse poder recorrer com muita parcimônia. Entretanto admite:

Essa nova forma de regulação que pede aos profissionais interessados a preferência pela interiorização da regra, certamente diminui a segurança jurídica, mas tem mérito de favorecer a elaboração, caso por caso, de um conjunto de regras mais bem adaptadas a complexidade econômica e política da matéria, mais flexíveis e mais facilmente sujeitas a emendas do que uma regulação Legislativa tradicional. (GARAPON, 1999, p. 258)

No contexto contemporâneo destacado por Garapon (1999, pp. 46, 50), ele afirma que os critérios presentes no positivismo legal foram alterados a ponto de transformar a definição do direito. O que antes traduzia-se na obrigatoriedade legítima da lei e o seu cumprimento, agora pode ser compreendido como a pura submissão de um comportamento ao exame de terceiros. Além disso, o julgamento através da sujeição à norma, presente no direito clássico, também sofreu alteração, uma vez que o magistrado se eleva acima da norma para tornar-se o portador direto da voz do direito, enterrando a característica de coerência apriorística do direito.

Em suma, com o repúdio a Kelsen e sua teoria baseada em uma concepção base lógico-formal do direito positivo, abriu-se a oportunidade para a redefinição da compreensão acerca da juridicidade e de seu estatuto científico. A “negação” póstuma de algo que nunca foi acatado gerou um mito fundante, necessário ao renascimento, para o restante do mundo, de um jusnaturalismo que era comum na Alemanha no ocaso do regime hitlerista.

Esse fato viria a constituir a base do novo marco jurídico pós-positivista que exploraremos adiante.

3 O “REENCONTRO” DO DIREITO COM A MORAL E A POLÍTICA E O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO.

Na virada do século XX para o XXI consolida-se um movimento no campo jurídico que se convencionou chamar de pós-positivista, que teve como ponto central a defesa de um direito de base principiológica. Não por acaso, difundiu-se esta nova doutrina, segundo o discurso mais comum, depois do “colapso político do positivismo jurídico”.

Os princípios, sendo “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas” (REALE, 2003, p. 37), são agora a chave do direito.

Passa-se a admitir que a norma nem sempre traz luz ao problema analisado, e por este motivo, o juiz sai de seu papel de intérprete para tornar-se partícipe da criação do Direito, atuando como um legislador complementar ao passo que faz valorações de sentido (nas chamadas cláusulas abertas) e pode realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, 2007).

O uso apriorístico das normas legais, com um conteúdo mais preciso e certo, dá lugar a uma interpretação constitucional que reconhece a força normativa de princípios gerais e abstratos. Assim, a norma-princípio passa a ser encarada como verdadeira norma jurídica com força vinculante, dotada de supremacia e de intensa carga axiológica, contendo caracteristicamente um grau maior de abstração e generalidade.

A Constituição e seu substancial conteúdo passam então a assemelhar-se à função que detinha o direito natural nos séculos passados. E com sua forte carga de abstração, o conteúdo dos princípios, com seu sentido e alcance, acaba sendo praticamente definida pelo próprio intérprete-aplicador que, alegando buscar sempre o bem social, seus avanços e uma perfeita harmonia entre as normas infraconstitucionais e a Carta Constitucional, estaria sempre apto a resolver as mazelas da sociedade com senso de justiça e equilíbrio.

Ocorre que essa situação, em verdade, favorece a discricionariedade do julgador na hora de interpretar e aplicar essas normas. Mas o que importava, para os entusiastas desse “novo direito”, era destacar que essa nova hermenêutica torna-se muito mais compatível com o Estado Democrático de Direito, visto que, ao recorrerem os juízes a padrões interpretativos e argumentativos de maior base principiológica, a interpretação da Constituição seria embasada em justificativas que se fundamentam em argumentos de justiça, e não meramente de caráter legal.

Diante desse cenário, não tardaria a aparecer decisões controversas tomadas por magistrados entusiastas dessa nova forma de interpretar e aplicar o direito de base principiológica. Sejam pelo seu caráter marcadamente político e atécnico, por sua questionável interpretação “do justo”, seja por seu protagonismo impositivo e pouco equilibrado frente aos demais poderes.

3.1 A NOVA FUNÇÃO DO MAGISTRADO NA CONTEMPORANEIDADE E SUA RELAÇÃO COM A OPINIÃO PÚBLICA

Discorrendo sobre o tema do novo protagonismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro, entendendo, como uma espécie de avanço, assim como a grande gama de juristas brasileiros também o faz, assevera Campos que

[...]A partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou o padrão de interação com os poderes Executivos e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro. Isso tem implicado importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional [...] mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a executivos hipertrofiados, alcançou de forma gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história – a Corte tem sido capaz de exercer tanto o papel contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar anseios sociais e políticos favorecidos pelas coalizões majoritárias, mas que, em função do caráter muito controvertido dos temas, esbarra em impasses (deadlocks) intransponíveis na arena legislativa. (CAMPOS, 2014, p. 21)

A jurisdição, então, passa a assumir um crescente protagonismo na sociedade e, em especial por meio dos tribunais superiores, passa a pautar e moldar progressivamente a sociedade com suas decisões. Não obstante, não se ouve questionar a opinião cidadã sobre as decisões do judiciário. Seguindo o brocado “ordem judicial não se discute, cumpre-se”, parece que se criou uma espécie de inquestionabilidade das autoridades do judiciário.

Ocorre que se não há o aceno positivo da sociedade frente à jurisdição e à forma de se fazer “justiça”, a legitimidade destas decisões fica comprometida.

O fundamento do Estado democrático de Direito é, como vimos avançar nas ideias iniciais deste trabalho, o povo e a lei (apontados em “democrático” e “direito”), e é, segundo essas duas premissas, que vigora o “não se discute, apenas se cumpre”. A lei precisa ser

originária da vontade popular, e assim sendo, após a interpretação judicial dessa lei, aplicada ao caso concreto, é que ninguém sentirá a necessidade de desrespeitar a ordem jurídica. Em outras palavras, não é o “respeito à ordem judicial” um pressuposto, mas sim uma consequência.

Habermas destaca que

No modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor do direito, o qual, de acordo com sua pretensão, é racional, justamente por fundamentar a liberdade. Isso se revela na peculiar ambivalência com que o direito vai de encontro a seus destinatários e deles espera obediência [...] e isso por respeito a resultados de uma formação comum da vontade que demandam legitimidade para si. (HABERMAS, 2002, p. 287)

Salienta, dessa forma, que passando de Locke a Rousseau, até chegar em Kant, a realidade filosófica e constitucional das sociedades ocidentais é originada em um conceito ambivalente de direito, firmando-se tanto na positividade quanto no caráter coercitivo como assegurador da liberdade. Ademais, esse caráter e a modificabilidade do direito positivo, exercida por um legislador político, enreda-se na legitimação de que esse direito escrito assegure a autonomia de todos, e para que isso ocorra, o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente. Sobre isto também leciona Locke:

O que move uma comunidade é sempre o consentimento dos indivíduos que a compõem, e como todo objeto que forma um único corpo deve se mover em uma única direção, este deve se mover na direção em que o puxa a força maior, ou seja, o consentimento da maioria; [...] por isso, naquelas assembleias cujo poder é extraído de leis positivas, em que a lei positiva que os habilita a agir não fixa o número estabelecido, vemos que a escolha da maioria passa por aquela do conjunto, e importa na decisão sem contestação, porque tem atrás de si o poder do conjunto, em virtude da lei da natureza e da razão. (Locke, 2021, p. 61)

Nesta perspectiva, o que se torna claro é que quando não se enxerga uma lógica democrática imanente, materializa-se uma nebulosidade patente, incompatível com os ideais iluministas já citados, dando a impressão de um afastamento da racionalidade.

De logo, é importante denotar que não há vontade alguma em instrumentalizar a captação da opinião pública sobre os efeitos das decisões emanadas pelas cortes superiores, o que demonstra um certo desprezo democrático dos nossos ministros.

Discorrendo sobre o tema manifesta-se Kaufmann

Nas democracias mais sólidas e seguras, uma das principais funções da chamada “comunidade jurídica” e da “opinião pública” é refletir e examinar as consequências das decisões emanadas dos respectivos Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes [...]. O acompanhamento da execução e avaliação de efetividade e utilidade das

decisões não é uma prática regular no Brasil, embora fosse fundamental que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) demonstrasse esse interesse, como forma de crescimento institucional [...]. Nesses 30 anos da Constituição, não foram poucas as decisões perigosas exaradas pelo Tribunal, e esse número logicamente aumenta na medida em que o STF se arvora a povoar espaços normativos e institucionais de outros Poderes. A assunção dessa responsabilidade pela ocupação expansiva do locus constitucional do Legislativo ou Executivo significa a exposição da Corte a uma avaliação mais criteriosa de todos, o que, no tempo, pode significar até a fragilização de sua legitimidade. (KAUFMANN, 2020, pp. 259-260)

Garapon (1999, pp. 45, 46, 186-188, 190) pontua que o judiciário seria o que restou das instituições democráticas, diante da fragilidade decorrente da crise de legitimidade de que sofrem o Executivo e o Legislativo. Afirma o magistrado que o excesso de força desse poder configura-se como um caminho inerente às democracias. Dessa forma, o desgaste das instâncias legislativas e executivas, ligadas a uma depressão social, traz ao juiz um certo prestígio que serve como reação de defesa dessa mesma sociedade que enfrenta um desabamento político, simbólico, psíquico e normativo²².

Assim, a neutralidade, a imparcialidade e as demais características positivas do Judiciário, responderiam a uma tendência de politização da Razão judiciária e uma judicialização da Razão política. A Justiça passa então a encarnar "o espaço público neutro", tendo o direito como "a referência da ação política", e o juiz, a qual por delegação dos outros poderes ou por sua influência no raciocínio político, passa a representar o "espírito público desinteressado". O cidadão, percebendo essa realidade, acaba permitindo um maior crescimento do seu controle, ao passo em que a justiça seria cada vez mais procurada a fim de controlar a vida coletiva, configurando uma das maiores características políticas do final do século XX. (GARAPON, 1999, pp. 25, 45)

Maus (2000), sobre o tema, também aponta que

O crescimento no sec. XX do terceiro poder (...) não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa (MAUS, 2000, p. 185)

Segundo Garapon (1999, p. 27), confirmando esses contornos, já na década de 1950, menciona que o papel do juiz não era mais aquele de delimitação da sanção descrita na lei. Em

²² Garapon alude que o indivíduo encontra-se perdido, ansioso para que alguém fixe os conceitos de bem e mal. Fruto da contraditória consequência de uma democracia que promove igualdade, enfraquecido em seus vínculos sociais, da tradição, do costume, desenvolveria pessoas sem raízes e desnorteadas em suas questões existenciais. Assim, buscar-se-ia, a todo tempo, a autoridade.

suas palavras, "O juiz passa a ser o último Guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos". (GARAPON, 1999, p. 27)

Dito de outra forma, do juiz, a comunidade espera a sensibilidade que traduz uma demanda moral, aquele que nomeia o bem e o mal. Garapon (1999, p. 151) destaca que o juiz se coloca no lugar da autoridade ausente, em uma sociedade perdida em si e sem referências, para assim, autorizar uma intervenção nos assuntos particulares. Ainda denota que a transposição dos problemas humanos e sociais em termos jurídicos termina por comprometer os vínculos sociais. Em suma, o que era solucionado de forma espontânea e implícita pelos costumes ou regras sociais e morais amplamente aceitas, por meio da mediação de outros atores sociais, passa a dar-se explicitamente pelo juiz.

Necessário recordar que, conforme já apresentado, essa tendência de busca incessante à autoridade a qual Garapon manifesta própria do nosso tempo, nada mais é do que outra faceta do "caminho abandonado", citado por Hayek (2010). Contudo, esse posicionamento delegatário é, dentro da esfera jurídica atual, assumida na maior parte das vezes com uma conotação positiva.

Sobre este fenômeno hipertrófico do judiciário e sua ampla concordância doutrinária, voltando-se agora para o contexto nacional, segundo Tassinari (2012, p. 18), o pós-segunda guerra e a constitucionalização do direito, bem como a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu, contribuíram para o fenômeno da judicialização do sistema político. Aponta que tais acontecimentos "provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado" (TASSINARI, 2012, p. 40).

Nesse contexto, o "ativismo judicial" fez-se cada vez mais presente e defendido entre amplos setores, desde a academia até a imprensa. Sobre esta defesa no Brasil, salienta Milhomem:

Um dos pilares que fundamentam essa autorização auto estabelecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal de que pode decidir de maneira tão modular a ponto de gerir regras, cujos efeitos são sentidos exatamente como normas, consiste justamente nessa ideologia proeminente e, em sentido até consolidada, de que o ato do magistrado deve buscar realmente produzir uma ideia de Justiça, ainda que a aplicação direta da lei seja relativizada ou interpretada de uma outra forma diferentemente do que se consolida na jurisprudência. (MILHOMEM, 2017, p. 31)

Garapon (1999, p. 228) também pondera que, retirados os pontos de tensão e suas críticas ao modo com que o Judiciário assume essa nova demanda popular, é possível perceber que a tese construída em torno de um neopositivismo se debruça sobre a inevitabilidade deste caminho, destacando que, "se o direito Liberal do século XIX foi o do Poder Legislativo, o direito material do Estado provedor do século XX, o do executivo, o direito que se anuncia poderia ser o do juiz".

Dessa forma, o indivíduo, afastado de sua responsabilidade pessoal, em uma sociedade jurídica, sem limitações explícitas ao aparelho estatal, continua a aceitar a legitimidade hipertrofiada do judiciário por passar a vê-lo como último detentor da moral, desprezando, de certa forma, outros setores e instituições já cambaleantes, uma vez que, ainda nas palavras de Garapon (1999, p. 48), "a justiça terá sucesso quão inversamente proporcional for o descrédito que atinge as instituições políticas clássicas". No entanto, seguindo por esta trilha anunciada, as coisas não tomaram as melhores proporções.

3.2 A CRISE INSTITUCIONAL DO DIREITO E A BUSCA POR UMA RACIONALIDADE JUDICIAL COMO FIADORA DA LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO

Nas palavras de FAVER²³ (2001), estaríamos vivendo uma verdadeira crise social envolvendo três níveis: A crise do Direito, a crise de Justiça, e a crise da Justiça. Diante disto, passa a descrever o quadro fático que enxerga no Brasil.

