

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Eduardo Heldt Machado

SISTEMA DE DIREITO, POLÍTICA E PODER JUDICIÁRIO.
Uma análise realista das decisões judiciais.

Porto Alegre, RS, 2016.

Eduardo Heldt Machado

SISTEMA DE DIREITO, POLÍTICA E PODER JUDICIÁRIO.

Uma análise realista das decisões judiciais.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito do Estado, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre, RS, 2016

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a atuação do poder judiciário enquanto poder componente do estado democrático de direito. Para tanto se analisará a evolução do sistema de direito brasileiro a partir do comparativo dos dois sistemas de direito contemporâneos mais influentes: o direito romano-germânico e a *common law*. A partir desse traçado adentraremos na estrutura do estado democrático de direito e nas estruturas de poder, detalhando as funções e os fenômenos que circundam o poder judiciário, em especial. Por fim, analisaremos, a partir do binômio direito-política, os limites necessários às decisões judiciais, concebida da pré-compreensão de que decisão judicial é um ato de vontade, afastando a premissa de neutralidade da mesma. Analisar-se-á, portanto, a estrutura do direito, do estado, do poder judiciário e da decisão judicial na sua faceta realista, buscando uma compreensão mais abrangente sobre as consequências da judicialização da política para fins de evitarmos um ativismo judicial que resulte em arbitrariedades, excesso de poder e decisionismos.

Palavras-Chave: Sistema de direito; poder judiciário; decisão judicial.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the performance of the judiciary as a power component of the democratic state based on the rule of *law*. For that we examine the evolution of the Brazilian legal system from the comparison of the two most influential contemporary legal systems: The Roman-Germanic *law* and *common law*. From that drawing we analyze the democratic state structure of *law* and structures power, detailing the functions and phenomena that surround the judiciary in particular. Finally, we will analyze, from the right-binomial policy, the limits required for judicial decisions, designed the pre-understanding that court decision is an act of will, away from the premise of neutrality of the same. Analyze It will, therefore, the structure of the *law*, the state, the judiciary and the judicial decision in its realistic aspect, seeking a more comprehensive understanding of the legalization of consequences of policy for the purpose of avoiding judicial activism resulting in arbitrariness, abuse of power and decisions.

Keywords: System of *law*; judicial power; Judicial decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OS SISTEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEOS	8
2.1 O DIREITO ROMANO GERMÂNICO	9
2.2 A <i>COMMON LAW</i> : O DIREITO INGLÊS E O DIREITO AMERICANO.....	13
2.3 OS SISTEMAS MISTOS COMO A REALIDADE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	18
3 DIREITO, ESTADO E POLÍTICA	22
3.1 A ESTRUTURA DO DIREITO REFLETINDO NA ESTRUTURA DOS PODERES	22
3.2 CONCEITUANDO E ESCLARECENDO OS FINS E FUNÇÕES DO ESTADO	25
3.3 A CRESCENTE INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E OS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	30
4 DECISÃO JUDICIAL, ATO DE VONTADE E NEUTRALIDADE.	37
4.1 A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO DE VONTADE.....	40
4.2 A NECESSIDADE DE IMPOR LIMITES AO PODER JUDICIÁRIO.....	43
5. CONCLUSÃO.....	47
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vive um contexto político-social de completo caos estrutural que torna necessária uma análise sobre a formatação do nosso estado e principalmente do nosso sistema de direito. Na linha dos demais países do mundo, pode-se afirmar (teoricamente) que o Brasil contém três poderes, e um sistema de direito misto, conjugando ferramentas do direito romano germânico e do direito inglês/americano.

Para melhor compreendermos a estrutura do direito brasileiro, e mundial, primeiramente faremos uma análise da formação dos dois principais sistemas de direito no mundo ocidental (o direito romano germânico e a *common law*), das suas características, das suas fontes e da sua evolução até hoje. A partir da evolução das estruturas do direito, passaremos a analisar os fins e funções dos poderes estatais, com ênfase no poder judiciário, tendo em vista a sua crescente influência nos países ocidentais no pós-segunda grande guerra. Essa intensa influência do poder judiciário, por sua vez, torna necessário que se analise a fundo as suas características, a sua competência, o seu funcionamento e principalmente a carga de subjetividade das suas decisões, buscando um equilíbrio de competências e responsabilidades que evite o arbítrio das decisões judiciais frente aos atos legislativos e executivos. Para tanto, indissociável a discussão sobre o binômio direito-política.

Compreendendo a estrutura do direito contemporâneo, tanto a nível mundial quanto em nível de Brasil, passamos a entender também o porquê da supervalorização do poder judiciário dentro da máquina estatal. Nessa linha, a compreensão entre a relação interdependente do direito e da política produz questionamentos importantes: como limitar a atuação política do judiciário? Qual a relação entre judicialização da política e ativismo judicial? Podemos conter certos arbítrios do poder judiciário somente com o que está posto pela ciência jurídica?

Tais questionamentos são importantes dentro do contexto vivido pelo estado brasileiro desde a democratização com a evidente judicialização da política trazida pela constituição cidadã. Pois, para evitar que o poder judiciário desequilibre a balança dos poderes estatais, necessário constituírem ferramentas que contenham a atuação do judiciário, seja através de limitações nas técnicas processuais ou ainda através de uma nova teoria da decisão judicial, que objetive a atuação judicial, reduzindo o grau de subjetividade (e pessoalidade) das decisões. Tendo em vista a dificuldade de impor tais hipóteses, necessário, no mínimo,

desfazer a afirmação de que o poder judiciário é um poder neutro e imparcial. Necessário trazer à luz a relação entre direito e política, buscando abrir os olhos da sociedade no sentido de mostrar a verdadeira faceta do judiciário: um poder que decide pelas suas próprias convicções, pessoais ou de setores internos, trazendo para o direito, inclusive, as suas posições políticas.

Assim, importante trabalharmos com proposições objetivas para fins de (re)equilibrar a balança dos três poderes, e, para tanto, a desconstrução da falácia da neutralidade nas decisões judiciais já oportuniza uma verdadeira leitura do conteúdo das decisões judiciais e da própria estrutura do estado e do poder judiciário. Com a compreensão que as decisões judiciais não são imparciais e muito menos neutras, podemos passar a debater temas como a democratização do poder judiciário e uma reformulação da sua estrutura e da sua teoria.

O presente trabalho, portanto, tem o objetivo de desmistificar a imparcialidade e a neutralidade do poder judiciário, apresentando a sua faceta política, demonstrando e comprovando teoricamente que as decisões judiciais tem forte carga subjetiva, resultado do interesse do intérprete do direito (juiz), como em toda e qualquer interpretação jurídica. Basicamente, busca-se desmistificar a ideia de que o juiz se desprende de sua história, de suas pré-compreensões do seu subconsciente ao decidir um caso concreto.

Para tanto, apresentaremos a estrutura do direito principalmente através do clássico livro de René David, *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, com alguns apontamentos sobre a realidade atual através de estudos da universidade de Cambridge. O estudo dos fins e funções do estado, importante para compreendermos as fronteiras dos poderes estatais, se dará baseado na excelente compreensão de Reverbel e nas suas referências. A discussão que se apresenta posteriormente, com a leitura aprofundada do poder judiciário, das decisões judiciais e dos fenômenos que o cerca se dará principalmente pela leitura e análise de dois grandes juristas brasileiros: Luis Roberto Barroso e Lenio Streck, que apesar de algumas divergências, têm apontamentos essenciais acerca da temática. Kelsen, Dworkin e outros autores também têm sua contribuição sobre o tema apontada no presente trabalho, tendo em vista a importância da clássica leitura realizada pelos mesmos.

Nesse sentido, baseado em pesquisas bibliográficas, mas, principalmente, na angústia de compreender a realidade que vivemos de um judiciário muitas vezes arbitrário, que julga conforme suas próprias convicções, que simplesmente destrói anos de teoria do direito ou ainda da construção constitucional e legal realizada pela sociedade, é que o presente trabalho se estrutura. Não há como desconsiderar a realidade. E sobre ela é que nos debruçaremos para buscarmos trazer a luz temas até então mitificados.

2 OS SISTEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEOS

René David, em sua reconhecida obra “*os grandes sistemas do direito contemporâneo*”, apresenta de forma esclarecedora as diferenças e as semelhanças entre os sistemas de direito que se apresentam no mundo ocidental, na história contemporânea.

Dividindo os sistemas de direito em três grandes famílias, René David consegue abranger perfeitamente os países protagonistas das transformações da ciência do direito em toda a história. Os países romano-germânicos com a chamada *civil law*; os países anglo-saxões através da *common law*; e o sistema de direito soviético ou ainda socialista, outrora posto em prática no leste europeu através dos países que compunham a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS.