A primeira crise refere-se à ausência de um comprometimento político dos representantes com aqueles que o elegeram, ideologicamente distante da postura ética daqueles que neles votaram. Nesse sentido, as leis que surgem, o fazem desfalcadas da real vontade popular. Dessa fragilidade dos representantes na elaboração das leis, surge o famoso adágio das "leis que pegam, e leis que não pegam" (FAVER, 2001, p. 17).

Para Faver, a lei nasce para ter uma eficácia real, e quando isso não ocorre provoca-se uma acentuada discrepância, ensejando a crise do direito.

²³ Marcus Antônio Faver era, à época, presidente do TJ/RJ, e discursou na Conferência Magna da abertura do 1º semestre letivo da EMERJ, no dia 05/02 do ano de 2001.

A crise do Direito, continua o desembargador, origina a crise de Justiça, já que as leis tendem a encontrar-se perante o sentimento de não serem verdadeiras ordens lógicas que buscam atender os seus fins sociais, mas sim algo mais próximo de um imperativo (em sua estrutura). As instituições jurídicas, em reflexo, não conseguem dar respostas aos anseios populares, desdobrando-se no segundo tipo de crise. A crise de Justiça manifestar-se-ia, então, em dois patamares: a manutenção e a escalabilidade da arbitrariedade e da corrupção em todos os setores de prática administrativa (FAVER, 2001, pp. 17-18).

A arbitrariedade seria uma derivação do exercício do poder deslocado para um campo em que se tornam irreconhecíveis os limites expressos pelas normas jurídicas que regulam a atuação dos agentes do Estado, em qualquer de suas funções, excedendo os limites de sua competência. A corrupção, devendo ser entendida como questões ainda mais abrangentes do que os limitados ao delito do artigo 333 do Código Penal, estaria presente em atos onde, o uso corrupto, desvirtuado e subordinado do poder ocorre em feição simulada, acobertada por atos aparentemente corretos e formalmente perfeitos (FAVER, 2001, p.18).

Seguindo a mesma linha de Garapon, acredita Faver que a sociedade esperaria do Judiciário a resolução de todas essas questões, depositando toda a confiança nesta instituição, da qual espera um comportamento ético capaz de combater as práticas indevidas. Porém, ao longo dos anos uma desconfiança crescente se fez presente, transbordando nos agentes políticos, representantes, e também contra o próprio poder judiciário, denotando a terceira crise, a da Justiça. (FAVER, 2001, p. 20).

Apesar de Faver e Garapon convergirem no diagnóstico sobre as origens da crise dos Estados democráticos de Direito da atualidade, este último apresenta uma visão extremamente positiva do papel de destaque do Judiciário. Assim, Garapon (1999, p. 46) expõe em vários momentos que o caminho que a democracia passaria a enveredar deveria ser aquele guiado pelos Juízes, objeto de fé e melhor alternativa aos problemas que aponta, bastando, para isso, de forma resumida, voltarem-se ao papel simbólico que sempre detiveram, lembrando-se de manter um “afastamento necessário” das partes e do caso, que atende a exigência de imparcialidade no julgamento, indo na contramão dos processos socializadores da democracia que, em sua opinião, fazem renascer no judiciário uma “lógica sacrificial”²⁴.

²⁴ Lógica sacrificial seria um processo que o autor entende como uma espécie de despolitização do sujeito. Para Garapon, a ausência de afastamento necessário do juiz faria renascer essa lógica. Estaria vinculado o termo ao renascimento do medo do agressor, a identificação com a vítima, e a demonização do culpado antes mesmo da apresentação das provas.

Na contramão, demonstra Faver (2001, p. 18), que neste tempo até mesmo o último defensor dos ideais democráticos parece começar a erodir-se como fonte de esperança. O “guardião das promessas” também passa a ser desconsiderado como sustentáculo. Uma correlação deste novo panorama com a realidade pode ser percebida partindo-se da observação da recente atividade jurídica brasileira.

Streck (2009, p. 77), em artigo denominado “Ulisses e o canto das sereias: Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um ‘terceiro turno da constituinte’” menciona que os juristas nacionais andam por vias perigosas, entendendo cada vez mais necessária a imposição de posições ativistas no direito brasileiro. Sobre o tema descreve também Tassinari:

[...] Parcela considerável dos juristas (e, inclusive, dos membros que compõem o Judiciário) começa a conceber a jurisdição a partir de dois principais pressupostos – pela via do ativismo judicial e/ou da judicialização da política. Neste ponto, a utilização da palavra pressuposto não é aleatória: ela se atribui ao fato de que a teoria do direito assimilou (de modo praticamente instantâneo) o perfil ativista do Judiciário, tomando-o como ponto de partida para a composição do cenário jurídico, isto é, considerando esta característica como algo inerente, pressuposta, portanto. (2013, p. 12)

Streck também exemplifica esse típico comportamento referindo-se à ADPF 178, que buscava a regulamentação da União homoafetiva pela via judicial (2009, p. 79). Apesar de concordar que a medida buscava a efetivação de direitos necessários, sendo legítima a luta e não sendo avesso a ela, entendia o jurista que a via do Judiciário, nestes contornos, não seria a forma democrática de realizá-los, tendo em vista que a sua efetivação pela disposição jurisprudencial daria ao Supremo Tribunal Federal um poder constituinte permanente, alargando, e muito, suas competências.

A constituição tem como fundamento principal promover um cabedal de regras sóbrias que guiem nossas instituições durante momentos de paixão ou de desejos momentâneos. Por este motivo, utilizando o conto mítico de Homero, faz Streck uma analogia da Carta Política ao mastro do barco de Ulisses, que para não sucumbir ao canto das sereias, ordena aos seus homens que o aprisionem nele e não desatem suas amarras, independentemente das suas próprias ordens. Nas palavras de Streck, as "Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias"(2009, p. 76).

Contudo, acrescente-se que não apenas as maiorias merecem destaque hoje. Alertando que "o mau uso do direito ameaça tanto a democracia quanto o seu pouco uso", avisa Garapon

(1999, p. 53) que a justiça não pode tomar o lugar da política, pois arrisca-se a abrir o caminho para uma também tirania das minorias.

Não obstante, essa força balizadora e contendor de desvios e abusos que a Constituição desempenharia, começa a ser fragilizada quando o papel das cortes e tribunais começa a “impor-se” como medida política cada vez mais impulsionadora e amplificadora dos direitos sociais, transformando o que antes era tido como um limitador, em uma nova forma de expansão dos limites políticos e sociais.

Contudo, indo em uma direção contrária, mais comum na doutrina brasileira, destaque-se, explica Ávila (2013) que cabe ao Judiciário assumir-se como um ente político, não julgando apenas o certo e o errado em sua conformidade legal, mas buscando examinar, especialmente, se o Legislativo estaria cumprindo a sua função de implementar os resultados objetivados pelo Estado Social. Segundo ela, exige-se um Judiciário verdadeiramente “intervencionista” que possa controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, desde que infra ou constitucionalmente definidas.

Na prática, a espécie de defesa acima desloca para tão longe o princípio da separação dos poderes que nem mesmo existe a preocupação em fingir respeito a ele, justificando esse distanciamento pela responsabilidade que tem o Judiciário de garantir efetividade aos direitos elencados na Constituição Federal. Sobre isso destaca Milhomem que “embora alguns estudiosos do tema apontem consequências negativas advindas do mau uso do ativismo judicial, tem-se que [...] é uma prática recorrente e já inerente à sistemática jurisdicional do ordenamento jurídico brasileiro” (2017, p. 25).

Outro exemplo de como esse deslocamento ocorre e é fortemente incentivado, pode ser encontrado no texto anteriormente citado de Bonavides, que, debruçando-se sobre o tema da autolimitação estatal, avança que o princípio da separação dos poderes exposto por Montesquieu visava restringir as esferas de atuação do Estado, trazendo a ideia primordial do liberalismo que manifestava a circunstância de que “a sociedade seria a liberdade e o Estado sua antítese”. Contudo, com o crescimento deste Ente, cresceram também os seus fins, ao passo que essa limitação, modernamente, deveria ser superada. Nesse sentido:

Daí outro motivo para determinar o recuo necessário, senão o abandono a que se acha exposto, na doutrina política de nossos dias, o mencionado princípio [da separação dos poderes], notadamente depois que as necessidades do mundo moderno impuseram ao poder estatal ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades [...] a tendência para a vinculação, a síntese e a colaboração dos poderes atesta que, no moderno estado jurídico e democrático, já se não teme o poder. (Bonavides, 2009, p. 72)

A escalabilidade da força do Estado é sempre avaliada como necessária e positiva pela maior parte dos juspublicistas e cientistas políticos contemporâneos. Some-se a isto que o governo busca despolitizar, não raro, conflitos provocados por questões morais politicamente difíceis, e chegaremos em uma possível explicação acerca deste movimento que propaga cada vez mais a necessidade do distanciamento das fontes formais do direito, e uma maior atividade jurídica vinculada a decisões morais, filosóficas e politicamente embasadas.

3.3 A PRESENÇA DE VALORES MORAIS: DIRETRIZES POLÍTICAS NO INTERIOR DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS – A ECLOSÃO DE UMA HIPERTROFIA POLÍTICA DO JUDICIÁRIO

A representação da Justiça como a instância moral por excelência apresenta, no entanto, um paradoxo existencial cuja problemática consiste na divergência entre as decisões judiciais e as expectativas sociais em relação à justiça.

Mesmo que as decisões judiciais sejam consideradas conforme o marco normativo vigente e tenham atendido as condições de validade formal e substancial, muitas vezes não são compreendidas como as mais corretas pela população, sejam elas provenientes de julgamentos em instância ordinária ou pelas cortes superiores. Isso tanto pode ocorrer pela disparidade de pensamento e visão de mundo entre magistrados e os cidadãos médios, como pela ambivalência dos conceitos presentes no repertório de decisões, afinal

A transformação da Constituição em uma "ordem de valores" confere às determinações constitucionais individuais (por meio da "abertura" de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados. (MAUS, 2000, p. 200)

Ehrhardt e Lacerda (2018), ao discorrerem sobre esse voluntarismo decisório que foi franqueado com a impregnação de princípios na ordem jurídica, manifestam-se aduzindo que

O movimento de constitucionalização dos direitos adota uma postura pós-positivista, reconhecendo a normatividade dos princípios expressos ou implícitos, realizando uma reconciliação do direito com os valores morais; isso pode gerar alguns problemas, sendo criticado pela dificuldade de controle do subjetivismo do julgador, e para evitar o decisionismo é necessário a adoção de um método hermenêutico adequado. (2018, p. 192)

A gênese deste problema, segundo já discutido, ocorreu após a escalada da “justiça germânica”, onde por meio do Tribunal Constitucional começou a manifestar-se utilizando critérios que não encontravam alicerce no texto constitucional. Ressalta Maus (2000, p. 200), que garantias escritas, por vezes, são contrapostas “à reserva das idiossincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos”, bem como ao apego aos fundamentos, por vezes com roupagem normativista, mas amplamente idiossincráticos, das próprias decisões do Tribunal.

Após serem tomados, pela jurisprudência, pontos de vista morais como regras jurídicas, têm-se a identificação de qualquer fato como juridicamente relevante, transformando-o em matéria de decisão judicial. Diante desse cenário, o poder de intervenção/sanção do Estado-juiz expande-se de tal forma que passa a exigir atuação crescente do aparato judicial, inclusive, naquilo que antes, no clássico Estado de direito, era visto como indevida imposição, por adentrar no espectro da liberdade pessoal.

Assim, em nome da prevenção de crises ou de sua administração é promovida uma “desqualificação da base social”, ou seja, o direito passa a abarcar quase todas as relações humanas e há uma espécie de “judicialização da vida”. Esta base social, que seria detentora de seus próprios ambientes de “direito livre”, fora do alcance do Estado (MAUS, 2000, p. 201).

Com isso, aquilo que segundo a teoria clássica democrática configurava o âmbito da liberdade, onde não caberia ao Estado intervir, passa a ser progressiva e drasticamente reduzido (BONAVIDES, 2009, p. 40). Aponta Maus que

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p. 187)

Desta realidade normaliza-se a atividade jurisprudencial despreocupada em observar os certos limites legais e interditos políticos em sua atuação, substituindo-os por direcionamentos supralegais (como princípios de prudência ou de responsabilidade) conformadores destas mesmas normas. A justiça passa a ser realizada *a posteriori*, sendo que o direito positivo sempre concebeu apriorístico. O juiz, agora, é o único que pode decifrar o seu sentido, invertendo a

carga normativa que impossibilita um raciocínio antecipatório diante do caso submetido a julgamento, entornando, em derradeiro, na possibilidade daquilo que se denomina *lawfare*²⁵.

Ademais, nesse caminho onde a democracia corre perigo diante de instabilidades e tensionamentos decorrentes da assunção do Judiciário, especialmente as cortes superiores, a uma espécie de sobrepoder nas democracias, e a maioria dos intelectuais faz ode ao envelhecimento e ao anacronismo das leis, fato que culminou no uso indiscriminado dos princípios jurídicos para balizar todo o entorno legal (mesmo naqueles de competência do poder legislativo e até executivo), questiona-se qual seria o derradeiro papel do povo. Ao grupo de cidadãos parece ter restado a função de meros espectadores dos fatos e receptáculo das decisões, por vezes com destacado conteúdo político, de personagens ou grupo que, nada obstante detenham tamanho poder, não foram eleitos para representar a vontade popular: os membros do Judiciário.

Esta nova feição de Estado desrespeita o sentimento fundante da sociedade que citava Hobbes. Também não consegue dar vazão aos anseios dos indivíduos de maior proteção das suas liberdades fundamentais e reduz a participação do povo na real criação das leis, conforme citava Locke. O princípio da segurança jurídica também é negligenciado. O sentimento de Justiça, tendo a lei cumprida e determinada por um terceiro desinteressado que não participando do conflito ou da produção normativa, baliza suas decisões exclusivamente nas regras pré-estabelecidas (e não nos sentimentos momentâneos), não pode mais ser sentida. A crise da Justiça apontada por Faver (2001, p. 19) ocasionada pela arbitrariedade do exercício do poder judicante, desmantelando os limites expressos pelas normas jurídicas, assim bem comprova uma percepção difusa de reprovação na sociedade brasileira acerca do que se tornou a justiça.

O ser humano continua temendo a não linearidade das ações de seus semelhantes, e quando a própria lei não se mostra como uma direção a ser tomada por todos, surge uma desconfiança que atinge boa parte da base social. O direito e seus intérpretes, antes respeitados com uma parcimônia quase religiosa, passam então a ser vistos com desconfiança e, não raro, passam a ser vistos como instrumentos de opressão sobre outros poderes e até sobre a própria sociedade.

A premissa básica de tudo o que aconteceu na França do século XVIII é de que só se poderia considerar como "lei" aquilo que o povo decidiu para si mesmo. Era a luta pelo "domínio da lei" em lugar da decadente idolatria absolutista. Mas dificilmente poderíamos

²⁵ Utilização abusiva do 3º Poder em disputas políticas (ou conflitos quaisquer) a fim de atingir adversários ou atores hostis através da manipulação do sistema legal, deslegitimando, desacreditar ou enfraquecendo seus oponentes.

afirmar que essa luta ainda permanece hoje. O princípio da Soberania popular, elevado ao último nível por Rousseau e conformado no parágrafo único do primeiro artigo de nossa carta política não é verdadeiramente observado, pois a vontade prevalente acaba descambando na vontade de juízes e de uma Corte política, fazendo parecer que seja a “Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído” (MAUS, 2000, p. 187). Decerto não parece correto defender esse modelo em um Estado que se afirma movido pela democracia e pelo direito.

4 O PARADIGMA JURÍDICO PÓS-MODERNO, ATIVISMO JUDICIAL E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA

A corte máxima do judiciário nacional surge em 1891, nos primeiros anos da recém proclamada República²⁶. Composta inicialmente por quinze juízes, na antiga sede do Supremo Tribunal de Justiça, no Rio de Janeiro, construiu sua identidade institucional influenciada pelo modelo norte-americano, como Corte Constitucional. Atualmente, é composta por onze Ministros, de cargo vitalício, sendo eles indicados pelo Presidente da República, dentre cidadãos brasileiros natos, com idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, sabatinados pelo Senado Federal.

Trata-se de uma instituição crucial que exerce uma das funções mais importantes da Constituição, garantindo a conformidade com a Carta Magna e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. No entanto ela não deve ser isenta de críticas. O Poder da Corte Constitucional brasileira é bem mais abrangente do que em sua origem, acumulando tanto competências de um tribunal de última instância, exercendo função recursal, como também a de um tribunal que julga questões de constitucionalidade em casos concretos, de forma ampla.

[...] Diz-se que o STF está situado em, no mínimo, dois contextos institucionais diferentes: primeiro, como sendo aquele no qual atua como instância única em controle concentrado e abstrato; segundo, atuando como instância de revisão em controle difuso e concreto, mediante apreciação de recursos que tiveram a sua questão constitucional apreciada anteriormente por pelo menos um juízo inferior, o que faz parte de sua competência recursal extraordinária. (COSTA e FRANCA, 2023, p. 9)

Esse formato único, incomum à maior parte das democracias consolidadas, reflete a influência externa, em especial uma estranha e peculiar tentativa de conjugação dos sistemas americano e alemão. Por assumir essa feição, nossa mais alta corte assume uma tarefa descompensadamente colossal: julgar centenas de milhares de processos ao ano, quer em competência originária, quer em grau de recurso.

É de conhecimento comum que, ao comparar, em exemplo, a Suprema Corte norte-americana, revela-se uma discrepância assustadora no número de “casos” ou matérias julgadas.

²⁶ História dos 130 anos da Suprema Corte Nacional. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/130anos/>

Enquanto a Suprema Corte dos EUA julga, em média, cem processos por ano, a Suprema Corte nacional julga em média cem mil casos (BRASIL, 2023b).

O tamanho desta diferença condiz com a centralização do poder mencionada neste trabalho. Decerto esse número influencia a instabilidade jurídico-política de nosso direito, especialmente quando demonstrada a inclinação patente de uma “teogonia constitucional”²⁷ que permitiu o novo modelo interpretativo do Direito, como alerta Ingeborg Maus (2000, p. 192).

Ao acumular milhares de processos, onde para cada um a corte que os julga tenha liberdade de realizar uma nova interpretação constitucional original (podendo ir, inclusive, além do que diz a própria Constituição), abre-se espaço para a exata fórmula de um pandemônio jurisprudencial que afasta o Supremo de sua função precípua: conferir estabilidade à interpretação constitucional. Adite-se a esse preocupante cenário, a prevalência de decisões monocráticas, que deveriam ser mitigadas²⁸, a fim de evitar variações nos resultados dos julgamentos devido a possíveis mudanças na composição dos órgãos plenos e fracionários da corte, e chegamos ao retrato nacional. Tudo isso, sem que haja qualquer órgão ou instituto que balize a sua atuação.

Sobre este tema talvez seja propício comentar sobre a impossibilidade de atuação do CNJ sobre a Corte maior. A instituição, sua composição e competências foram definidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 objetivando ser um órgão de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, sendo apto a “julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas”²⁹.

A constitucionalidade da criação do órgão foi, também, reconhecida pelo Supremo na ADI 3.367/DF. No entanto, na mesma decisão, como não é de surpreender, ficou claro que tal conselho não tem competência alguma sobre a Suprema Corte ou seus ministros. Esta sim, importa destacar, tem poder de se sobrepôr às decisões do Conselho.

Isto posto, considerando o grande poder que detém a corte máxima do país, a importância da sua função e a ausência de um limitador a seus eventuais abusos e excessos, é que se defende que ela deve estar constantemente sob a vigilância da sociedade. A sua abertura

²⁷ Criadora da divindade do Direito Suprapositivo

²⁸ Recentemente, alguns parlamentares apresentaram projetos de lei buscando, dentre outras matérias relativas a pontuais reformas do Judiciário, e dentre elas consta uma de limitação das decisões individuais de ministros. Aliado a isso, o próprio STF estabeleceu algumas regras internas nesse campo, como que reconhecendo os excessos do próprio tribunal. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/12/stf-restringe-decisoes-individuais-de-ministros-e-fixa-novas-regras-na-corte-sem-fazer-alarde.shtml> Acesso em: 10/07/2023.

²⁹ Conforme dados disponíveis no site oficial: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10/07/2023.

interpretativa, defendida por vários atores jurídicos, deve ser constantemente posta em questão e objeto de discussão acadêmica, uma vez que pode levar a uma disposição prévia de se adotar uma orientação divergente da lei e dos seus próprios precedentes, resultando em uma fragmentação da estabilidade interpretativa.

Ainda que se considere que várias questões judicializadas são complexas e controversas, convém que elas não sejam analisadas partindo-se de acentuadas considerações políticas. Ocorre que com a primazia das normas-princípio no ordenamento brasileiro normalizou-se uma discricionariedade judicante compatível com a pouca clareza semântica dos princípios, gerando decisões que, ao passo que manifestam ampliação do âmbito de apreciação pelo Judiciário, trazem uma, cada vez maior, atecnia decisória que não passa despercebida.

Sobre o processo de expansão dessa interpretação jurídica, salienta Maria José Sousa Carvalho Milhomem que

No Brasil, a realidade jurídica aponta como tendência teórica, o elemento de impulsão do ativismo judicial, chamada também de neoconstitucionalismo, que possui extensa propagação tanto no meio acadêmico quanto doutrinário, e já começa a fazer parte do âmbito do Poder Judiciário, principalmente nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (MILHOMEM, 2017, p. 33)

As parcas críticas existentes, no entanto, destacam que tal característica faz com que nossa suprema Corte promova uma certa usurpação do papel do Poder Legislativo e dos representantes eleitos, uma vez que a cada nova decisão estaria o STF criando novas leis e reescrevendo a Constituição, ao invés de tentar interpretá-la.

Decerto que uma maior atuação do judiciário, conforme delineado, é uma tendência que vem sendo destacada cada vez mais, não apenas no Brasil. Inclusive, o debate aberto sobre os limites do terceiro Poder propagou-se sobremaneira após o advento do *judicial review* norte-americano. Contudo, é importante destacar uma diferença de abordagem no ativismo judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos e a Suprema Corte brasileira.

Tassinari (2013) destaca que os primeiros debates sobre ativismo judicial em solo brasileiro deram-se após a Emenda nº 16/65, a qual previu textualmente a possibilidade de revisão judicial dos demais Poderes, e após a promulgação da Constituição de 1988. Nos Estados Unidos o debate se estende desde 1803, com o *case* Marbury v. Madison, como já apontado.

Aqui já é possível ver uma discrepante diferença temporal no desenvolvimento do debate. Ao passo que “se discute” apenas recentemente o ativismo em solo nacional, nos Estados Unidos esse debate ocorre há mais de dois séculos. Mas isso não é tudo.

Tassinari (2013, p. 14) destaca ainda na jurisprudência norte-americana o caso *Lochner v. New York*, datado de 1905. Nele, o padeiro *Lochner* reclamou judicialmente da limitação da carga horária de trabalho fixada legalmente pelo Estado de Nova Iorque. Na decisão, a Suprema Corte fixou que tampouco estaria autorizado o Estado de Nova Iorque a fixar as horas máximas da jornada de trabalho, como também haveria impossibilidade da própria Corte tomar decisões no intuito de regular políticas de bem-estar.

Em contraposição, destaca no Brasil a RE 4335/AC. Nela o resultado parcial do julgamento, realizado por dois Ministros, indicaria que, por meio da mutação constitucional, o papel do Senado seria apenas o de dar publicidade às decisões da Corte, indo contra o texto constitucional.

Esses casos mencionados, apesar de ilustrarem o fenômeno da expansão do Poder Judiciário, servem para destacar a diferença de postura das Cortes na compreensão dos próprios limites. Ao passo que “a não intervenção” foi a tônica verificada no EUA, a “alteração do texto constitucional via Judiciário” se faz presente no modelo à brasileira. Salienta a mestre que, no Brasil,

A postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um rigoroso debate acadêmico), [...] apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade. (TASSINARI, 2013, p. 15)

Ou seja, se observada como tendência inevitável, é possível destacar uma prática mais positiva e outra mais negativa a qual destaca Elival Ramos que consistiria, a primeira,

em atuar na configuração do ordenamento, porém, obedecendo-o também na forma da Constituição, para que não haja confusão quanto à competência, pois o Judiciário tem como sua função típica a criação de direito, não de normas abstratas, que é função legislativa (RAMOS, 2010, p.128-129)

Assumindo como verdade o exposto acima, um debate sobre a questão poderia der dado quanto a qual prática nos é comum. É o que se pretende discutir adiante.

4.1 NOVAS CONCEPÇÕES TEÓRICAS COMO LEGITIMADORAS DA HIPERTROFIA NA CORTE SUPREMA BRASILEIRA

É possível dizer que o pós-positivismo com a preponderância do ativismo judicial é um problema criado pela ciência jurídica, especificamente decorre das construções da teoria da interpretação do direito. Isto posto, convém analisar como a hermenêutica jurídica constitucional em nosso tempo franqueou espaço para tal fenômeno.

Sabe-se que a Constituição é dotada de grande abertura interpretativa, pois é dotada de normas-princípio, caracteristicamente de grande amplitude. Admite-se, portanto, que a interpretação constitucional é dada de forma diferente, permitindo contornos particulares ao intérprete. Contudo, não se desconsidera com isto os elementos tradicionais de interpretação comuns a outros ramos do direito, constructo de Savigny (BULOS, 2015, p. 455).

São elas a interpretação gramatical, fundada nas possibilidades semânticas das palavras contidas na Norma; a interpretação histórica, que busca resgatar a intenção do legislador no momento da sua concepção normativa; a interpretação sistemática, que pressupõe a unidade e harmonia de todo o ordenamento como um sistema dotado de coesão pela CF; e a teleológica, que se funda na ideia de que o direito tem como fim atingir a justiça, o bem-estar social, a eliminação das diferenças, a promoção da dignidade da pessoa humana e outras concepções de caráter político-axiológico.

Existem, porém, métodos específicos para a realização da interpretação constitucional estrita. Nos afirma Bulos (2015, p. 458) que há cinco métodos. O método tópico-problemático, idealizado por Viehweg, por exemplo, é entendido como aquele direcionado ao problema específico. Como a Constituição é um sistema aberto, é permitido mais de uma resposta. O método tópico-problemático propõe então a melhor solução (mais razoável) para um caso concreto. Trata-se de promover o debate com os outros intérpretes, buscando entender quais fórmulas podem ser compreendidas para o caso pautado, aceitando-se aquelas que tiverem o melhor argumento.

O método hermenêutico-concretizador é o caminho inverso do método anterior. Embora se consume também por um pensamento orientado a um problema, busca-se, de primeira monta, considerar a norma constitucional sobre o problema e não o problema sobre a Constituição, buscando encontrar o equilíbrio entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade apresentada.

A interpretação elástica e flexível utilizada para acompanhar o dinamismo do ente estatal é entendida como método científico-espiritual. É a partir daqui que são utilizados, a fim de dar fundamento de validade ao ordenamento, as perspectivas políticas e sociológicas que buscam “construir a unidade social”. Seria, de forma resumida, a ideia de que a Constituição manifesta o espírito de um povo, e por este motivo deveria ser interpretada dinamicamente, bem como também deve ser sempre lida sob uma visão holística de seus mandamentos e princípios. Desta forma, a aplicação do método científico-espiritual leva o intérprete a considerar o contexto histórico, social e cultural da Constituição, dos fatos abrangidos no problema, e também da evolução social presente.

Por continuação, tem-se o método normativo-estruturante propondo impedir a separação do programa normativo da realidade social, conciliando a perspectiva da norma jurídica com a sociológica. Neste método afirma-se a não identidade entre o texto normativo e norma jurídica, dando ampla liberdade ao intérprete para abstrair de sua realidade o verdadeiro conteúdo jurídico aplicável.