O direito pode realmente concretizar-se, numa época e num dado país, num certo número de regras. Porém, o fenômeno jurídico é mais complexo. Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção de ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito.¹

O sistema de direito soviético, com o fim da guerra fria passa a fazer parte de um sistema de direito não só inatual, mas que perde relevância a partir do momento em que o presente trabalho não visa a análise de todos os sistemas de direito outrora existentes, mas sim a influência dos sistemas de direito sobre a atual composição dos sistemas de direito contemporâneos, com especial referência ao sistema de direito brasileiro.

Ademais, importante observar, em princípio, que outros sistemas de direito, para além desses três sistemas, já foram praticados e/ou continuam a serem praticados no mundo, sendo referências marcantes principalmente na parte oriental do planeta. Destacam-se como relevantes os sistemas de direito indiano, chinês, muçulmano, japonês e africano.

Excetuando, portanto, a predominância dos sistemas de direito no oriente, o hemisfério ocidental do planeta fora mapeado inicialmente pela *common law* e pela *civil law*.

Tais formas, bem sublinhadas, podem ser analisadas na história como o início dos sistemas de direito contemporâneos. A *civil law* e a *common law* acabam por ser as mães dos sistemas de direito contemporâneos, tanto no mundo ocidental, onde tem predominância

¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pg. 15.

extrema, quanto no próprio oriente, quando, a partir das colonizações, os sistemas ocidentais se mixaram aos já existentes sistemas orientais.

2.1 O DIREITO ROMANO GERMÂNICO

A criação da *civil law* está estritamente ligada ao renascimento ocorrido no século XII e XIII na Europa Ocidental. Isso, pois, com o renascer das cidades e do comércio que as circunda bem como do inerente afastamento da igreja (religião) do estado, sobressalta-se a necessidade de se garantir a ordem e a segurança através do direito.

A partir desse momento histórico religião e moral passam a ser analisadas separadamente, não havendo mais confusão entre seus conceitos e aplicações. O direito passa a ser a base estrutural para a sociedade civil e o arbítrio passa a ser abominado das relações. Tal direito, por sua vez, é fundado sobre a ideia de justiça racional, afastando por completo os julgamentos calcados no sobrenatural.²

Com a racionalização do direito, a nova concepção da moralidade, do afastamento entre o estado e a religião, da busca por relações que se contrapõe ao arbítrio até então vislumbrado é que o direito romano (início do que sistema romano germânico) passa a se estruturar.

O século XIII é o ponto de partida quando falamos do sistema de direito romano germânico, mesmo que os conceitos de sistema de direito e do próprio direito ainda estejam em construção, com o foco do seu estudo na doutrina e nas universidades. Seguindo uma linha com ênfase no direito consuetudinário, em que os soberanos pouco interviam no direito privado, o direito romano se estabelece e passa a ser melhor estudado e aprofundado. A legislação vem em segundo plano nesse momento histórico.

Segundo as ideias que predominavam na idade média, o direito existe independentemente dos comandos da autoridade; o soberano não está qualificado nem para criar, nem para modificar o direito. A sua função é uma pura função administrativa; é unicamente com o fim de organizar e facilitar a administração da justiça que ele pode intervir para auxiliar a formulação do direito que ele não criou.³

² DAVID, René. Op. Cit. Pg. 31

³ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 48.

Porém, sem dúvidas, é a partir da ideia de legislação e principalmente do surto codificador que se apresentou na Europa ocidental no século XVIII que o sistema de direito romano germânico se consolidou e principalmente fez com que seus métodos e sua logicidade se espalhassem pelo mundo.

A revolução francesa, a teoria que por detrás dela se apresentava e a composição dos poderes (recém-criados) explica o porquê do poder legislativo deter maior influência, e o porquê da subalternização do poder judiciário.

A influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu foram decisivas para os rumos que tomo o constitucionalismo em França e a sua forma de controle. Assim, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância que Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliadas ao fato de que Juízes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da aristocracia (*ancien régime*), fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um Poder não popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo.⁴

Nesse ponto histórico, importante destacar a importância da escola do direito natural como sistematizador das ideias que vinham do direito romano e da preocupação com a necessidade de se aprofundar o direito público, até então pouco trabalhado pela doutrina.

“A escola do direito natural renova completamente a ciência do direito nos seus próprios métodos, pelas suas tendências axiomáticas e pelo apelo que faz à legislação”⁵. No século XVIII, através da escola do direito natural, dois grandes debates são levantados: a extensão do direito “à esfera das relações entre os governantes e os governados, entre a administração e os administrados”⁶ e a codificação.

A sistematização do direito através da legislação é o legado criado no século XVIII que acaba sendo o maior atributo e continua sendo até hoje a principal referência do sistema de direito romano-germânico. A codificação fez com que a *civil law* se expandisse para além dos limites territoriais europeus, passando a tornar-se exemplo de sistema de direito em várias regiões do mundo, como a própria América Latina e conseqüentemente o Brasil.

Apesar dos reconhecidos avanços, o direito romano germânico e a sua ideia de codificação do direito acabaram sendo levados ao extremo a partir da aplicação dessa teoria pelo positivismo legislativo do fim do século XIX e início do século XX. Ocorre que, após a crise do positivismo predominante nesse período histórico, reconheceu-se, novamente, a

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pg. 402

⁵ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 37.

⁶ DAVID, René. Op Cit. Pg. 50.

importância de se refundar a ciência do direito através da valorização da doutrina e a crescente influência da jurisprudência, em especial no mundo pós 2ª guerra mundial.

Porém, de forma alguma o legado da codificação e da legislação trazida pelo sistema de direito romano germânico deixou de ser aplicada.

O direito romano germânico é um direito vivo. Esta mesma vida implica a sua transformação contínua; alguns movimentos que visam a transformação do sistema têm a sua origem em um país ou em um grupo de países antes de serem seguidos por todos ou de serem, pelo contrário, rejeitados pelo conjunto da família romano-germânica.⁷

Em verdade, a codificação continua sendo, até os dias atuais, a regra, a base, o sustento do sistema de direito romano germânico. Para além da legislação, outras fontes também compõem o sistema da *civil Law* hoje, como é o caso dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e dos princípios. Porém, nenhuma representa e faz com que se compreenda melhor esse sistema do que a legislação.

Ainda hoje a ideia de apresentar regras que devem ser cumpridas pela sociedade continua contendo o espírito encontrado quando da criação da codificação pela escola do direito natural: a sistematização do direito para fins de melhor aplicação do mesmo na realidade prática da sociedade.

A regra do direito, portanto, resultado da legislação, tem como escopo regulamentar as condutas futuras de uma sociedade. O direito positivado, portanto, tem o objetivo de nortear as atitudes da sociedade civil, dos governos e administradores.

Nesta família, em que a doutrina goza de grande prestígio, a regra de direito deixou de ser entendida, fundamentalmente, como uma regra própria para assegurar a solução dum caso concreto. Através do esforço de sistematização da doutrina, ela elevou-se a um nível superior; chegou-se a concebê-la como uma regra de conduta, dotada de uma certa generalidade, situando-se acima das aplicações que dela podem ter de fazer os tribunais ou os práticos num caso concreto.⁸

Essa carga de generalidade da regra do direito é que dá à legislação o papel de protagonista do sistema romano germânico, pois para além de nortear as condutas da sociedade, quando da análise do caso concreto é a legislação que servirá como fundamento para a solução da controvérsia. A regra de direito, como base dos códigos nesse sistema, acaba por simplificar o direito, sintetizando o conhecimento, conferindo às regras o objetivo

⁷ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 56.

⁸ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 79

de assegurar a justiça, a ordem social e econômica, bem como orientar e conduzir a sociedade para que alcance determinados fins.

Hans Kelsen, influente jurista do século XX, propulsor do positivismo jurídico, nascedouro no sistema de direito romano germânico, ao analisar a constituição como norma⁹ norteadora da sociedade, afirma ainda, que a norma constitucional é a norma que dá base para a criação do direito infraconstitucional, alargando assim o sentido de norma dirigente não só para as condutas da sociedade, mas também para as demais normas a serem criadas a partir dela (constituição).