Por derradeiro, resta ainda o método da comparação constitucional, aliando os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático ao direito comparado. A partir deste método, são analisadas constituições distintas, a fim de se chegar a medidas regulatórias médias, buscando aproximar-se de melhores direções interpretativas.

No entanto, é fácil encontrar juspublicistas afirmando que os métodos e conceitos apresentados “atualizam” a democracia. A justificativa é que

[...] o constitucionalismo tem o papel de fazer o contraponto à deliberação majoritária na medida em que a limita, impedindo a elaboração de leis que atentem contra os direitos fundamentais elencados na Carta Magna. De acordo com a teoria do constitucionalismo, mero procedimento democrático não é o bastante para se alcançar **resultados justos**, surgindo, portanto, a necessidade de eleger determinados valores substantivos, que serão alçados à condição de direitos fundamentais quando positivados em uma Constituição rígida. Os direitos assim consagrados funcionarão como verdadeiros limites materiais às decisões tomadas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. (SOUZA, 2016)

Importante observar, no entanto, que ao passo em que, nos primórdios do controle judicial de constitucionalidade preconizava-se a necessidade de se negar a legislação infraconstitucional “ruim”, quando inconstitucional (atuando como legislador negativo), hodiernamente, em decorrência de tantos meios aptos a dar o sentido que se deseja à norma, não raro, o entendimento encontrado se sobrepõe as próprias deliberações legislativas, criando um novo direito, ao invés de apenas declarar inválido o que contraria a Constituição. Nas palavras de Mello

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (STF, 2002, p. 2)

Contudo, esse posicionamento foi cada vez mais distanciado ao passo em que o Judiciário, em especial as cortes Superiores, percebiam a possibilidade de atuar em sua função criativa, como legislador positivo, sem que nenhuma consequência se desse.

É necessário mencionar ainda uma outra inovação que vem conferindo características *sui generis* no direito nacional: O uso dos precedentes. Com a aproximação dialógica do *common* e do *civil law* no Brasil, originando um modelo híbrido, tornou-se comum ver a citação de vários julgados anteriores da corte.

No entanto, opina Marinoni (2009, p. 21) que “o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”.

Na mesma posição, na obra “Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)”, Rodriguez (2013, p. 62) manifesta-se apontando que as decisões judiciais brasileiras, com frequência, fundam-se em argumentos de autoridade ao invés de argumentos que passem a justificar suas posições. Nas palavras do autor, a estratégia se perfaz em “invocar tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz, considerado sempre como indivíduo e não como voz de uma instituição dotada de uma racionalidade própria”.

Isso acontece pois é forte a ausência de um questionamento sobre a legitimidade de suas colocações, uma vez que “o que importa é a obtenção de uma solução, de uma decisão, e não o padrão argumentativo que a fundamente” (RODRIGUEZ, 2013, p. 73).

Essa forma de adoção traz como consequência a ausência de uma lógica unificada que faz com que “como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma ‘colagem’, de decisões individuais” (SILVA, 2009, p. 217), as quais tornam praticamente impossível identificar a *ratio decidendi*, a partir dessa colagem.

Ainda nessa perspectiva crítica, identifica Lourenço Júnior (2018), em sua tese de mestrado, a existência institucional de um fator que potencializa a incoerência decisória da Suprema Corte: a estrutura das decisões colegiadas.

Para ele, isso seria marcado por dois fatores, a saber: a dispersão de fundamentos adotados nos votos e o baixo desempenho deliberativo interno. Isto faz com que a opinião majoritária da Corte não esclareça o que de fato fundamenta o resultado, prejudicando a aplicação qualitativa dos precedentes, “pois se não há sequer como identificar a linha argumentativa usada, pulveriza-se o ônus argumentativo decorrente daquela decisão [...] Resta prejudicada a efetiva superação do precedente, pois sequer se sabe o que está sendo superado” (LOURENÇO JR., 2018, p. 100).

Assim, além de uma espécie de indevida “intromissão” no que seria competência de um dos poderes, o legislativo, constata-se membros das nossas Cortes superiores decidindo matérias que passam ao largo da legalidade e frequentemente invocando princípios abstratos. Assim, emitem julgados sem um liame argumentativo, carente de uma fundamentação coerente, o que afeta a apreensão da racionalidade que pautou a decisão.

Esse quadro fere o princípio democrático em sua concepção original. Os representantes eleitos é que deveriam ser aqueles que, após as acaloradas discussões próprias do exercício parlamentar, forjam o direito. Caso eles não o façam, deveria então o próprio povo decidir diretamente, em acordo com o parágrafo único do art. 1º da CF88.

Na dogmática brasileira contemporânea, sob influência das teorias neoconstitucionalistas, encontram-se elucubrações que denotam que embora o regime seja democrático, a democracia, com seu princípio majoritário, nem sempre valerá. A doutrina majoritária prega então que o judiciário, por meio de sua função contramajoritária, composto por luminoso saber, tome as rédeas da vontade que diz ser democrática, sem o aval de quem realmente compõe aquela sociedade.

O problema com isto é que a ideia do “justo”, antes encarado com certo cuidado, por sua natureza abstrata e relativa, acaba sendo cada vez mais conformado a partir da particularidade política dos julgadores, não democraticamente eleitos, de mandato vitalício, impondo, de cima para baixo, as suas concepções quase “absolutas” de justiça. Soluções estas, particulares, sobre toda uma sociedade que pode não aderir às mesmas concepções. Sobre o tema salienta Kelsen

Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em seus próprios termos [...] a opinião pública só pode se formar ali onde se encontram garantidas as liberdades

intelectuais, a liberdade de palavra, de imprensa e de religião (KELSEN, 1979, p. 341, *apud* ALMEIDA, 2019, p. 107, tradução nossa)³⁰

Isto poderia explicar parte do desconforto que se tornou comum ao se referir a certas decisões do tribunal maior. No entanto, o receio de uma “tirania do número³¹” (SOUZA, 2016), termo muito utilizado ao defender as posições controversas do órgão colegiado, é argumento muitas vezes utilizado para se opor ao consenso majoritário.

O Supremo pode ir contra a maioria? Sim. Obviamente. Contudo, a utilização equilibrada dessa prerrogativa preconiza o respeito às leis (especialmente as constitucionais) e uma atuação compassada e autolimitada. A judicialização da política, derivada da constitucionalização abrangente e ampla utilização de normas-princípio, derivou em uma ampliação quantitativa das demandas judiciais. Tudo passa a ser matéria de discussão judicial.

Logo, se o impulso criativo do Terceiro Poder não é reprimido, tudo passa a ser discutido de forma discricionária e criativa. Anula-se a segurança jurídica, expande-se o controle judicial sobre os demais poderes e os indivíduos, e a sociedade passará a ser cooptada pela vontade de uma pequena classe.

Por mais que sejam passíveis de críticas a atuação do legislativo e do executivo, bem como da ausência de critérios morais ou de uma racionalidade orientada para o interesse público de quem os elege (sendo crível que há um interesse de longa data na ignorância política), é visível que existe ainda uma remota possibilidade de que o cidadão “desperte” e não escolha mais aqueles que se distanciem do que eles consideram por “justo” ou “coerente”.

Já quando o judiciário, por meio de sua Suprema Corte, passa a se distanciar de suas concepções de justiça e coerência com a lei, quais meios utilizar como remédio? Tal preocupação remete, sem dúvidas, àquelas palavras de suposta autoria de Rui Barbosa: “A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”. Comumente, apenas é feita menção ao *impeachment* dos ministros, citada na Constituição. No entanto, essa possibilidade nunca ocorreu e dificilmente ocorrerá, tendo em vista que a histórica composição do Congresso Nacional brasileiro, com muitos parlamentares respondendo a processos criminais perante o Supremo, favorece uma apatia ou condescendência da maioria dos parlamentares diante de eventuais excesso e abusos de ministros da Corte.

³⁰ “Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos [...] la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa, y de religión”

³¹ Situação onde uma maioria numérica exerce controle sobre uma minoria, desprezando seus direitos ou necessidades.

Diante de tudo isso, serão expostos a seguir alguns julgados que bem ilustram os efeitos de uma nova cultura jurídica adotada em nossa Suprema Corte influenciada pelo contexto político e influências teórico-dogmáticas expostas nos capítulos anteriormente citados, bem como se propõem a demonstrar como a nossa Suprema Corte, partindo da ideologia antiformalista, tornou-se vocacionada a transformar a interpretação jurídica em veículo de mudanças sociais mais profundas e abrangentes do que aponta a nossa própria Constituição.

4.1.1 Reclamação 4335/AC e a adoção da mutação constitucional: O novo alcance das decisões em sede de controle de constitucionalidade

O primeiro caso a ser apresentado e discutido está relacionado à Reclamação 4335 interposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre, na qual a reclamante alegava o desrespeito da Vara de Execuções Penais da comarca do Rio Branco a uma das decisões do STF relacionada à Lei dos crimes hediondos (Lei Nº 8.072/90)

A citada lei trazia em seu art. 2º, §1º, conforme redação originária, a impossibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena nos casos por ela determinados. Ocorre que o artigo acima citado fora, no HC 82.959-SP, considerado inconstitucional. A problemática, no entanto, seria que tal declaração teria ocorrido em sede de controle difuso de constitucionalidade³² e a autoridade judicante não se viu na obrigatoriedade de respeitar a decisão do HC (STF, 2014, pp. 3-10).

A autoridade judicante argumentou que é de estrita competência da Vara de Execuções a determinação da progressão de regime. Ademais, por ter sido proferida a decisão por mecanismo de jurisdição constitucional com caráter interpartes e efeitos imediatos, o efeito *erga omnes* só existiria quando remetida a decisão ao Senado Federal fosse. Desta forma, como não havia uma decisão em favor da determinação da progressão de regime prisional dos

³² Segundo Godoy (2020), o controle difuso é um importante mecanismo de acesso à justiça, uma vez que permite que juízes de primeiro grau e tribunais, mediante incidente de inconstitucionalidade suscitado, realizem a filtragem constitucional com o intuito de sanar eventuais defeitos. É um modelo iniciado originalmente no Decreto Nº 848 de 11 de outubro de 1890, consolidado na Constituição de 1891, sendo voltado para proteção de posicionamentos jurídicos subjetivos em que se pretende não perder de vista o interesse público. O efeito jurídico das decisões que partem dessa via de controle é *ex tunc* entre partes.

interessados pelo STF, não haveria decisão a ter sua autoridade protegida como queria fazer pensar a reclamante.

Esse caso, embora não tenha tido tanta repercussão à época, acabou gerando profundas alterações na jurisprudência, uma vez que envolvia fundamentalmente o controle de constitucionalidade brasileiro onde coexistem os modelos concentrado³³ e difuso. O maior destaque vem com o posicionamento do relator Gilmar Mendes, e a sua tese de mutação constitucional a qual reflete, conforme destacado neste trabalho, a inclinação dos Ministros à ausência de limites, praticamente desconsiderando sem qualquer pudor, o art. 52, X da nossa Carta Política³⁴, que é explícito.

A tese foi apoiada pelo então Ministro Eros Grau que entendia que a tradição jurídica do país iria no sentido de uma readaptação interpretativa do texto constitucional, mas as interpretações deveriam fixar-se no texto da Carta Maior, visto que o texto ainda teria eficácia normativa. Ponderava:

A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional (STF, 2014, p.81)

Os ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski suscitaram divergência, alegando que a tese proposta atingia frontalmente o poder do Congresso Nacional e do próprio constituinte originário. Foi pedido vista com efeito suspensório que durou até o ano de 2013.

Afirmava Mendes que a exigência da concordância do Senado seria apenas de natureza histórica. Em suas palavras

³³ O controle concentrado apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a emenda constitucional número 16 de 26 de novembro de 1965, conferindo nova redação ao artigo 101 da Constituição de 1946. Com a vigência da Constituição de 1988 o controle concentrado de constitucionalidade foi ampliado (GODOY, 2020). Na prática ele é caracterizado por ser exercido unicamente pelo Supremo Tribunal Federal em pedidos que tenham como alvo a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou decreto, em um processo objetivo. Em outras palavras, não envolvem interesse ou conflito entre partes, sendo desvinculado de um caso concreto. Inicialmente as decisões declaradas inconstitucionais operavam-se erga omnis e ex tunc, entretanto, após o sancionamento da lei número 9.868 de 10 de novembro de 1999, com a dicção do artigo 27, passou a excelsa corte a poder conferir também em razão de “segurança jurídica ou de excepcional interesse social” efeito ex nunc.

³⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada. Em verdade, quando da promulgação do texto de 1934, outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920. (STF, 2014, p.33)

Para ele, a consolidação do controle abstrato de regras e princípios previsto na Constituição de 1988 fez perder o significado da anuência do Senado. Ademais, pela idêntica natureza do controle de constitucionalidade em ambos os modelos, não mais seria legítima a diferenciação quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle incidental e no controle direto. Em outras palavras, chegando o STF a uma conclusão, mesmo que se dê em sede de controle incidental, essa decisão traria efeitos gerais, sendo que o Senado teria apenas um papel meramente declaratório retirando a prerrogativa deste em conferir eficácia geral.

Conclui Mendes em seu voto:

A Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade [...] O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. (STF, 2014, p.50)

Como argumento para sua posição cita também o acórdão proferido no RE 190.728. Esse recurso versava sobre a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo já se tenha pronunciado, por maioria qualificada, sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada. Citando o Relator do acórdão, Ilmar Galvão, ele registrou que

O novo entendimento estava "em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava "de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial".(STF, 2014, p.51)

Durante a suspensão do processo, no entanto, foi editada a súmula vinculante 26, exigindo a observância da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei de crimes hediondos pelas varas de execução penal.

A decisão do Plenário considerou o voto do ministro Teori Zavascki como fundamento. Segundo ele, o Senado Federal tem ainda prerrogativa de dar eficácia *erga omnes* ao julgamento da Corte em sede de controle difuso, porém a jurisprudência e a própria legislação desenvolveram mecanismos próprios que tem o condão de tornar vinculante a decisão da Corte. Exemplificou que mesmo em série de controle difuso de constitucionalidade existirá o efeito expansivo das decisões que repercutiriam nas futuras decisões. Referenciou também as ações coletivas e as ações civis públicas, bem como os mandados de injunção nas quais atuam em nome próprio, porém pugnando pela defesa e direitos difusos e transindividuais, transcendendo as partes da relação processual.

Em seu voto, o ministro ainda mencionou a virada do modelo de *civil law* para um modelo misto, com elementos de *common law*, o surgimento das súmulas vinculantes, e alterações legislativas internas que demonstram a tentativa do sistema em expandir a força das decisões do STF e do STJ. Para ele, as sentenças preenchem a omissão do legislador, sendo de sua essência o caráter expansivo.

Segundo o ministro Zavascki, caso fosse considerada a situação jurídica na data da propositura da ação, a Reclamação seria incabível, tendo em vista a ilegitimidade da parte, mas após a edição da súmula 26 não haveria qualquer discussão a ser realizada, cabendo apenas deferir o pedido.

Os ministros Celso de Mello, Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o entendimento de Teori Zavascki, que juntamente com o voto do relator Gilmar Mendes e Eros Grau formaram a maioria para procedência da Reclamação. Os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não conheceram a Reclamação, entretanto, concederam *habeas corpus* para que os condenados tivessem seu pedido de progressão de regime individualmente analisado pelo juízo competente.

Entendeu assim a corte, por maioria de votos, que a decisão sobre a inconstitucionalidade do HC 82959/SP teria os mesmos efeitos que se em sede de controle concentrado fosse, deixando de lado a necessária intervenção do senado (conforme literalmente expresso na CRFB/98).

O primeiro ponto de destaque surge quando se constata que o julgamento procedente da RE 4335/AC abriu mais uma possibilidade de uso da Reclamação como garantia da autoridade das decisões do STF, indo além das hipóteses de contrariedade atinentes às decisões exaradas em controle concentrado de constitucionalidade e de súmulas vinculantes. Passou a ser admitido o cabimento da referida ação também quando houverem contrariedades dos demais órgãos judiciais às suas decisões, proferidas em controle difuso (VIANA, 2015).

Ponto adiante, é válido pontuar o que esclarece Simão,

No controle difuso o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não a anula ou revoga, permanecendo, em tese, eficaz e aplicável aos demais casos (...) no controle difuso a constitucionalidade é analisada como questão prejudicial e não principal, o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei não faz coisa julgada. (2015, p.126)

Dessa forma, para que os efeitos de decisão em controle concreto se espriem para todo o ordenamento com eficácia geral, a Constituição imprimiu ao Senado a competência de dar validade final ao ato decisório. O que ocorre aqui é justamente o Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que a própria Carta Constitucional, seguindo o texto da Carta de 1934, retira o monopólio do STF no controle de constitucionalidade.

No entanto, há quem acreditasse na ausência de lógica em defender o procedimento constitucional. Nesse sentido, em seus escritos anteriores, já manifestava-se Barroso pontuando que

Essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção (BARROSO, 2008, p. 122)

Em contraposição registra Streck (2018, p. 295) que a validação do Senado às decisões é, indiretamente, o modo pelo qual se dá o modelo de participação democrática, vez que o fato ali proposto e declarado inconstitucional passa por uma das casas do Legislativo, dando possibilidade de chancela aos representantes do povo. Em outras palavras, a manutenção do artigo 52, X, da CRFB/1998 desvela a opção da comunidade brasileira em não ser obrigada a sujeitar-se às decisões de declaração de inconstitucionalidade quando discutidas incidentalmente.

Ainda segundo Streck (2018, p. 295), atribuir efeito vinculante e eficácia erga omnes diretamente as decisões do STF em sede de controle difuso acaba por ferir os direitos fundamentais, uma vez que não são observados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, típicos do controle difuso. Por não estar em sede de controle concentrado, é necessário permitir àqueles envolvidos o seu direito constitucional de participação dos processos de tomada de decisão, observando principalmente, que existirá efeitos avocatórios proveniente da decisão. Deste fato, ressalta o autor, é que ao longo do século o efeito da concordância com a declaração de inconstitucionalidade pelo

Senado Federal traz os efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Assim, os processos que estivessem tramitando em sede de controle difuso, mesmo que por questões similares, teriam a sua devida apreciação, independentemente da declaração de inconstitucionalidade e seu efeito erga omnes.

Ao alterar a estrutura do controle de constitucionalidade em sua modalidade difusa; ao destituir a competência do Senado Federal, prevista na própria Constituição e após se auto atribuir desta competência, é clara a ofensa ao já combalido e convenientemente enfraquecido princípio da separação de poderes, que tanta importância teve na origem do Estado moderno. Sobre isso, assevera Streck

Entendo que atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu Direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Eis, portanto, um problema central: a lesão aos direitos fundamentais. Em verdade, essa argumentação elevaria o Supremo a um super Poder, de forma que se poderia transformar os atos legislativos sem uma devida prestação de contas. (2018, p. 295)

Entretanto, o maior peso desse julgamento, conforme já citado, fora a base argumentativa pela qual se buscava ultrapassar a norma constitucional. Ao utilizar a tese da mutação constitucional, desconsiderou o Ministro Gilmar Mendes, o próprio conceito. Poderia dizer-se que foi promovida uma mutação da mutação constitucional, que, é importante lembrar, foi outra teoria jurídica desenvolvida em berço germânico.

No intuito de explicar o ponto acima, tomemos como ponto de partida o amplamente difundido conceito de Konrad Hesse para o que vem a ser a mutação constitucional. Para ele, "uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa" (HESSE, 1991, p. 9, Apud RODOVALHO, p. 1006). Desta forma, o próprio texto termina por ser o limite para a sua ocorrência. Explicita Rodovalho:

A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma, e com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional (...) Portanto, o texto da Constituição se erige em limite absoluto de uma mutação constitucional não só do ponto de vista da relação 'Direito' e 'realidade constitucional', a qual encontra expressão na estrutura da norma constitucional, como também do ponto de vista das funções da Constituição (RODOVALHO, 2015, p. 1006).

Porém, é fácil verificar que se faz clara a incompatibilidade do texto constitucional e a proposta do ministro relator. Entre "suspender a execução da Lei" e "dar publicidade às decisões do STF" há um abismo semântico intransponível.

Nesse sentido foi a crítica do Ministro Joaquim Barbosa, que destacou em seu voto, “com a devida vênia, que a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de *self restraint*³⁵” (STF, 2014, p. 101). Também seguiram esse entendimento Ricardo Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Marco Aurélio.

Ademais, necessário se faz salientar que, como menciona Streck (2018, p. 294), a tese da Mutação constitucional exige que uma determinada competência tenha sua utilização restringida por muito tempo pelo órgão ao qual ela se atribui. Entretanto, como disse Barbosa,

Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (STF, 2014, p. 100)

Quando observada por essas linhas a mutação constitucional sequer deveria ser cogitada. A sua adoção, observados esses detalhes, demonstra um novo instituto, um novo conceito, mutado da mutação constitucional. A tese institui uma concepção decisionista da jurisdição que contribui para uma ideia de que as cortes constitucionais se fazem como poder constituinte permanente. Admitir essa tese é aceitar que o papel do poder judicial em uma democracia é ilimitado.

O tom que tomam os nossos ministros não é o de quem busca a preservação do texto (e, principalmente, da vontade) constitucional. Apesar do julgamento não ter acatado integralmente a tese que admitia o ministro Gilmar Mendes, a corte entendeu, por maioria, conhecer a Reclamação, julgando-a procedente, tendo por base a superveniência da Súmula Vinculante Nº 26, proposta pelo Ministro Sepúlveda Pertence como ferramenta útil a sanar o problema.

Ainda convém destacar que toda essa problemática está baseada em um descumprimento de uma ordem constitucional, pois apesar do mandamento presente no artigo 52, X da CRFB/88 ser claro, com o passar do tempo tomou a forma de um texto meramente recomendatório, pois o Supremo, de forma discricionária, tornou a prática secundária,

³⁵ Princípio vinculado a capacidade dos tribunais e juízes se autolimitarem, buscando não ultrapassar os limites de sua autoridade ao tomar decisões que possam invadir a competência de outros poderes.

remetendo apenas casos de maior relevância ao Senado, deixando com que os demais permanecessem com os efeitos do controle difuso.

Tendo em vista a má prática costumeira, a edição da Súmula Vinculante Nº 26 forçou o efeito *erga omnes* ao entendimento de que o artigo 2º da lei de crimes hediondos é inconstitucional. Ocorre que a edição dessa Súmula prejudicou o julgamento, comprometendo julgamento do mérito. Todavia, o *decisum* da RE 4335 é apenas uma introdução da discussão sobre a mutação constitucional, que permanece aberta.

Streck (2018, p. 299) denota que na ADI 3.470, a qual buscava a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 3.579/01 do RJ, mais um capítulo se desdobrou. A referida lei proibia a extração de amianto, prevendo também a gradativa substituição da produção e da comercialização de produtos que o contém. A corte julgou improcedente o pedido da ação direta, entendendo-a constitucional. No entanto existe a lei federal 9055/95 que traz a permissão da extração e produção de amianto em seu artigo 2º. Sendo Constitucional a lei estadual declarou-se, de forma incidental, a inconstitucionalidade da lei federal. Ocorre que as declarações de inconstitucionalidade com esse caráter encontram-se em sede de controle difuso, determinando os efeitos apenas interpartes. Trata-se de uma complexa situação onde ocorre uma declaração incidental em sede de controle concentrado.

O Supremo atribuiu ao resultado da decisão efeito *erga omnes*, mesmo entendendo estar em sede de controle difuso (em virtude do caráter incidental da declaração). Para chegar a este ponto, mais uma vez o argumento da Mutação constitucional do artigo 52 inciso X se fez necessário. Assim, a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional não poderia ser maculada por parte do Senado Federal.

Outras questões poderiam ser apontadas neste *case*, mas para o fim do que se pretendia demonstrar, considera-se que o exposto até aqui já suficiente. E diante do que foi apresentado a conclusão que resta   a da abordagem díspar dos ministros da Suprema Corte no caso, que buscando respostas para um problema jurídico fora do direito posto, buscaram validar a sua posi o monopolista do controle de constitucionalidade, por mais de uma vez, em alicerces contrários aos do nosso sistema jurídico e político. E o mais dramático de tudo isso   que, dadas as dire es constitucionais, o problema sequer existiria, caso tão somente essas regras fossem seguidas. Regras constitucionais, direcionadas aos guardi es da Constitui o que, não por acaso, parecem não se importar muito com a exorbitância de sua limita o estabelecida.

4.1.2 ADO 26 e o HC 154248/28 e a colmatação normativa pelo judiciário

O direito penal é encarado como um dos mais importantes ramos do direito público. Uma sociedade sem regras é uma sociedade sem direção, e regras sem devidas punições terminam por cair na irrelevância.

Entretanto, concordamos com o penalista Zaffaroni (2011, p.60) e sua afirmação de que “a máxima quantidade de dano causado ao maior número de pessoas, ao menos no séc. XX, não provém daqueles detectados e classificados como criminosos [...] mas de órgãos dos Estados, em guerra ou fora dela”.

A proteção das liberdades individuais contra a sanha de controle do Estado era a chave dos princípios liberais. Nesta monta, torna-se clarividente que limites tenham que ser impostos ao Estado, especialmente naquele campo que maior dano pode ocasionar ao indivíduo: o Direito Penal. De fato, dentro do constitucionalismo moderno esses limites passaram a existir, e ainda hoje são amplamente discutidos pela doutrina e jurisprudência.

Esses limites são orientados por alguns princípios, como o da intervenção mínima (ou princípio da *última ratio*). Tal princípio considera que a criminalização de uma conduta só pode ser legitimada quando for meio necessário para a proteção dos mais importantes bens jurídicos, devendo ocorrer somente após a percepção da inutilidade de outros meios de controle social. Um outro exemplo de princípio penal que reflete essa sóbria preocupação é o princípio da vedação à analogia *in malam partem*. Ambos serão de extrema importância na análise dessas decisões.

Entende-se, no Brasil, que as condutas incriminadoras só podem existir quando na lei forem explícitas. Dentro da teoria tripartida do crime expõe-se a necessidade de existir um fato típico, antijurídico e culpável. Para tanto, a existência de norma penal exige antecedência, precisão descritiva da conduta proibida e da sua sanção. É o princípio da legalidade penal descrito no art. 5º, XXXIX da nossa Constituição. Em transcrição: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Esclarece Bittencourt que:

Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITTENCOURT, 2007, p. 11)

O princípio da legalidade se desdobra em princípios menores, como o princípio da reserva legal, que estabelece que o Estado só pode agir ou restringir direitos com base na legislação existente, preconizando que qualquer alteração deve ocorrer por meio do processo legal e constitucionalmente previsto, o princípio da anterioridade, que vincula o Estado a seguir o mandamento de que a lei penal não pode retroagir para prejudicar o indivíduo, o princípio da taxatividade, na qual manifesta-se a ordem de que a definição de crimes e as respectivas sanções devem estar previstas de forma clara e precisa em leis formais, da legalidade estrita, que direciona-se às pessoas de direito público exigindo que a sua ação, fazer ou não fazer estejam em perfeito acordo com a lei, entre outros. Importa sublinhar, que por “lei”, entende-se a legislação em sentido estrito, ou seja, aquelas matérias que ultrapassaram no parlamento o trâmite legislativo especificamente determinado pela CF. Acentua Gomes e Mazzuoli:

No âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (‘lex populi’ e ‘lex praevia’, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida [...] (GOMES; MAZZUOLI, 2008, p. 122)

Também sobre o tema, cabe a posição do Ministro Alexandre de Moraes que, citando a impossibilidade de criação de sanção penal por Medida Provisória destaca que “Parece-nos assistir razão aos citados autores, uma vez que a Constituição Federal exige lei formal para a previsão da existência de crimes e penas (CF, art. 5o, inc. XXXIX - princípio da reserva legal)” (MORAES, 2014, p. 705).

Destarte, decretos, decisões judiciais e portarias não são entendidos como leis nesse sentido. Logo, há óbice constitucional à possibilidade de poderes, que não o legislativo, vir a criar normas de disposição penal. Entretanto, essa indistinta vedação não impediu o Supremo Tribunal de assim fazê-lo. Isso fica evidenciado na ADO 26 e o HC 154248/28, os quais, apontando a maioria dos nossos ministros sua função contramajoritária, a necessária defesa das minorias, a sempre presente proteção dos direitos fundamentais e até mesmo a busca da felicidade, fundamentaram sua posição supraconstitucional no sentido de criminalizar condutas.