A constituição poderá determinar também o conteúdo das leis futuras; e as constituições positivas o fazem, não raro, prescrevendo ou excluindo determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente só existe uma promessa de promulgar leis, uma vez que por motivos técnico-jurídicos uma sanção não pode ser convenientemente ligada à falta de promulgação de leis, cujo conteúdo está prescrito.¹⁰

Importante observar que dependendo do ramo do direito, a regra a ser criada terá uma carga de generalidade maior do que em outro ramo. No direito penal e no direito tributário, por exemplo, é necessário que a regra de direito seja mais específica, reduzindo ao máximo o arbítrio do estado. No direito civil, por outro lado, a carga de generalidade é muito maior, pois no direito privado se sobressai a liberdade dos atos de vontade dos cidadãos, em detrimento do estreitamento das condutas. No direito privado, em geral, a regra de direito serve mais como uma luz para o que fazer e o que não fazer do que, definitivamente, um comando.

Cabe ressaltar, porém, que apesar de ter como ideal nortear as condutas em sociedade, de forma generalizada ou mais especificada, não retira a necessidade de se interpretar o direito posto quando da solução de uma controvérsia. Isso pode se dar tanto pelo fato de que a legislação não consegue acompanhar o ritmo de evolução da sociedade e conseqüentemente dos seus problemas como também pela própria característica da legislação em geral, qual seja, abstrata.

Alguns dos conceitos e das formas colocados em prática pelo sistema romano germânico são facilmente observados quando da análise do sistema jurídico de um país que tem como base tal sistema. O Brasil é um dos países fora da Europa ocidental que aplicou

⁹ Importante destacar a visão positivista da norma, no sentido de que norma é a regra legislada, diferentemente do se passou a compreender principalmente a partir dos ensinamentos de Alexy, sendo a norma gênero do qual regra e princípios são espécies. Para o positivismo jurídico, somente a regra era fonte da interpretação do direito, razão pela qual norma é sinônimo de regra.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella – 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 103

desde o início da construção do seu sistema de direito os preceitos do sistema romano germânico (em virtude da sua colonização), e é em razão disso que se inicia esse trabalho apresentando algumas características (históricas e teóricas) acerca do mesmo, que, quando comparado com o sistema da *common law*, apresentará significativas diferenças.

Não se pretende aqui analisar profundamente os sistemas de direito, razão pela qual apenas se pincela suas principais características para melhor compreensão da nossa realidade, e do tema futuramente analisado nesse trabalho. Nesse sentido, portanto, passamos a análise da *common law*, que, junto com o sistema romano germânico representa os dois grandes sistemas de direito da atualidade.

2.2 A *COMMON LAW*: O DIREITO INGLÊS E O DIREITO AMERICANO

O sistema de direito da *common law* é um sistema nascido do direito inglês, que, pela sua influência política acabou se espalhando pelos territórios que à Inglaterra se associava. Dentre os países da *common law* com mais relevância para o presente estudo estão os Estados Unidos e a própria Inglaterra. Índia, Paquistão e Sudão, por exemplo, são países que também aplicam a *common law* em seu sistema jurídico.

A história da *common law* está estritamente ligada à história do direito inglês. Importante destacar que não se trata do direito do Reino Unido, ou ainda da Grã-bretanha, mas somente da Inglaterra (o país de Gales é o único país além da Inglaterra a utilizar a *common law* como sistema de direito dentro do reino unido).

Diferente do direito romano germânico, o sistema da *common law* é reconhecido por manter suas tradições desde a sua concepção, modificando-se apenas para fins de absorver novas ideias, mas não para modificar suas raízes. O que afirmam os juristas ingleses, nesse sentido, é que a *civil law* passou por revoluções que modificaram completamente seu sistema (renovação pelo direito romano e renovação pela codificação) enquanto a *common law* seguiu de forma autônoma e gradual seu ideal até os dias de hoje.¹¹

De forma resumida René David sintetiza os períodos que constituem a história do direito inglês:

¹¹ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 283

Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro período anterior à conquista da normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.¹²

A *common law*, portanto, começa a ser esboçada na Inglaterra após 1066 em oposição aos costumes locais, criando um direito comum para todo o país. Racionalizando o direito, os Tribunais Reais de Justiça são os principais propulsores desse novo sistema de direito na Inglaterra. Apesar de ter sua jurisdição limitada pelos interesses dos senhores feudais, pelos reis e pela igreja, no fim da idade média os Tribunais Reais são os únicos a administrar a justiça.

A *common law* se formou em um espaço histórico onde não havia racionalização do direito e, principalmente, do processo. A grande diferença entre a *civil law* e a *common law*, é que os juristas no direito romano germânico debatiam o direito enquanto direitos e obrigações, condutas a serem seguidas pela sociedade enquanto que na Inglaterra os juristas se debruçavam sobre o processo em si, sobre o litígio.¹³

O interesse dos juristas ingleses no processo era tanto que a consequência do processo, a decisão, a carga subjetiva da interpretação do caso concreto buscando uma resposta justa à demanda era pouco observada e estudada. O direito era debatido sobre o processo em si. Sobre o rito. Sobre o formalismo que o acompanha. Tanto é verdade que, até meados de 1835 os processos, independente se tratavam de direito privado ou público, eram remetidos à juris, sendo abandonados processos que não eram julgados por juris. “A *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução de litígios”.¹⁴

Ocorre que esse formalismo e a necessidade de se aglomerar os processos em um só tribunal fez com que surgissem insuficiências no sistema. Os recursos ao rei se tornaram cada vez mais presentes, para fins de se alcançar uma decisão justa, que os tribunais sequer se preocupavam em conseguir. Tal decisão do rei é conhecida como *writ*, que também pode se considerar o início do que conhecemos no processo civil como mandado de segurança.

¹² DAVID, René. Op. Cit. Pg. 283-284

¹³ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 290

¹⁴ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 291

O interessante nesse ponto é que os recursos para o rei eram sempre admitidos ou não pelo *chancellor* do rei, que o transmitia ao rei se compreendesse necessário/correto. Ocorre que tal admissão do recurso tornou o *chancellor* um verdadeiro juiz. Tanto é que a partir do absolutismo dos *Tudors*, no século XVI, o *chancellor* era sempre um jurista. O *chancellor*, diferentemente dos tribunais da *common law*, julgava os recursos calcado em princípios oriundos do direito romano e do direito canônico, fazendo com que a apreciação do caso se desse de forma completamente diferente da maneira como havia se dado nos tribunais, anteriormente.

Dessa maneira, os *chanceleres* foram ganhando força com o passar do tempo a ponto de se falar em uma jurisdição paralela aos tribunais da *common law*. Suas decisões (*writs*) se davam de forma autônoma se o recurso tratasse de matéria outrora já decidida pelo rei, o que deu além de poder, autonomia ao *chancellor*.¹⁵ Essa nova roupagem do direito inglês, apresentada pelas circunstâncias trazidas pelo *chancellor* quando do julgamento dos recursos, fez com que a *common law* quase fosse abandonada na Inglaterra. A *equity*, denominação dada à forma de processamento dada pelos *chanceleres*, ficou tão fortalecida que em meados do século XVII os tribunais de *common law* e a jurisdição dos *chanceleres* fecharam um acordo de automanutenção das duas formas de processamento.

Por essa razão, até os dias de hoje o direito inglês tem uma estrutura dualista, onde “ao lado das regras da *common law* que são obras dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de *common law*, ele apresenta soluções de *equity*, que vieram completar e aperfeiçoar as regras da *common law*”.¹⁶

Enquanto a *common law* era o direito apresentado pelos tribunais reais, preocupado apenas com o processo e com a formação das provas, a *equity* era o grau recursal cuja jurisdição era atribuída ao rei, com o auxílio do *chancellor*, que, ao analisar o caso, utilizava-se de argumentos morais (até porque inicialmente os *chanceleres* eram bispos ou arcebispos, então detinham o fundamento moral legitimamente dentro da sociedade inglesa), proferindo os *writs* (decisões).

A revolução no direito inglês, inicialmente marcado pela influência da jurisdição dos *chanceleres*, também é percebida quando da análise do direito inglês no século XIX e XX, com a crescente importância da legislação no contexto mundial. O século XIX acaba por ser o período em que a *common law* e a *equity* se unificam, podendo ser aplicadas as regras da

¹⁵ ASHTON, Peter Walter. **A *common law* e a *equity* do Direito Anglo-Saxônico**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n 64, out. 2009 – dez 2009, pag. 174.

¹⁶ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 298

common law e as regras da *equity* em todo e qualquer processo. Essa modificação da leitura do processo na Inglaterra, ocorrido precisamente entre os anos de 1873 a 1875 (*judicature acts*) molda o que passamos a conhecer como o período moderno do direito inglês.

A história do direito inglês, resumidamente apresentada acima, reflete nos seus conceitos, categorias, regras de direito e na sua estrutura a diferenciação do mesmo frente ao sistema de direito romano germânico. Tal diferenciação se dá, por exemplo, no momento em que na família romano germânica o direito é separado em direito público e direito privado ao passo que no direito inglês o direito é separado entre *common law* e *equity*.