Acerca disso, pontua o Ministro Roberto Barroso:

[...] quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias. (STF, 2020, p. 286)

No primeiro caso, temos uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão na qual o Partido Popular Socialista alegava a inércia inconstitucional do poder público em relação à edição de lei necessária à punição de atos discriminatórios praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Pedia, o partido, o enquadramento das práticas de homofobia e transfobia como crimes de racismo (Lei Nº 7.716/89). (STF, 2020, pp. 15-16)

O segundo caso, julgado em outubro de 2021, fora derivado de uma situação em que uma idosa de 80 anos cometera o crime de injúria racial contra uma mulher que trabalhava como frentista em um posto de gasolina. Em 2013 a paciente, com 72 anos de idade, fora condenada a um ano de reclusão e 10 dias multa. A defesa alegou que na data em que foi interposto o habeas corpus, teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, tanto da pena de prisão quanto também da multa, tendo em vista que o crime de injúria racial teria prescrição comum em 8 anos, porém, em observância ao artigo 115 do CP, a idosa teria prazo prescricional contado pela metade, ou seja, 4 anos (STF, 2022, pp. 03-06). Contudo, mesmo em vista da nitidez da norma penal e processual, tanto STJ quanto o STF manifestaram-se no sentido de dar interpretação própria, distinta do que transparece o texto legal. A decisão terminou por equiparar o crime de injúria racial ao crime de racismo, dotando-o de imprescritibilidade.

Na ADO 26 a Corte composta por Celso de Melo, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes, votaram pela sua procedência, enquadrando a homofobia e a transfobia na Lei Nº 7.716//89 até que o Congresso abandonasse a sua inércia.

Foram voto-vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli, afirmando, na ocasião, que os meios punitivos tradicionais seriam passíveis de sancionar a prática nefasta. Contudo, reconhecendo que a discriminação poderia ser combatida com mais rigor se lei específica fosse editada, isso só seria constitucionalmente válido quando fosse aprovada pelo Poder Legislativo nova norma penal.

Vale registrar que, nessa matéria, adere-se à posição dos ministros quanto à necessidade de combater o preconceito, seja ele qual for. Neste sentido, não pode ser omitido o artigo 5º, XLI e XLII da Constituição de 1988. Não obstante, é necessário, ainda assim, observar os mandamentos constitucionais que fixam os poderes em suas legítimas prerrogativas. Interessante notar, como afirma Barroso que “O constitucionalismo é um produto do contratualismo, do liberalismo e do iluminismo: como consequência, a Constituição deve ser interpretada à luz de uma razão humanista e civilizatória [...]”. (STF, 2020, p. 287)

Tal perspectiva serve para fixar a tese aqui engendrada. Especialmente quando explicitado que, conhecendo o marco histórico-filosófico que originou a possibilidade de trazer

interpretação racional, humanista e civilizatória aos julgados, com toda a ampla margem de percepção subjetiva sobre o sentido e alcance essas categorias, desconsidera-se a autolimitação imposta por esta mesma base.

Estender a Lei do Racismo para enquadrar atos discriminatórios contra LGBTs é expandir os poderes da Corte. De forma similar, a definição forçosa de imprescritibilidade do crime de injúria racial também o é, já que esse entendimento fora trazido sem nenhuma base legal ou mesmo à luz de uma racionalidade interpretativa mais arrojada. Coincidentemente, uma das teses utilizadas a fim de equiparar a homofobia ao crime de racismo fora, mais uma vez, a “mutação constitucional”.

Essa evolução da percepção social a respeito da discriminação pela orientação sexual e identidade de gênero revela que o conceito de racismo, previsto no art. 5º, XLII, CF, sofreu mutação constitucional. [...] Por essa razão, a norma constitucional que determina a criminalização do racismo e a Lei nº 7.716/1989, que lhe dá concretude, somente podem ser interpretadas de forma a abranger atos discriminatórios contra o grupo LGBTI+. (STF, 2020, pp. 298, 299)

Apesar da possível existência de motivos nobres que justificassem a decisão tomada, é necessário observar que, na prática, alguns dos princípios fundamentais do Direito Constitucional Penal foram violados. Esses princípios, que têm como objetivo principal limitar o poder punitivo do Estado, incluem a legalidade, a reserva legal, a proibição de interpretações extensivas ou analogias *in malam partem*, entre outros. É importante destacar que o princípio da legalidade é considerado uma cláusula pétrea, conforme previsto no Art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º, XXXIX da nossa Constituição é considerado por muitos penalistas uma das mais importantes máximas do ordenamento penal. Neste mandamento constitucional existe clara ordem de que não se pode haver crime ou pena sem a devida lei que os referencie (Princípio da reserva legal). Contudo, criou o Supremo Tribunal algo como um tipo penal próprio, destacando a homofobia, especificamente, como qualificadora e, remetendo à Lei de Racismo, expandiu a gravidade do delito, classificando-o como imprescritível.

O direito penal brasileiro não suporta julgamentos desconexos do texto da lei em vista dos princípios acima citados. Correlacionar condutas não existentes em lei com outras em que a previsão legal existe (analogia) pode ocasionar distorção prejudicial e maléfica no sentido do texto, estendendo o alcance em prejuízo do cidadão. Tal fato poderia dar ensejo a um temerário crescimento da atividade persecutória por parte do Estado sobre os indivíduos. Assim sendo, estava cristalizada, desde longa data, a tese de que a analogia somente é aplicável dentro do

Direito Penal quando em situações excepcionais que beneficiem a parte envolvida. Ao realizar a equiparação, o STF desrespeita a vedação à analogia in malam partem.

A desconsideração do que acima foi apontado é também uma clara opugnação ao princípio da taxatividade, que especialmente em casos penais, limitam os órgãos-membros da administração pública (entendido também o Poder Judiciário) a fazer somente aquilo que a lei preconiza, não podendo ir além, mesmo que esta seja omissa (princípio da legalidade estrita). Sobre isso esclarece Masson (2014, p. 23):

Como desdobramento lógico da taxatividade, o Direito Penal não tolera a analogia in malam partem. Se os crimes e as penas devem estar expressamente previstos em lei, é vedada a utilização de regra análoga, em prejuízo do ser humano, nas situações de vácuo legislativo. O fundamento político é a proteção do ser humano em face do arbítrio do poder de punir do Estado. Enquadra-se, destarte, entre os direitos fundamentais de 1.ª geração.

Assumindo-se que ao buscar a criminalização da homofobia o Poder Judiciário buscou mitigar a violência da comunidade LGBT, de fato a Suprema Corte mereceria o devido reconhecimento. Contudo, deve-se recordar que cada um destes ministros, antes de manifestar sua posição pessoal em relação a qualquer tema, têm o papel de Guardiões da Constituição. Porém, as barreiras especificamente delimitadas, como explanado, não foram observadas, sendo isso manifestamente criticável. Não cabe ao Judiciário assumir a função legislativa, portanto, neste caso, excedendo-se nas suas prerrogativas constitucionais, o STF interferiu em decisão que caberia a outro poder, manifestando mais uma vez o chamado ativismo.

Nesse sentido, observando-se que nada fora feito no primeiro caso, teve a Suprema Corte a liberdade de alterar o rol taxativo de crimes imprescritíveis sem utilizar o rito definido pela Carta Constitucional, criando, mais uma vez, novo crime. Antes do julgado, existia o tipo penal de injúria e o de racismo, agora era possível contemplar uma terceira espécie, o crime de racismo mediante injúria racial, ainda que inexistente no ordenamento jurídico (ferindo mais uma vez o princípio da reserva legal).

A Constituição de 1988 permite que o poder legislativo crie novos crimes imprescritíveis, entretanto isso só é possível por meio de proposta de emenda constitucional, que exige quórum qualificado de 3/5 dos parlamentares, nas duas casas legislativas, após dois turnos de discussão em cada uma delas³⁶. Todavia, nada disso foi necessário, pois a Corte Suprema assim decidiu. E ainda mais ofensivo é o fato de que tudo isso ocorreu sem que ela tivesse sido provocada para tanto, já que não se tratava de um mandado de injunção ou de uma

³⁶ De acordo com o art. 60 §2º da CRFB/88

ação direta, mas sim de um HC que procurava o mero reconhecimento da prescrição de um crime.

O efeito prático dessa decisão é que considerando o novo crime de racismo mediante injúria racial, poderiam os juízes da época passar a decidir pela prescrição, ou não, da injúria, baseando-se em um julgado de habeas corpus (que não se tratava de uma tese de repercussão geral e nem uma súmula). A situação mudou apenas recentemente, com a nova disposição dada pela Lei Nº 14.532/23.

Nesse mesmo julgado é possível também perceber que a decisão não guardou a ordem da anterioridade da lei destacada no artigo 5º, XXXIX. Se considerarmos como constitucionalmente correta a deliberação do STF (aqui, desprezando a reserva legal), alterando o crime de injúria racial a fim de que ele se tornasse mais danoso, é fato que essa mudança de entendimento dada em 2021, não poderia ser aplicada ao caso da idosa que cometera o crime em 2013. Em outras palavras, o caráter imprescritível do crime só poderia incidir nos próximos casos. Ainda assim, o HC foi negado utilizando o novo entendimento.

A decisão exposta no HC 154248/28 desconsidera totalmente a letra da lei. A injúria racial era, à época, definida no Código Penal em seu art. 140, § 3º. Tratava-se do crime de injúria qualificada. É reconhecida como um dos três tipos penais que se inserem no conjunto de crimes contra a honra, atingindo, segundo a doutrina, o bem jurídico "honra subjetiva". Por esse motivo, trata-se de uma ação pública condicionada à representação do ofendido. O crime de racismo, por sua via, descrito no art. 20 da Lei Nº 7716/89 é entendido como crime contra a coletividade, relacionando-se com a dignidade da pessoa humana, posto que não se restringe a alguém especificamente, mas sim a uma coletividade de pessoas. Por este motivo, de forma diferente do crime de injúria racial, entende-se que o crime de racismo é uma ação pública incondicionada, tendo o Ministério Público a legitimidade para agir e dar início à ação penal independentemente da vontade do ofendido (visto que o MP deve atuar em nome da coletividade).

A inafiançabilidade e a imprescritibilidade do crime de racismo são determinadas pela própria Constituição em seu artigo 5º, XLII. Nesse ponto, é interessante destacar que o Código Penal fora instituído em 1940. O racismo foi criminalizado após a Lei Nº 1390/51 (Lei Afonso Arinos), posteriormente ampliada pela Lei Nº 7437/85. Por outra via a nossa Constituição foi promulgada em 1988, o que demonstra que, malgrado tenha a Suprema Corte igualado os dois conceitos, é patente que o Poder Constituinte conhecia o crime de injúria racial, como também o crime de racismo, mas optou por trazer a imprescritibilidade apenas ao segundo. A lei manifesta que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível [...] nos

termos da Lei", não trazendo "injúria racial" ou "crimes semelhantes" por acréscimo. Mais do que isso, não bastava apenas a menção na Norma Régia, o conceito de racismo fora bem definido e delimitado um ano após a criação da Carta Fundamental.

A Lei Nº 7716/89 definiu de forma esclarecedora quais seriam as condutas consideradas como preconceito de raça ou cor, a fim de que pessoas mal intencionadas não abusassem do termo para além do que a norma protegia. Dessa forma, é clara a comprovação de que a vontade constitucional era a de distinguir os dois tipos de crime.

Sem embargo, desconsiderando todas essas distinções, o Ministro Edson Fachin, relator do HC, alegando a Lei Nº 12.033/09 que alterou o parágrafo único do art. 145 do CP, tornando a injúria racial pública condicionada, disse que estaria o legislador aproximando os dois tipos penais, assim, o crime de injúria racial seria espécie do gênero racismo, sendo imprescritível. Seu posicionamento fora acompanhado por todos os demais ministros, com exceção do ministro Nunes Marques (STF, 2020, p. 118).

A questão mais interessante do argumento do relator é que a sua tese desconsidera o princípio da taxatividade penal. Tratando-se de matéria criminal, os termos expostos na norma não podem se valer de conceitos imprecisos. Mas qual foi a norma que deixou como inequívoca aceitabilidade a equiparação do crime de injúria racial com o crime de racismo? Nenhuma. Na verdade, o ministro utilizou um argumento pontualmente frágil e que não condiz com o referencial doutrinário e jurisprudencial que jamais equiparou os dois tipos. Cabe aqui o questionamento: Sendo espécie do mesmo gênero, não deveria o crime de injúria ser igualmente um crime de ação penal pública incondicionada? Acreditamos que sim, caso contrário, como aponta Cisne (2022), estaria a ser afirmado que o legislador promove exceções para que o Judiciário não criminalize os atos de racismo.

Sabe-se que o respeito ao ordenamento jurídico brasileiro implica que alterações gravosas em uma dada lei penal são realizadas submetendo-se novas deliberações ao crivo do Legislativo Federal. Ao ser aprovada, publicada e sancionada, os efeitos desta nova norma tornam-se vigentes e vinculativas, punindo os infratores a partir daí. Não é possível pelo Princípio da irretroatividade da lei mais severa atingir um crime realizado no passado, anteriores à vigência desta lei. Tal fato demonstra que os direitos fundamentais da idosa não foram observados, justamente por aqueles que não deveriam permitir que isto acontecesse.

Há manifesta inclinação dos magistrados a uma questão moral, entretanto, deveria ocasionar ojeriza a utilização de seu padrão moral, inclinação política, direcionamento filosófico ou questões pessoais para além das limitações constitucionais. Sabe-se que é

impossível obter uma maior objetividade nas decisões (ainda que seja esse o desejo), mas essas questões, quando presentes, devem se manter dentro da moldura constitucional.

Essa exigência de objetividades está diretamente relacionada ao modelo cognitivista de processo de julgamento, que se contrapõe ao modelo decisionista. Segundo Ferrajoli (2002, p. 39), um sistema jurídico que faz opção por um modelo garantista de processo, não adere a uma postura autoritária e segue uma epistemologia cognitivista, com o julgador buscando decidir o caso em respeito ao marco normativo e ao suporte fático-probatório do caso, e não adere a um modo de julgar voluntarioso, baseado em suas visões de mundo, valores ou impressões pessoais sobre o caso.

A teoria do garantismo de Ferrajoli, seu principal teórico, busca limitar a discricionariedade do aplicador do direito, apontando que o caminho a ser seguido é realizar uma interpretação sempre calcada em dados concretos a partir de uma interpretação lógica e racional de todos os elementos do caso, sem dar margem a decisionismos frutos de mero arbítrio do julgador. (FERRAJOLI, 2002, p. 119)

Assim, conforme denuncia Streck (2018, p. 80), no Brasil, criou-se um pretexto de que, sendo o texto da Constituição um tecido normativo "fechado demais", vários setores do direito passaram a entender a necessidade de "abrir" esse sentido constitucional com o uso aleatório e descompromissado dos princípios. Mas, conforme já apontado no caso, é necessário criticar a forma com que esses princípios são invocados (sem observar a existência de quaisquer outros que deveriam ali também pesar).

Na condição de intérpretes da Constituição, os ministros desconsideraram várias disposições importantes da Carta Fundamental, com o objetivo de expressar sua visão política da norma ideal. No entanto, em uma democracia, o objetivo não é conhecer a opinião do juiz sobre um fenômeno, mas sim entender como podemos chegar a uma resposta baseada no direito, racionalmente orientada e em conformidade com a Constituição.

É importante afirmar o óbvio: nossa Suprema Corte deve se ater ao "mastro do navio", pois estamos em um Estado democrático de direito. Isso se baseia na separação dos poderes, que busca impedir que uma única autoridade decida sobre tudo. Esse ideal, que tem origem nos pressupostos iluministas, serve para garantir que, sendo o Estado o limitador da liberdade individual e as autoridades legítimas inerentes ao modelo, tenhamos proteção contra falhas dessas autoridades, que certamente ocorrerão em algum momento. Do jeito que está acontecendo, parece que não há limites para os erros do Judiciário.

As alterações devem ser representativas do Poder Legislativo. Esse é o pesado "castigo" do pluralismo político garantido pela Constituição Federal. O fato de que o judiciário promove

a filtragem hermenêutica constitucional não implica que nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, esses magistrados possam construir decisões legiferantes. Como bem advertiu Montesquieu (2000, p. 168)

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Nenhum poder poderia invocar situações excepcionais a fim de ampliar os seus poderes, exceto nos casos em que a própria Constituição prevê, mas, como apontamos, esse aspecto parece ter perdido sua importância, e os efeitos mais graves dessa realidade manifestam-se de forma ainda mais destacada atualmente.

4.2 ADI 1232: O DESAPEGO AOS PRECEDENTES E A AMPLIFICAÇÃO DO PODER DAS CORTES SUPERIORES.

Um outro exemplo de como a segurança jurídica passou a ser um princípio ou valor cada vez mais negligenciado em nosso sistema pode ser demonstrado através da ausência de um maior comendamento em alterar posicionamentos da Corte. Nesse sentido, é trazida a ADI 1232 DF como exemplo.

Essa ação derivou-se de um problema ocasionado por disposição da Lei de Organização da Assistência Social - LOAS que, baseada no artigo 203, inciso V da nossa Constituição, procurou explicitar quais seriam os meios pelos quais um cidadão portador de deficiência ou já em idade avançada deveria comprovar, a fim de conseguir auxílio assistencial, não ter meios para a própria subsistência. A citada LOAS (Lei Nº 8742/93) colocou como critério a renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

Contudo, segundo Carvalho Filho (2012, p. 40), a análise social dos casos, bem como a sensibilidade dos julgadores confluíam para juízos que muitas vezes desprezavam a regra estabelecida na Lei. Em virtude disso, partiam os magistrados para decisões onde a fundamentação era dada em termos de princípios constitucionais, exigindo, por vezes, outras formas de comprovação de hipossuficiência.

A questão foi judicializada, pois o critério parecia deixar à margem pessoas em patente miserabilidade, não sendo alcançadas por aquele direito fundamental que a nossa Constituição buscava assegurar. Multiplicaram-se as divergências ocasionando o ajuizamento da supracitada ADI. Ocorre que em 2001 a ação foi julgada improcedente, alegando-se que o critério estabelecido para receber o benefício foi legalmente determinado, não havendo restrição quando observado à luz da Constituição. A maioria foi composta seguindo o entendimento do Ministro Nelson Jobim, que se manifestou nos seguintes termos

[...]data vênua do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição. Com todas as vênias, julgo improcedente a ação, na linha do voto da rejeição da liminar (STF, 2001, p. 103)

Diante desta situação, vários juízes, procurando ultrapassar o conceito objetivamente imposto pela lei, elaboravam formulações hermenêuticas distintas, no intuito de atingir aquela camada de idosos e deficientes que, "ao arrepio da lei" deixava-os sem proteção. Tal estado de inconsistência nas decisões gerou um sentimento de aplicação desigual e injusta do direito. Tal fato descambou em inúmeras reclamações ajuizadas no STF. (CARVALHO FILHO, 2012, pp. 42-43)

Em um primeiro momento o Supremo julgava procedente essas ações (Reclamação 4427; Agravo Regimental na Reclamação 2303), no entanto, começou a flexibilizar a sua orientação posteriormente (a exemplo do que aconteceu na medida cautelar na Reclamação 4374/PE).

Diante da clara exigência repetitiva, o Supremo reconheceu a repercussão geral dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985 dos relatores Ministro Gilmar Mendes e Marco Aurélio de Melo. A decisão, dada em 19 de abril de 2013, viria a cabo para revisar o julgamento anterior, criando a reapreciação de uma política pública estabelecida pelos poderes legislativo e executivo, e já declarada legítima pelo próprio Supremo Tribunal Federal (DAMASCENO, 2014).

A Corte agora declarava inconstitucional o critério objetivo, diante da omissão parcial inconstitucional do legislador. Mesma fundamentação utilizada como argumento na ADI 1232, que, à época, não atrapalhava a sua constitucionalidade. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI prévia, citada na RE 580.963 pelo Ministro Zavascki

[...] considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado[...]. (STF, 2013, p. 32)

Em outras palavras utilizou-se da mesma argumentação, contudo, as conclusões foram diametralmente opostas, superando orientação consolidada com efeito vinculante pelas mesmas razões que foram analisadas e refutadas na ADI anterior. Gilmar Mendes nesta reapreciação passou a destacar que

[...] precedentes revelam, no mínimo, uma condescendência da Corte com a postura adotada pelo diversos Juízos brasileiros que dão interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, por entenderem ser inconstitucional, por omissão parcial, o critério adotado pelo legislador para excluir do cálculo da renda familiar unicamente o benefício assistencial recebido pelo idoso. (STF, 2013, pp. 18, 19)

Sabe-se que uma certa variabilidade das respostas judiciais dadas é inevitável. Faz parte do sistema jurídico que prega a independência dos seus magistrados e a análise de casos específicos. No entanto, é necessário que essa variabilidade seja minimizada sempre que possível por meio das boas práticas judiciárias.

É fato que o transcurso do tempo pode ter auxiliado a virada hermenêutica, mas ainda assim é estranho que a própria Corte não se atenha à ausência escancarada de uma lógica de respeito à autoridade do legislativo e executivo. Propostas de leis são sempre trazidas considerando-se os estudos de impactos econômicos no que toca a sua efetivação. Não há como saber se a maior abrangência de seu alcance não infringe impactos maiores para toda a população.

A mera conclusão expressa em um julgado de que um mandamento constitucional deve ser seguido pode ofender o princípio da fonte de custeio total (art. 195, § 5º, da Constituição), já que não há interesse ou preocupação por parte do Judiciário indicar a nova fonte de custeio (preocupação que deve ser muito mais presente nos outros poderes). Por tal sorte, já havia sido confirmada a constitucionalidade da norma legal, mas de repente deixa de sê-lo, sem que sequer consigam apresentar claramente os fundamentos da sua mudança de entendimento. Ao usar o mesmo argumento para dar ensejo a entendimentos antagônicos, ao menos um erro lógico deve ser apontado. Por fim, cabe destacar a posição do Ministro Zavascki

Não se pode duvidar, nessas circunstâncias, da vigência dessa norma, cujo sentido e alcance estão definidos – certa ou erradamente, aqui não cabe discutir – pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.232/DF, cuja autoridade deve ser respeitada, por sua eficácia erga omnes e seu efeito vinculante. (STF, 2013, p. 37)

A alternância de entendimento, balizado nas mesmas fundamentações, sem que nada tenha alterado as condições anteriores, demonstra a ausência de racionalidade decisória e a presença de um decisionismo arbitrário no STF que não se encaixa na proposta inicial da função do Poder Judiciário, tampouco naquela existente no imaginário popular.

4.3 BREVE REGISTRO E ANÁLISE DE ALGUMAS OUTRAS DECISÕES PRETÉRITAS

Vários outros casos poderiam ser utilizados como exemplo do que foi pretendido demonstrar neste trabalho. A decisão sobre ADI 4277 e a ADPF 132 (caso das uniões estáveis homoafetivas), ou a ADPF 54 (caso da legalização do aborto de anencéfalo) são ótimos exemplos. No primeiro caso, não apenas pelo estigma social e pelo preconceito, fora um *case* marcado por grande controvérsia, uma vez que a interpretação dada pelos magistrados ao artigo 226 da própria Carta Magna fugiu aos conceitos expressamente delimitados no texto. Em especial, veio à tona o questionamento se o §3º seria obstáculo à efetivação dos direitos pleiteados, vez que trazia proteção e reconhecimento da família apenas as uniões estáveis entre homem e mulher. No segundo, demonstra-se mais um claro “legislar sobre matéria penal” do Supremo.

Esses casos demonstram a ausência de limites da atuação judicial, uma vez que o raciocínio hermenêutico parece demonstrar a plena possibilidade articulatória dos magistrados para além do limite da norma. Desta forma fica claro que há sempre um modo de conduzir a argumentação ao resultado desejado, independentemente do texto expreso. Agrava ainda esta situação, enaltecendo a necessária crítica, a realidade de que, nessas questões sensíveis, os bons exemplos mundiais, onde por exemplo, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo fora pacificada, em sua grande maioria, ocorreu pelo seu respectivo Legislativo (poder competente para produzir alterações como essas). Conforme relatava Silva,

Os países que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo são África do Sul, Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, França, Islândia, Luxemburgo, Noruega,

Suécia, Países Baixos, Uruguai, Portugal e Espanha, contudo, apenas a Espanha possui dispositivo constitucional que expressamente fala que o casamento se dá entre homem e mulher, artigo 32, contudo, o legislador ordinário permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os países que permitem a união estável são Alemanha, Áustria, Croácia, Eslovênia, Finlândia, Hungria, Irlanda, Malta, República Checa, Suíça, Equador e Brasil (SILVA, 2014. p. 181)

Segundo Erhardth e Lacerda (2017, p. 195), apenas África do Sul e Colômbia tiveram intervenção da Suprema Corte, que instou o legislativo a tomar a decisão. No primeiro caso, a Câmara legislou sobre o tema, legalizando a união; no segundo, permaneceu inerte o legislativo, fazendo-se valer a decisão do judiciário.

De qualquer forma, no Brasil, a decisão ocorreu sem que se remetesse à apreciação anterior do parlamento, alegando que as propostas realizadas e presentes na casa não chegavam ao fim de seu trâmite. A Suprema Corte, inclusive, alegou mora constitucional.

Somente esse posicionamento, por si, já é questionável, uma vez que os magistrados parecem ter criado um tempo limite (não expresso) para deliberação de assuntos ou matérias a serem normatizadas no âmbito do Congresso e Senado. Nesta ausência objetiva, o estado de mora inconstitucional não poderia ser invocado sempre que bem quisesse a Corte deliberar sobre tema específico? Acredita-se que é possível e tal alegação poderia passar a ser temerariamente crescente.

Ademais, desconsiderar que certos temas levem mais tempo para ser discutidos no parlamento, em razão da natureza de seus objetos é contraproducente, e manifesta interferência neste poder, ao passo que desdenha de sua própria competência e os problemas a ela inerentes, como a absurda quantidade de processos pendentes de julgamento, muitos deles em longa tramitação naquela Corte, a exemplo de alguns com mais de 30 anos de tramitação (POMPEU; FREITAS, 2020).

Ainda é possível afirmar que os ministros desconsideraram o potencial impulsionador do parlamento diante da judicialização dessas matérias, tendo o Ministro Gilmar Mendes reconhecido que houve maior movimentação entre os parlamentares sobre o tema após tal questão ser levada ao Judiciário. Mas na verdade, essa postura de buscar resolver as coisas “ao modo deles” parece ser mais uma tomada de direção deliberada dos ministros do que uma postura em conformidade com os limites constitucionais de atuação da Corte máxima do Judiciário.

Um indício disso é que também no caso da legalização do aborto de anencéfalo, a questão estava pendente de deliberação no Congresso Nacional, onde corria o PL do Senado nº 50/2011, exatamente com o mesmo entendimento do Judiciário. Ainda assim, o STF adiantou

a resolução da controvérsia acerca dessa questão através de uma sentença aditiva, tomando, mais uma vez, o lugar de uma competência que não é tipicamente sua.

Todo esse quadro evidencia a necessidade de lançar um olhar atento sobre o fenômeno aqui abordado, atento aos impactos que um excessivo ativismo judicial pode gerar no quadro sociopolítico do país, na própria legitimidade do direito como meio de pacificação e estabilidade e até mesmo na credibilidade de nossas instituições judiciais. Que o estudo aqui apresentado possa contribuir para um debate qualificado que oriente para a construção de soluções aos dilemas e graves impasses que tal fenômeno promove no país nos dias atuais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou lançar luzes sobre a questão do ativismo judicial no Brasil, abordando a origem desse fenômeno, suas manifestações e a repercussão em distintos campos. Conforme apresentado, foi possível traçar uma linha que relaciona o avanço de teorias filosóficas modernas e do pós-positivismo contemporâneo com sua incorporação ao aparato político/jurídico visto no Brasil dos dias atuais.