Hoje em dia, apesar de se tratar de diferentes ritos, com diferentes formas processuais, diferentes categorias de argumentos e inclusive de diferentes operadores dessas formas, o direito inglês comporta num mesmo sistema essas duas lógicas de enfrentamento do direito. Não há como comparar o sistema de direito inglês com o romano germânico, portanto, cabendo apenas demonstrar as suas diferenças.

No direito inglês a doutrina e a legislação são secundárias quando da interpretação e da aplicação do direito, vez que a jurisprudência (*case law*) é a principal fonte de direito. Isso está estritamente ligado à sua história, sempre voltada as decisões dos tribunais, da paixão pelo processo em detrimento da lei e dos princípios, bem como do direito vindo das cortes ao invés de um direito vindo das universidades e do parlamento. A jurisprudência, portanto, é a regra do direito aplicada no direito inglês, sendo preenchida, quando omissa, pela legislação (*statute law* - que tem maior caráter político do que jurídico) e pela doutrina.

Como bem contribui Lenio Streck:

O direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios – é um direito de processualistas e de práticos. Isso significa dizer, correndo o risco de simplificação, que o grande jurista da Inglaterra é o juiz, saído da fileira dos práticos, e não o professo da universidade, isso porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudou nas universidades – nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário.¹⁷

Como demonstrado, foi na Inglaterra que a *common law* se formou, se modificou, se reestruturou e passou a se expandir pelo mundo como um dos mais conhecidos sistemas de direito da história. Porém, foi na então colônia dos Estados Unidos que a *common law* tem seu braço mais forte, com os ideais enraizados desde a sua absorção por aquela comunidade jurídica.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. Pg. 351

É verdade que a *common law* foi aplicada nos Estados Unidos como o sistema de direito que vigorava na Inglaterra enquanto a mesma dominava as 13 colônias. Após a independência dos Estados Unidos a *common law* inglesa deixou de ser rigorosamente aplicada na sua antiga colônia, passando a se diferenciar conforme os contextos dos dois países iam se modificando.

Importante destacar que o ideal codificador do sistema romano germânico teve grande influência nos Estados Unidos mesmo antes da “escolha” pela *common law*. Diversos foram os estados que publicaram códigos sumários durante o século XVII, iniciando uma controvérsia dentro da então colônia até a definição pela *common law*. Portanto, mesmo importando a *common law* inglesa, o próprio sistema americano já iniciou sua história com alguns traços do direito romano germânico, o que aprofunda sua diferença com o direito inglês.

Porém, mesmo com as diferenciações normais a partir de que problemas diversos são apresentados em cada um dos países, o fundo teórico da *common law* é igual entre os dois países até hoje. A concepção do direito através da jurisprudência, em detrimento da legislação (que só passa a ter importância a partir do momento em que é interpretada pelo poder judiciário) ainda é a realidade tanto do direito inglês quanto do direito americano.

O direito, tanto para o jurista inglês como para o americano, desenvolve-se sob a forma jurisprudencial. Os juristas desses países têm as regras de direito produzidas pelo legislador (statutes) como algo “anormal” no sistema. De qualquer maneira, tais regras (statutes) são sempre mais bem assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais, mormente se se tratar do direito norte-americano. Quando não existe precedente, diz-se que *there is no Law on the point*, mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise.¹⁸

Há, porém, uma grande diferenciação que deve ser destacada que é a divisão do direito nos estados unidos entre o direito federal e o direito dos estados. Tal especificidade está expressa na constituição federal americana de 1791 através da décima emenda: “os poderes que a constituição não delega aos Estados Unidos, e que não proíbe que os Estados exerçam, são reservados a cada um dos Estados, respectivamente, ou, ao povo.”

Não devemos nos espantar com esse princípio. Era muito natural que fosse afirmado logo em seguida ao dia em que os Estados Unidos conquistaram a sua independência. As 13 colônias, até a Guerra da Independência, tinha vivido de modo quase inteiramente independente umas as outras, e não tinham entre si, por assim dizer, nada em comum: nem no que respeita à sua origem, nem o seu povoamento,

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit, Pg. 375

nem às suas convicções religiosas, nem à sua estrutura e aos seus interesses econômicos.¹⁹

Tal especificidade faz com que nos Estados Unidos não exista uma *common law* federal, pois não há uma compilação da jurisprudência dos estados para que em posteriores casos tal jurisprudência seja utilizada. Os estados tem autonomia para utilizar da sua *common law* específica, ou, se necessário, até da *common law* de outros estados. Podem existir, portanto, precedentes contraditórios entre os estados, porém, de forma alguma a independência da *common law* de um estado pode sofrer interferência de outra *common law* apenas por ter uma decisão que contraria decisão de outros estados. Tal independência jurídica entre os estados é *sui generis*, e difere completamente do modo com que a *common law* é aplicada na Inglaterra, cabendo, portanto, o referido destaque.

Temos, portanto, as linhas gerais do nascimento da *common law* dentro do sistema de direito inglês, das suas características, da sua estrutura e de como esse sistema acabou influenciando o sistema de direito americano, principal braço da *common law* no mundo ocidental.

As diferenças entre a *common law* e a *civil law*, e principalmente, as características das suas criações nos auxiliam para compreender o atual cenário jurídico por todo o mundo. Hoje vivemos, no mundo ocidental, globalizado, um sistema de direito que mistura características da *common law* com o direito romano germânico, sendo os “*mixes systems*” a maioria dos sistemas pelo planeta, tanto mixando os tradicionais sistemas de direito como também mixando a *common law* e a *civil law* com sistemas específicos, como passaremos a analisar.

2.3 OS SISTEMAS MISTOS COMO A REALIDADE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Após a estruturação dos sistemas de direito mais conhecidos e influentes no mundo (*civil law* e *common law*), importante a análise de como se apresenta o sistema de direito na contemporaneidade. A *civil law* influenciou significativamente quase toda a Europa Ocidental (com exceção da Inglaterra e do país de Gales), toda a América Latina, grande parte da África e da Ásia. A *common law*, em especial o direito inglês, teve forte influencia nos Estados Unidos, na Índia e no Paquistão.

¹⁹ DAVID, René. Op. Cit. Pg. 369

Além dessas duas grandes influências, é importante destacar o quanto outros sistemas são importantes para observarmos um pluralismo no que tange os sistemas de direito nos dias de hoje. O direito muçulmano e o direito calcado nos costumes (*customary laws*) são sistemas que não podem deixar de ser analisados no presente trabalho.

Isso, pois, pesquisas da Universidade de Cambridge sobre o tema apontam que “*maintains that ninety-one legal systems may be categorized as “civil law”, and forty-two are “common law”. However a higher number – ninety-four – are listed as “mixed” systems*”.²⁰ Dentre os países considerados como países em que predomina o sistema misto, a grande maioria é formada por sistemas que abrangem no mínimo um dos dois maiores influentes do mundo (*civil law* e *common law*).

É importante destacar que o termo “mixed systems” já é utilizado desde 1915 através dos estudos e apontamentos de Robert Warden Lee, sendo, desde então, aprofundado e problematizado. Compreender que há outros sistemas de direito influentes no mundo, para além dos dois mais conhecidos, é de extrema importância para sabermos que a leitura ocidental do direito é limitada no espaço e na sua dimensão de atuação. O direito muçulmano, por exemplo, é utilizado de forma híbrida ou pura em quase toda a África e Ásia, o que o torna praticamente dominante no mundo oriental.

Além disso, importante a análise de que outros sistemas são influentes no mundo para compreendermos que estudar os sistemas de direito é estudar um pluralismo dentro da matéria. É compreender que a *civil law* e a *common law* são os sistemas mais aprofundados dentro dos países que nos cercam, mas não são os únicos. Pelo contrário, pode se dizer que há um universo plural de sistemas de direito, que, de forma isolada (cada um atuando sozinho) ou de forma mista preenchem as arquiteturas do direito mundial.²¹

Ademais, é importante destacar que os números trazidos pelo estudo americano supracitado não consideram os países latino americanos, por exemplo, como países cujos sistemas são mistos. O estudo considera os sistemas latino americanos como de *civil law* (com exceções, como é o caso de Porto Rico), porém sabe-se que cada vez mais os sistemas latino americanos são sistemas de *civil law* com fortes elementos de *common law*. Tal “*commonlawização*” do direito latino americano se dá, principalmente, pela forte influência da potência norte-americana no nosso continente. Seja pela sua força bélica, seja pelos

²⁰ PALMER, Vernon Valentine. **Mixed legal systems**. The cambridge companion to comparative law/edited by Mauro Bussani and Ugo Mattei. New York: Cambridge University Press, 2012. Pag. 368.