A partir do exame dos casos apresentados que bem ilustram tal fenômeno, ficou evidenciado que a passa a ser cada vez mais recorrente a ausência de uma lógica decisória forte que se justifique pelo primado da lei, e, o que é mais grave, o comprometimento das bases jusfilosóficas e dogmáticas que moldaram o direito brasileiro decorre especialmente da ação de altas autoridades do Judiciário.

Passam a ser vistas com maior frequência decisões pautadas por elevado grau de discricionariedade voluntariosa que, aliada à fragilidade no embasamento decisório, geram insegurança jurídica e vulneram o princípio da separação dos poderes em nosso país. Esse é o cenário perfeito para um quadro de grave instabilidade política-jurídica como se vê atualmente,

Alguns estudiosos da matéria jurídica e política dizem que nossa sociedade, como expresso na Lei Fundamental do país, alberga os princípios liberais em seu interior. Porém, como se buscou demonstrar, houve, na verdade, um abandono desse ideário.

Conforme apontado no aporte bibliográfico utilizado ao logo deste trabalho, de Paulo Bonavides a Antoine Garapon, são muitos e variados os fatores que favoreceram essa hipertrofia do Judiciário, a exemplo da crise da democracia representativa e o advento das Constituições programáticas. Assim, o medo do “fantasma do Estado”, alvo de desconfiança dos pensadores liberais enquanto limitador da liberdade, dá lugar a um certo entusiasmo diante de um Estado que vê sua atuação amplificada, prometendo ser o consubstanciador de melhorias e avanços sociais, realizados pela promessa de redistribuição igualitária dos bens e serviços e, no que tange ao Poder Judiciário, pela promoção social da justiça por meio de uma interpretação das normas “socialmente orientada”.

O presente trabalho buscou demonstrar como, desconsiderando-se os indícios históricos que demonstram o vínculo dos Estados totalitários no sec. XX com esse pensamento antiformalista e coletivista originado de teorias orgânicas da sociedade, difundiu-se a tese de que a legalidade deveria ser relativizada porque fora ela que “forçara” os juízes a cumprirem as sentenças e atos absurdos desses regimes.

Autores críticos a essa versão, conforme demonstrado, apontam falhas históricas na aceitação descompensada dessa concepção. Contudo, a “demonização” ideológica dos valores-base do iluminismo deram impulso a uma desconsideração sistemática, no plano teórico e político-cultural, dos princípios liberais que erigiram as sociedades ocidentais. Esses princípios, muitas vezes, encontram-se na Constituição, porém são frequentemente afastados ou não têm a sua aplicação necessariamente observada.

Com base nessa realidade, evidenciou-se que a legalidade estrita, defendida por Hobbes para limitar o poder do governante e dar confiança ao indivíduo temeroso da inconstância de atos imprevisíveis, foi substituída por interpretações abstratas das mais diversas que geram justamente a casualidade nos julgamentos feitos.

A proteção dos direitos individuais e a ideia de representação popular que forjaram o Estado moderno foram sendo esvaziadas e negligenciadas, tornando-se em alguns países, como é o caso do Brasil dos dias atuais, questões de ocasião vinculadas a um “se assim entenderem” os poderosos do momento, ao invés de obrigatoriamente observados.

O princípio da Soberania Popular, defendida por Rousseau, é afastado por força da “função contramajoritária” das Cortes superiores, franqueando espaço para a judicialização cada vez maior da política. Argumenta-se também que a separação entre Executivo, Legislativo e Judiciário não é mais tão nítida como era no passado. Difunde-se, conforme visto ao longo do presente trabalho, a era da “colaboração dos poderes” que corrói e vulnera o “*checks and balances*” proposto por Montesquieu.

Vê-se a hipertrofia de um dos poderes sobre os demais. São muitas as evidências que ratificam a interferência do Judiciário com seu ativismo na esfera política, sociocultural e econômica do país, ao passo que os outros dois poderes permanecem praticamente subjugados diante da primazia daquele.

A consideração imanente às teorias liberais de que a liberdade de decisão/concretização do Direito dada ao Legislativo e ao Executivo seria maior do que a permitida ao Judiciário é patentemente invertida.

Não se descarta que esse expansionismo do poder do Judiciário também foi impulsionado pela alta demanda judiciária da sociedade, mas seja qual for o caso, urge-se a necessidade de atenuar o seu sobrepoder sobre os demais poderes, a fim de equilibrar as relações entre os poderes no país e resgatar a primazia da Constituição. Importa buscar a preservação da nossa ordem político-jurídica, gerando crescentes níveis de tensionamentos que desequilibram e comprometem nossa estabilidade institucional e vulneram nossa ainda não consolidada democracia.

O Estado democrático de Direito fundou-se sobre o primado da segurança jurídica, inspirando diversos dispositivos constitucionais asseguradores de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Essa norma principiológica estabelece a previsibilidade das normas legais tão defendidas nas teorias liberais, trazendo coerência à aplicação da Justiça.

A sociedade precisa sentir uma razoável certeza nas leis nacionais para que as condutas possam ser entendidas como “em acordo” ou “desacordo” delas, ou seja, as normas devem indicar razoável padrão de consenso em torno de valores e fins socialmente perseguidos, funcionando de forma eficiente e transparente.

Para isso, os órgãos do sistema jurídico têm o dever de analisar a o marco normativo vigente e aplicá-la da maneira mais adequada e justa possível, sempre levando em conta a Constituição Federal e todos os princípios nela contidos.

É necessário resgatar o original sentido do Estado, vendo-o como um poderoso aparato a ser controlado, ao invés de um provedor incondicional e ilimitado de regras coativas. Assim, as decisões do judiciário precisam sempre ser fundamentadas em argumentos jurídicos sólidos, baseados em normas com um mínimo de estabilidade, publicamente reconhecidas, e uniformemente aplicadas, sempre transparentes em seus processos decisórios.

Afastar-se desse pensamento é desconsiderar que o poder que se baseia em uma pretensa naturalidade, como algo puramente sistemático ou um apriorístico exercício natural do poder, é um concretizador das formas de controle e opressão que, no passado, fizeram parte da história e ainda hoje ameaçam, com suas estruturas autoritárias, a liberdade individual, e por seguinte, a coletiva. Entender isso seria retornar ao caminho perdido, rejeitando grande parte das ideias que permitiram, por exemplo, o ativismo judicial ilimitado que se faz presente em nossa sociedade nos dias atuais.

Urge, em nossos dias, combater a insegurança jurídica decorrente desse desenrolar histórico. Somente assim se retomará o zelo pela supremacia da constituição, buscando reassegurar a harmonia entre os poderes estabelecidos. Uma reforma no judiciário, além da retomada da lógica racional e objetiva por parte de todos os componentes da sociedade, é, portanto, um imperativo cada vez mais premente com vistas ao retorno a estabilidade institucional do país.

6 REFERÊNCIAS

- AMADO, Juan Antônio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019.
- AVILA, Kellen Cristina de Andrade. O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42130&seo=1>. Acesso em: 17 de novembro de 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 06/10/2022.
- BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BEZERRA, Maurício José dos Santos. O DIREITO DE ERRAR POR ÚLTIMO: A legitimidade do Judiciário. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2638f62232521dd3>. Acesso em 26 de abril de 2023.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.
- BOBBIO, Norberto. Positivismo Jurídico - lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo, Malheiros, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado em 01/06/2001. Íntegra do Acórdão. Acesso em 12 de Janeiro de 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em 19 de Março de 2022
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Relator: Ministro Celso de Melo. Acórdão publicado em 06/10/2020. Íntegra do Acórdão. Acesso em 05 de Março de 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 03 de junho de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 154248. Relator: Ministro Edson Fachin. Publicado em: 23 de fevereiro de 2022. Íntegra do Acórdão. Acesso em 02 de Agosto de 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759332240>. Acesso em: 10 de Julho de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 377457. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão publicado em 19/12/2008. Íntegra do Acórdão. Acesso em 09 de março de 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580963. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado em 14/11/2013. Íntegra do Acórdão. Acesso em 12 de janeiro de 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>. Acesso em 12 de junho de 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 322348 Agr/AC. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento publicado em 06/12/2002. Inteiro teor. Acesso em 07 de Março de 2023, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=338604>. Acesso em 03 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335/AC – Acre. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão publicado em 22/10/2014. Íntegra do Acórdão. Acesso em 02 de fevereiro de 2023a, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório de atividades 2022. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023b.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 9a edição. São Paulo: Saraiva 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n.º129, jan/mar, 1996

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O critério da hipossuficiência familiar dos necessitados postulantes de amparo social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2012.

CHRISTOPHER, Clark. Iron Kingdom: The Rise and Downfall of Prussia. Vol 41. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

CISNE, Alan. STF: Injúria Racial é equiparada ao Racismo?. Jusbrasil. 2022. Disponível em: <https://alancisne.jusbrasil.com.br/noticias/1309427352/stf-injuria-racial-e-equiparada-ao-racismo>. Acesso em 15 de Julho de 2023.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método. Tese (Doutorado em Direito). Attribution Non-Commercial (BY-NC). 2008.

COSTA, Ana Carolina Marques Tavares; FRANCIÁ, Nicolle Zanato Moreira Monteleoni Di. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CORTE CONSTITUCIONAL OU TRIBUNAL RECURSAL?. Revista Foco. Curitiba (PR). v.16.n.3. p.01-24. 2023.

DAMASCENO, Luiz Rogerio Silva. Benefício assistencial: a redefinição do conceito de miserabilidade à luz da jurisprudência do STF. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27385>. Acesso em: 13 jul. 2023.

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia de Direito. Coleção Stvdivm. Imprensa: Coimbra, A. Amado, 1979.

- DIDIER JR., Fredie *et al.* Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- DINIZ, Maria Helena; Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- EHRHARDT, Marcos; LACERDA, Danilo. União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF.
- ENGLARD, Izhak. Nazi Criticism Against the Normativist Theory of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies. In: Israel Law Review, 183, 1998.
- FAVER, Marcus Antônio de Souza. O JUDICIÁRIO E A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. Revista da EMERJ, v.4, n.13, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- FIORAVANTI, Maurizio. Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco. Milano: Giuffrè, 1979.
- FRIEDMAN, Milton. Livre para escolher. tradução Ligia Filgueiras. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015.
- GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GODOY, César. O controle difuso da constitucionalidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6366, 5 dez. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78455>. Acesso em: 12 jul. 2023.
- GOMES, Luiz Flávio. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. vol. 4/122. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.
- HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Tradução: George Sperber. Edição: Loyola. São Paulo, 2002.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. [s.n.]. Rio de Janeiro, 1840.
- HARRINGTON, Anne. Reenchanted Science: Holism in German Culture from Wilhelm II to Hitler. Princeton, New Jersey: Princeton University, 2021.
- HAYEK, Frederick. O caminho da servidão. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- HOBBS, T. Leviatã. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HUME, David. A Arte de Escrever Ensaio. Seleção Pedro Paulo Pimenta; tradução de Márcio Suzuki e Pedro Paulo Pimenta. São Paulo: Iluminuras, 2008.

- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. O STF e a Raposa Serra do Sol. In: TORON, Alberto Zacharias et al. *Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 259-280.
- LIMA, Rogério de Araújo. *Os Artigos Federalistas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 2011
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2021.
- LOURENÇO JUNIOR, Clóvis Humberto. *Mutações Constitucionais e o protagonismo do STF: Mudança pela via judicial na era do ativismo*. Tese (Mestre em Direito) - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". São Paulo- SP. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito as precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- Marx, Karl, 1818-1883 *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. São Paulo : Boitempo, 2007
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital*. tradução de Rubens Enderle. - São Paulo: Boitempo, 2013
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 3. ed. São Paulo: Sundermann, 2017.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado. Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Método. 2014.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In: Revista *Novos Estudos*: novembro de 2000. Edição nº 58.
- MILHOMEM, Maria José Sousa Carvalho. *O supremo tribunal federal e as interferências no poder legislativo*. Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Maranhão. p. 20 – 42. 2017.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* - 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.
- POMPEU, Ana; FREITAS, Hyndara. *Os 10 processos mais antigos do STF*. Jota, Brasília. 2020. Disponível em: <https://urlscurta.com/IPnZQ>. Acesso em: 02 de agosto de 2023
- QUINTAS, Diogo Tomás Roque. *Do Estado Liberal ao Estado Regular, uma breve visão socioeconômica - A relevância do Estado Regulador*. Tese de mestrado. Universidade de Coimbra. 2022.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010

- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODOVALHO, Thiago. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e a modulação de efeitos. In: CLÈVE, Clemerson Merlin. Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional. Tomo II. Editora Revista dos Tribunais. 2015.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- ROS, Luciano Da. O custo da Justiça no Brasil: Uma análise comparativa exploratória. Newsletter: observatório de elites políticas e sociais do brasil. v. 2, n.9. 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução: Maria Ermantina Galvão: Martin Fontes. São Paulo, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. 3ª Edição: Martin Fontes. São Paulo - São Paulo, 1996
- SILVA, Daniela Juliano. O Conselho Nacional de Justiça: instrumento de contenção do Judiciário como superego da sociedade? Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 23 jun 2014, 05:00. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39909/o-conselho-nacional-de-justica-instrumento-de-contencao-do-judiciario-como-quot-superego-quot-da-sociedade>. Acesso em: 29 dez 2022.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2009, n. 250.
- SIMÃO, Calil – Elementos do sistema de controle de constitucionalidade. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SOUZA, Clarissa Abrantes. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 02/05/2023
- STRECK, Lênio Luiz e Outros. “Ulisses e o Canto Das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um “Terceiro Turno da Constituinte”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD); 75-83; Julho-Dezembro 2009; Unisinos
- STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013
- TASSINARI, Clarisse. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012
- VASCONCELOS, Paulo Bacelar de. Cadernos democráticos n. 3, Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.

VIANA, Marcelo. Novos contornos da reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal após o julgamento da Reclamação 4.335/AC. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40548/novos-contornos-da-reclamacao-constitucional-ao-supremo-tribunal-federal-apos-o-julgamento-da-reclamacao-4-335-ac>. Acesso em: 04 de outubro de 2022.

VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de Direito Penal Brasileiro. vol 1: Parte Geral. 9 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.