²¹ PALMER, Vernon Valentine. Op. Cit. Pag. 375.

apadrinhamentos ocorridos nas ditaduras latino-americanas, seja pela forte influência da comunicação norte-americana (mídia em geral).

A mixagem entre os sistemas de direito ocorre também dentro do berço da *civil law* e da *common law*, como explica Palmer:

Today mention of mixed systems is increasingly in vogue in European discussions. It is now not uncommon to hear that English *common law* has become a “mixed” system and, for that matter, that the European Union is a mixed supranational system. These characterizations suggest that *mixité* is becoming an alternative way of describing the effects of legal harmonization on member states and Europe itself. English *law* has absorbed close to twenty EC directives affecting the area of traditional private *law*, and English judges have at times used continental reasoning, including the principles of proportionality and legitimate expectation, the distinction between private *law* and public *law*, the use of teleological and purposive reasoning, and the concept of good faith. In that light the *common law’s mixité* may refer to transformations at a deeper level and by the process different from what the language of transplants can convincingly describe.²²

Hoje em dia, portanto, é a mixagem entre elementos de dois ou mais sistemas de direito que predomina nos países, tanto orientais quanto ocidentais, inclusive dentro do berço do sistema de direito romano germânico quanto na Inglaterra da *common law*. Dentro desse contexto plural, onde os sistemas de direito necessitam obrigatoriamente viver em harmonia, os sistemas dominantes em todos os países acabam por se sobrepor aos sistemas de direito de aplicação minoritária.²³

No Brasil, como referido, o sistema predominante é a *civil Law*, porém, com fortes influências da *common law*, especialmente a partir do aprofundamento do controle de constitucionalidade na década de 1960. A crescente influência da *common Law* no Brasil (e no mundo) é resultado do fortalecimento do poder judiciário a partir da segunda metade do século XX. Assim, a estrutura do sistema de direito influenciou a estrutura dos poderes estatais, assim como a estrutura dos poderes estatais influenciou a reestruturação do sistema de direito.

²² PALMER, Vernon Valentine. Op. Cit. Pag. 376-377

²³ No Brasil temos um exemplo radical dessa pluralidade de sistemas, apesar da sua inaplicabilidade. Além de haver pouquíssimo estudo sobre o sistema de direito indígena, a sobreposição do sistema de direito de *civil law* frente ao sistema indígena quando da aplicação dos direitos pessoais dos indígenas é evidente. Não há uma frequente aplicação, ou melhor, uma omissão na aplicação da *civil law* para fins de priorizar o sistema de direito indígena quando índios estão envolvidos, seja em demandas judiciais, ou ainda na própria aplicação do direito em modo geral. A aplicação do direito penal codificado frente à aplicação do direito penal indígena e ainda a gritante retirada de índios de seus locais de moradia e de rituais culturalmente identificados são dois exemplos da aplicação do sistema de direito predominante em face do sistema de direito *sui generis*, pessoal, que é o indígena. Para além dessa inaplicabilidade dos sistemas de direito pouco influentes em países como no Brasil, importante trazer exemplos como o da Bolívia, onde o sistema de direito indígena é largamente utilizado e considerado, em face, inclusive, do sistema de *civil law*.

Portanto, com o fortalecimento do poder judiciário (no estado) e da common Law (no direito) as decisões judiciais passaram a ter enorme influência dentro do direito, passando inclusive a serem consideradas fontes primárias do direito. Esse fortalecimento do poder judiciário e, portanto, das decisões judiciais precisa ser aprofundado para que compreendamos como essa influência modifica as estruturas de poder, e, principalmente, como poderemos resguardar os princípios constitucionais fundamentais do estado, evitando arbitrariedades por parte desse poder.

O estudo que se passa a realizar busca interligar essa evolução do direito com a evolução do estado democrático de direito, buscando compreender a relação entre o direito, a política, o estado e os seus poderes, para fins de enxergarmos com maior clareza o contexto que estamos colocados, bem como planejarmos e construirmos um futuro que mantenha os princípios constitucionais fundamentais em harmonia.

3 DIREITO, ESTADO E POLÍTICA

3.1 A ESTRUTURA DO DIREITO REFLETINDO NA ESTRUTURA DOS PODERES

Com raízes sólidas no direito romano germânico, o Brasil vem sofrendo influência constante dos instrumentos de *common law*, encaixando o nosso sistema também como um sistema misto. Após anos de predomínio da lei como fonte principal do nosso direito, o sistema de direito brasileiro vem equiparando a lei e a jurisprudência entre as principais fontes do nosso direito, seja pela importação ferramentas de controle de constitucionalidade, seja pela própria valorização dos precedentes através de instrumentos como a súmula vinculante.

Em verdade essa modificação torna-se mais visível a partir do fim da primeira metade do século XX. O mundo romano-germânico começou a ser modificado estruturalmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, com a transição do estado legislativo de direito para o estado constitucional de direito, a partir do qual a constituição federal deixou de ser apenas um documento político para servir como norma jurídica, impondo deveres para a atuação estatal.²⁴

No Brasil, a primeira grande modificação começa a ser percebida com aplicação do controle de constitucionalidade. Já esculpidos na constituição de 1891, o controle de constitucionalidade brasileiro vem ganhando força e sendo incrementado com o passar dos anos. Importando inicialmente o modelo americano de controle de constitucionalidade (controle por via *incidental ou difusa*), o Brasil passa, a partir de 1965 a apresentar também instrumentos de controle por via *principal ou concentrada*,²⁵ aplicando assim, ferramentas de *common law* e de *civil law* no mesmo ordenamento jurídico.

A constituição em vigência traz expressamente a possibilidade do controle de constitucionalidade pela via concentrada ou pela via difusa, apresentando diversas formas de procedimento, como a ADI, a ADI por omissão, a ADPF e a ADC. Para além dessas formas de controle de constitucionalidade, desde 1990 a legislação infraconstitucional vem sofrendo mudanças que visam o fortalecimento dos precedentes enquanto fontes do direito. Tal

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, nº 13, 2009, pag. 71-91.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 86-87

tendência é visivelmente vislumbrada quando da aplicação das súmulas vinculantes, que limitam a atuação judicial ao precedente (súmula) já formado pelo STF.

Porém, a mudança que passamos a analisar na estrutura do direito brasileiro vai muito além da utilização de precedentes como forte fonte primária quando da resolução das demandas judiciais ou ainda para a resolução de conflitos de ordem constitucional. A constituição federal de 1988 foi o grande passo para a mudança estrutural do direito, que também envolve a mudança estrutural do estado. Essa mudança se deu de forma institucional, momento em que ao poder judiciário foi transferido o poder para resolver os conflitos de todas as ordens, sendo eles constitucionais ou não, reiterando ainda a estrutura de controle de constitucionalidade de forma difusa e concentrada. Em verdade, ao poder judiciário foi repassado o poder para decidir as questões importantes e controversas da vida em sociedade, transferindo dos poderes políticos, o poder de resolução dos debates jurídicos de qualquer natureza.

Atualmente vivemos em um país onde as decisões judiciais tem mais força do que a lei e do que a própria atuação administrativa do poder executivo. A força normativa da lei é dada pelo poder judiciário, que ao interpretar a constituição e a legislação infraconstitucional opta por uma linha de interpretação que vai ao encontro das suas próprias vontades.

As mudanças na estrutura do nosso direito refletiram claramente na correlação de forças entre os nossos poderes. Seria uma falácia afirmar que os pesos e contrapesos existentes entre os nossos três poderes são perfeitamente equilibrados. Essa ficção é claramente desmontada quando se faz uma breve análise da conjuntura que vivemos. Em certos momentos históricos essa balança acaba pesando para um lado ou para o outro. E, nitidamente, hoje, no Brasil, vivemos um estado onde o poder judiciário acaba por predominar dentro da nossa estrutura de estado e de direito.

A correlação de forças dentro da nossa estrutural estatal, portanto, foi gradativamente sendo modificada a partir da mudança da nossa estrutura de direito. Com as mudanças do nosso sistema de direito, mudou também a nossa concepção de fins e funções do próprio estado, alcançando um ponto onde o direito, e muitas vezes a política, são definidos pelo poder judiciário. E essa mudança de paradigma se dá tanto pela construção técnica que vem se aprofundando sobre o estado e o direito dentro do próprio poder judiciário e dentro da comunidade jurídica, mas principalmente pela falta de legitimidade do poder legislativo e pela própria inércia do poder executivo.

Analisando a realidade, percebe-se que o poder judiciário ainda é o poder estatal com mais credibilidade dentro da sociedade. Seja pela noção geral de que o poder judiciário

promove justiça, o que não é verdade, afinal o fim do judiciário é a resolução das lides e a pacificação social, e não alcançar a justiça. Seja pela evolução também da técnica do direito, da valorização da hermenêutica aplicada no caso concreto, seja ainda pelo poder autoconcedido através da potencialização da decisão judicial frente à lei e frente aos atos executivos.

O legislativo não corresponde às necessidades sociais. Sequestrado pelo capital, o poder legislativo levanta pautas que não são as pautas dos seus representados, colocando em cheque a sua capacidade de representação e atuando em prol de seus interesses e dos interesses daqueles que o financiaram.

O poder executivo, outrora vitorioso na conquista de consensos, seja dentro do governo, seja no parlamento, seja no próprio debate social, hoje passa por uma crise que extrapola os seus próprios limites de poder. Amordaçado pelo legislativo omissivo e golpista, fruto das concessões feitas em troca de poder (e não buscando a concretização de um projeto político) e pela necessidade de governabilidade que o presidencialismo de coalisão impõe, acaba não conseguindo sequer aplicar as suas políticas, sejam elas sociais, neoliberais, desenvolvimentistas. O executivo encontra-se engessado e sufocado.

Nesse contexto crescente de perda de poder do legislativo e do executivo, alinhado com uma estrutura de direito que permite ao poder judiciário crescer dentro da hierarquia estatal, o Brasil precisa pensar, necessariamente, a concretização de ferramentas que controlem melhor os atos do poder judiciário, sob pena de passarmos para uma “ditadura da caneta”, onde aqueles que detêm o poder de decidir os casos concretos acabem por decidir também os rumos do país pelas suas próprias convicções.

Essa supervalorização do poder judiciário apresenta facetas prejudiciais à manutenção do estado democrático de direito, pois, muitas vezes, extrapulam os limites do próprio poder, avançando em competências, fins e funções que não são próprias do poder judiciário.

Nesse sentido, buscaremos aprofundar a temática dos fins e funções do estado, com ênfase nos limites do poder judiciário, para, posteriormente tratarmos das problemáticas contemporâneas que abrangem esse poder, buscando encontrar um equilíbrio entre a responsabilidade do judiciário frente as demandas sociais e a necessidade de manter a aplicação da legislação e do direito dentro dos limites de competência desse poder.

3.2 CONCEITUANDO E ESCLARECENDO OS FINS E FUNÇÕES DO ESTADO

No capítulo anterior analisamos e desmembramos as duas principais estruturas do direito contemporâneo, o direito romano germânico e a *common law*, bem como concluímos que atualmente o pluralismo de estruturas de direito é a regra em face da aplicação isolada de um só sistema de direito. Não há mais país que aplica de forma pura a *civil law*, ou a *common law*, ou ainda o direito muçulmano. Atualmente a mixagem predomina no mundo contemporâneo.

Concluimos, ainda, que o Brasil é um país com origens no sistema romano germânico, porém com fortes traços de *common law*, principalmente a partir da segunda metade do século XX com a importação de ferramentas de controle de constitucionalidade. Dentro desse sistema híbrido, ou, desse “*mixed system*” é que partimos para a leitura e aprofundamento da estrutura do estado brasileiro, focado nos fins e funções dos poderes estatais, em especial leitura aos limites de atuação do poder judiciário.

Na essência o estado visa garantir o bem comum das pessoas que nele habitam. Tal utopia é tão antiga que o bem comum como fim supremo do estado pode ser vista nas leituras de Platão e Aristóteles, por exemplo. Utilizando de termos menos abstratos como “cidades” e “cidadão” a conclusão que se origina dessas leituras é de que realmente o estado, a comunidade, as cidades tem como fim garantir o bem comum para as pessoas, cidadãos, povo.

A partir desse fim abstrato do estado, partimos para uma análise de quais são as ferramentas necessárias para alcançarmos esse fim, e conseqüentemente, quais são as funções e os próprios fins de cada uma dessas ferramentas.

Montesquieu, ao apresentar a teoria da tripartição dos poderes, apresenta três ferramentas que, ao se unirem, compõe a máquina estatal: o poder judiciário, o poder legislativo e o poder executivo. Tal formatação do estado é utilizada em grande parte dos países ocidentais, entre eles o Brasil. Tal formatação do estado contém suas peculiaridades, seus objetivos e suas práticas. Porém, dentro de cada estrutura do estado há elementos políticos e jurídicos, que, e somente se, unidos, preenchem as lacunas e dão as respostas necessárias para os questionamentos práticos da vida em sociedade.

Não há, portanto, como analisar o estado somente através da política, assim como não há somente elementos jurídicos que o compõe. A política e o direito caminham de mãos dadas como bem afirma Carlos Eduardo Dieder Reverbel:

Bons arranjos institucionais, voltados aos fins e funções do Estado, ajudam a construir este campo de bem viver em conjunto. Assim, pode-se concluir certa precedência da Política sobre o Direito. Aquele organiza esta. As leis conformam comportamentos, organizam e controlam as instituições.²⁶ [...]

O Estado de direito puro e o Estado político-administrativo são, no fundo, tipos ideais de Estado e nunca encontrarão realização integral. Em verdade cada vez mais se desenvolvem questões juspolíticas e político-jurídicas. Cada campo (direito e política) possui a sua autonomia; mas faz parte da autonomia, uma forma de interdependência. Os campos não são bastantes em si mesmos. Necessitam de complementariedade, de auxílio, reciprocidade. Alias, quanto mais relevantes forem as questões, mais imbricados estarão o campo jurídico e político.²⁷

A política e o direito estão, portanto, em verdadeira cooperação, onde um complementa o outro, fazendo possível a concretização do estado democrático de direito. O estudo dos fins e funções do estado necessariamente passa pela compreensão de que direito e política estão em plena aplicação, sendo que tal afirmação é de extrema importância quando passamos a analisar o comportamento do poder judiciário (poder que outrora era compreendido como estritamente jurídico) dentro do estado democrático de direito.²⁸

Acreditar que o direito é plenamente separado da política e que o juiz é um ser imparcial e apolítico, livre de influências externas e que as decisões, pairam apenas no campo do formalismo jurídico acaba por criar uma conclusão que difere da realidade. A realidade é diversa e é sobre ela que devemos sobrepor nossos esforços com o objetivo de aprofundar as problemáticas jurídicas.

Direito é, certamente, diferente de política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa. Do ponto de vista da teoria jurídica, tem escassa adesão, nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e a aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfrutam de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois lhe cabem dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa supremacia judicial quanto à determinação do que é o direito envolve, por evidente,

²⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. Pag. 21

²⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Op. Cit. Pag. 28

²⁸ Importante destacar que a teoria tradicional do direito apresenta o direito e a política como conceitos que não se confundem, e de aplicação necessariamente separada. “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.” Barroso, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, nº 13, 2009, pag. 71-91.

o exercício do poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática.²⁹

A constituição é a carta política resultado da congregação dos mínimos consensos. Apesar de ampla, a constituição federal de 1988 apresenta bem delimitada a estrutura estatal pretendida. No campo das atribuições políticas, Executivo e legislativo se diferenciam do Judiciário ao passo em que esse tem nítida atribuição fundamentalmente técnica.

O legislativo cria o direito positivado (além de fiscalizar o governo e a administração pública) enquanto o executivo (brasileiro) além de chefiar o governo e o estado tem influência também no processo legislativo (pela iniciativa, sanção ou veto). O poder judiciário, por sua vez, decide o caso concreto calcado nas soluções abstratas previstas na legislação constitucional e infraconstitucional.³⁰

Para além de fazermos parte de um direito que nasceu do direito romano germânico, e, que, portanto, tem na lei a sua fonte de direito principal, é a função legislativa o fio condutor das demais funções e fins do estado.

Mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em tese – isto é, de discussão acerca da validade abstrata da lei -, o judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição sobre a decisão política majoritária do Legislativo³¹

Destaca-se, novamente, o grau de amplitude da nossa constituição, possibilitando a interpretação constitucional em diversas faces, inclusive, antagônicas. A legislação, portanto, serve como base da aplicação, execução e interpretação do direito, tendo sua função relevância primeira dentre as demais funções estatais. *“A função legislativa na teoria dos fins e funções do estado, adquire tamanha importância, que as demais funções do Estado, se a ela não se subordinam, sobre ela se debruçam”*.³²

No ponto, porém, resta importante que se amplie o conceito acerca da possível antítese existente entre produção/criação do direito e a execução/aplicação do mesmo. A lei não é apenas a criação do direito, assim como o ato do executivo não é apenas uma forma da sua execução, bem como a decisão judicial não é apenas a aplicação do direito abstrato no caso concreto.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 385

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, nº 13, 2009, pag. 71-91.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 381

³² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Op. Cit. Pag. 43

O direito é criação e executado no mesmo ato jurídico assim como é produzido e aplicado também em um mesmo ato. Isso, pois, dentro do ordenamento jurídico há uma constituição que serve como base para a aplicação do direito, seja através da criação de leis, ou execução das normas pelo executivo. A lei criada, é portanto, a criação do direito e a aplicação da constituição federal, que determina a regulamentação de matéria por ela não prevista. A decisão judicial é a aplicação do direito ao mesmo tempo que é criação do direito, pois o ato de interpretação do direito é um ato de criação do direito. Assim, importante saltar aos nossos olhos que todo e qualquer ato jurídico, por ser resultado de uma interpretação jurídica é ao mesmo tempo aplicação do direito como criação do mesmo, razão pela qual não há como se apresentar uma única aplicação possível do direito em determinada situação, pois a criação do direito é ilimitada.³³

Nesse sentido, importante detalhar as funções do poder judiciário tendo em vista que o mesmo se apresenta dentro do sistema de direito brasileiro com facetas de aplicação, interpretação, criação e controle constitucional. Como fim último, o tribunal constitucional tem a função de controlar a criação legislativa, devendo tal criação estar sempre em harmonia com as normas constitucionais. Nos fins intermediários, o poder judiciário tem a responsabilidade de executar as decisões anteriormente tomadas pelo parlamento, através da aplicação concreta da legislação. E, nos fins próximos, o judiciário tem o dever de solucionar as demandas judiciais dando “previsibilidade, certeza, duração e força executiva aos anseios e desejos da sociedade”.³⁴

O fim almejado para o poder judiciário, portanto, é a solução das demandas judiciais através da sua função jurisdicional, atuando no controle de leis e atos administrativos.

O modelo tradicional afirma que ao decidir uma controvérsia, o dever-ser determina que o juízo aplique a norma apenas aflorando os sentidos nela contidos, de maneira técnica declarando o resultado já previsto, não efetuando qualquer forma de criação jurídica, suscetível de qualquer intervenção para além do direito, de forma alguma aplicando princípios ou conhecimento político.³⁵

Ocorre que solucionar os casos concretos não é tão simples. A complexidade moral que envolve a pluralidade de ideias e crenças presentes na nossa sociedade bem como ao fato de *cláusulas constitucionais* muitas vezes terem significados abrangentes, dão margem a

³³ KELSEN, Hans. Op. Cit. Pag. 108

³⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Op. Cit. Pag. 44

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, nº 13, 2009, pag. 71-91.

construções hermenêuticas distintas, diferentes e, inclusive, contraditórias de acordo com o pré conceito de cada intérprete.³⁶

Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.³⁷

Tal complexidade na decisão judicial e nos atos do poder judiciário se dá principalmente quando a lide a ser resolvida envolve a validade ou não de atos estatais dos entes políticos (legislativo e executivo). Isso, pois, nesses casos, a decisão judicial que invalidará um ato estatal dos poderes políticos terá uma natureza contramajoritária por opor-se à decisão dos representantes majoritários do povo.

A crítica também atua no campo institucional, onde há fortes questionamentos acerca da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos das decisões judiciais, onde, no primeiro a interrogação se dá sobre a capacidade técnica do judiciário decidir certas matérias, que não lhe são de pleno conhecimento; quando no segundo a observação se dá na amplitude da solução judicial, vez que o judiciário normalmente está apto para solucionar o caso concreto, e por vezes não detém condições técnicas de avaliar o seu impacto sobre uma área social, econômica ou política.³⁸

Por fim, cabe longa crítica quanto ao mérito em si. De um lado a crítica cabe quanto à restrição do debate, uma vez que, apesar de teoricamente a constituição apresentar como princípio fundamental o acesso à justiça (Art. 5º, XXXV)³⁹, a sua manutenção e o debate judicial restringe-se aos atores que nele atuam; do outro o a judicialização da política traz para dentro dos tribunais (locais que deveriam ser norteados pela razão) o debate político (por vezes irracional).

A decisão judicial que envolve o preenchimento da lacuna legislativa ou ainda da omissão executiva, bem como a decisão judicial que contrapõe princípios constitucionais acaba por ser uma decisão que merece aprofundamento para que não passe a ser uma decisão arbitrária que represente apenas os interesses e concepções pessoais dos julgadores.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 387

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 387

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 374-375

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Nesse ponto, reside a crítica que passamos a realizar a partir de agora, no sentido de aprofundar o “perigo” da ampla judicialização da política, que resulta na possibilidade do ativismo judicial amplo e irrestrito.

Necessário, portanto, aprofundarmos a forma com que o poder judiciário cumpre esse papel que lhe é destinado, lembrando e observando que são pessoas que a compõe, que são pessoas que ao interpretar o direito, decidem.

3.3 A CRESCENTE INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E OS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL

Barroso apresenta três grandes vetores para representar o crescimento da influência do judiciário. Primeiro, “o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas”.⁴⁰ A segunda razão seria o descrédito da política majoritária, “em razão da crise de representatividade e da funcionalidade dos parlamentos em geral”.⁴¹ O terceiro momento ainda seria a preferência dos *atores políticos* em passar o poder dos atos decisórios sobre questões controvertidas para essa esfera de poder, evitando *desacordos morais* e o seu próprio desgaste.

O Brasil, ainda, apresenta o modelo de *constitucionalização analítica e abrangente* e o *sistema de controle de constitucionalidade* vigente, que combina o controle difuso e concentrado em um mesmo modelo, como fatores que aprofundam a judicialização no país.⁴²

Tendo em vista que a judicialização da política é uma crescente dentro do sistema de direito brasileiro, necessário compreender de que formas essa judicialização se dá; a forma com que a política está sendo pautada pelo poder judiciário; o ativismo judicial como consequência da judicialização da política; e principalmente de que forma podemos limitar o poder judiciário para fins de evitar arbitrariedades.

Primeiramente, traçaremos uma diferenciação entre a judicialização da política e o ativismo judicial para melhor compreensão dos limites (ou a falta de limites) do poder judiciário nos dias de hoje.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 368

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 368

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 369

A judicialização da política vai ao encontro do que estamos trabalhando até agora: da manifesta crescente do poder judiciário dentro da correlação de forças estatais. O deslocamento contínuo do poder de decisão política e jurídica do Executivo e do Legislativo para o poder judiciário é a natural consequência da passagem do estado social para o estado democrático de direito.⁴³ A judicialização da política é nada mais do que a percepção e da análise da atual conjuntura, que apresenta o poder judiciário com o poder de decisão daquilo que é jurídico e, inclusive, daquilo que é político.

De forma sintetizada afirma Barroso que

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo⁴⁴

Tal fenômeno é consequência da constitucionalização do pós-II Guerra, da (re)democratização e do fortalecimento do controle de constitucionalidade (tanto o difuso quanto o concentrado). Dentro do contexto do segundo pós-guerra, após a experiência negativa do nazi-fascismo que fez com que se passasse à justiça constitucional a guarda da vontade da sociedade, houve, portanto, o efetivo deslocamento do polo de tensão dos poderes políticos (legislativo e executivo) para o poder judiciário, buscando com essa mudança, a realização concreta das promessas da modernidade.⁴⁵ A importância dada ao poder judiciário é que cria o conceito de judicialização da política. A judicialização da política nada mais é do que o diagnóstico do atual enquadramento do judiciário na realidade sistêmica brasileira e mundial.

É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa).⁴⁶

A judicialização da política, portanto, independe da atuação do poder judiciário e não tem ele a autonomia para modifica-la. A judicialização é uma questão social que representa

⁴³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Pg. 31

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 366

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. 151

⁴⁶ TASSINARI, Clarissa. Op. Cit. Pg. 32

apenas o contexto do nosso sistema de direito. Ocorre que, mesmo sendo esse um fenômeno social, que passa ao judiciário uma responsabilidade e um poder antes inexistente, torna necessária a crítica acerca dos seus limites.

A judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.⁴⁷

Em consequência da judicialização da política temos então a possibilidade do ativismo judicial. Ao ser remetido ao poder judiciário a possibilidade de se analisar toda e qualquer controvérsia jurídica, o judiciário passa a deter o poder de revisar os atos do executivo, analisar as leis do legislativo e, principalmente, decidir pela execução de alguns atos e pela regulamentação de algumas matérias antes inexistentes. Assim, o ativismo judicial pode ser conceituado como o poder judiciário atuando na revisão da constitucionalidade das leis de forma cada vez mais ampla, algumas vezes, inclusive, regulamentando leis e tapando lacunas legislativas com leis preexistentes, por exemplo. Ou, ainda, na sua faceta mais contemporânea, passando por cima do que já está legislado para aplicar interpretações que são resultado das suas próprias convicções e dos seus próprios interesses.

A expressão ativismo judicial foi amplamente difundida pela ocorrência de um período histórico (1954 – 1973) em que a Suprema Corte Americana revolucionou as relações sociais nos Estados Unidos através de importantes decisões judiciais progressistas, como é o caso da ilegitimidade da segregação racial em escolas (*Brown vs Board of Education*, 1954) e o reconhecimento dos direitos de igualdade às mulheres (*Richardson vs Frontiero*, 1973), entre tantas outras. Em reação a essa investida progressista, a parcela conservadora dos Estados Unidos nomeou essas ações como ativismo judicial, diminuindo, negatizando e conceituando tais atos como irregular exercício do poder judiciário.⁴⁸

Dentro desse contexto em que o ativismo judicial passou a ser pautado pela comunidade jurídica e pela própria sociedade civil, sobrevieram importantes opiniões e teorias, dentre elas a do jurista norte-americano Ronald Dworkin.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 369

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 370

Dworkin, em *levando os direitos a sério*, publicado originalmente em 1977/1978, analisa a situação anos após o início do debate acerca desse fenômeno⁴⁹. Primeiramente, como já conceituado o ativismo judicial, resta importante destacar que, em contraposição ao ativismo judicial estaria, para o jurista, a teoria da moderação como possível teoria de interpretação quando da aplicação do direito em decisões judiciais que tratam de temas até então não legislados. Tais teorias poderiam ser colocadas em prática quando da apreciação pela Suprema Corte de *clausulas constitucionais vagas*.

A teoria da moderação⁵⁰, nas palavras do próprio Dworkin é assim conceituada:

Os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes tem dos princípios exigidos, pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais as decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.⁵¹

Com evidente compreensão da possibilidade de se apresentar o ativismo judicial como solução para injustiças cometidas por legisladores (em verdadeira atuação contramajoritária), Dworkin conclui que uma Suprema Corte compromissada pela imperativa defesa da moral, da justiça e da democracia tem o dever de preencher as lacunas constitucionais para fins de garantir direitos fundamentais.

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.⁵²

⁴⁹ Após os julgamentos dos casos acima descritos – com especial referência ao período da *corte Warren (1953-1969)* -, os Estados Unidos elegeram Richard Nixon para presidente. Nixon tinha fortes restrições ao ativismo judicial, uma vez que tinha tendências conservadoras, fazendo clara oposição às decisões proferidas pela corte. Nixon afirmava – e colocou em prática - que nomearia apenas ministros que julgariam os processos em estrita concordância com o que está disposto na lei – *strict constructionists*. Dworkin, portanto, analisa o ativismo judicial após os julgamentos históricos realizados pela suprema corte, bem como após a renúncia do presidente Nixon, em 1973.

⁵⁰ Barroso denomina tal modo de conduta como Auto-contenção judicial. “O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.” BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, nº 13, 2009, pag. 71-91.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3º Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pg. 216

⁵² DWORKIN, Ronal. Op. Cit. 231

Apesar de apresentar a possibilidade da Suprema Corte em atuar preenchendo as *cláusulas constitucionais vagas*, Dworkin alerta para o fato de que sempre existirão críticas às decisões judiciais, sejam elas ativistas ou defensores da moderação. Em verdade o conteúdo da decisão agrada ou não dependendo de quem estará a realizar a análise do caso concreto, razão pela qual não há decisão certa ou decisão errada, mas, deve a comunidade jurídica preocupar-se em diminuir o risco do possível erro grosseiro, buscando limitar a atuação do judiciário.

Na linha do que afirmou Dworkin, muitas vezes é necessário o ativismo judicial para que o país possa avançar em muitas questões até então omitidas pelo legislativo e pelo executivo, “regulamentando” lacuna legislativa até então existente, ou determinando a execução de atos esquecidos pelo executivo, cobrindo e amparando direitos até então inexistentes, como se deu no nascimento desse fenômeno acima descrito. O judiciário, portanto, cumpre com as suas responsabilidades enquanto partícipe do estado democrático de direito.

A problemática envolvendo o tema paira sobre o campo do excesso. O ativismo, em excesso, extrapola a responsabilidade e a necessidade, passando para o campo do ativismo apenas para cumprir com vontades, teorias e interesses do próprio poder judiciário, dos próprios juízes, desembargadores e ministros. Esse limiar é que distingue o fenômeno do ativismo enquanto algo necessário e possível ou não. É essa linha tênue que divide o excesso do correto que precisa ser melhor aprofundado para que evitemos arbitrariedades e lesões do estado democrático de direito.

A grande diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, portanto, paira sobre o campo da vontade. A judicialização da política é resultado de determinado contexto social, que acaba se insurgindo pela “insuficiência dos demais poderes [...] independente da postura de juízes e tribunais”.⁵³ Já o ativismo judicial decorre de atos do próprio poder judiciário, que, detentor da supremacia, assume competências que não lhe são investidas, superando os limites constitucionais que lhe são aplicáveis.

O ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorrente da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em

⁵³ TASSINARI, Clarissa. Op. Cit. Pg. 36-37

observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.⁵⁴

Nas palavras de Luiz Roberto Barroso:

a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios⁵⁵

O ativismo judicial no Brasil, por exemplo, se apresenta “em situações de retração do Poder Legislativo, de certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”⁵⁶

Na linha do que afirma Lenio Streck no sentido de que não há ilusão possível que conclua no sentido de haver somente bons ativismos ou bons ativistas⁵⁷, o judiciário vem colocando em prática tal observação. Apesar de alguns exemplos de avanço através de decisões judiciais regulamentadoras de direitos, ditas ativistas, como é o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos⁵⁸, a liberação do aborto nos casos de fetos anencéfalos⁵⁹, no caso do reconhecimento da união estável de casais do mesmo sexo⁶⁰ e na vedação ao nepotismo⁶¹, todas advindas do STF, o ativismo judicial abre margem para decisões que contrariem inclusive preceitos constitucionais. O STF em 17/02/2016 decidiu admitir que os réus condenados em segunda instância da Justiça comecem a cumprir pena de prisão em verdadeira afronta ao que dispõe o Art. 5º, LVII da Constituição Federal. Ou seja, não só não preencheu lacuna constitucional como julgou contrariando a própria norma constitucional.

Ademais, os recentes fatos da política nacional podem também ser enquadrados como ativismos judiciais, uma vez que exacerbam as competências do poder judiciário. A liberação das escutas telefônicas entre a presidente da república e o ex-presidente Lula; a liberação de escutas telefônicas que não detinham conteúdo atinente à investigação; o grampo nos telefones de 25 advogados; são claros exemplos de ativismo judicial. E, ao serem realizados

⁵⁴ TASSINARI, Clarissa. Op. Cit. Pg. 56

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 371

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 372

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. Pg. 122

⁵⁸ MI 708. Decisão de 19/09/2007

⁵⁹ ADPF 54/DF. Decisão de 12/04/2012

⁶⁰ ADI 4277 e ADPF 132. Decisão de 04/05/2011

⁶¹ Súmula Vinculante 13

por um juiz de primeira instância, acaba demonstrando que o ativismo judicial que outrora era um fenômeno apenas observado na corte suprema, ocorre, nos mais diversos casos, em todas as colunas do poder judiciário.

Nesse sentido, portanto, que devemos tirar o véu da ignorância que nos cobre, trazendo à luz a verdadeira faceta do judiciário. Judiciário, esse, que, através do ativismo judicial, representa nas decisões judiciais os seus próprios interesses.

Se não houver, portanto, algum controle das decisões judiciais, ficaremos ao livre arbítrio do interesse do judiciário. Porém, só poderemos trabalhar em ferramentas que controlem o poder judiciário quando ficar claro para toda a sociedade que não existe judiciário neutro ou imparcial. O juiz é um ser humano e, portanto, impossível que se retire dele sua memória, seus conceitos e preconceitos, sua consciência e sua subconsciência, ou ainda, seu conhecimento específico em uma área e desconhecimento amplo em outra. A interpretação que resultará na decisão judicial, portanto, caminha no mesmo sentido dos interesses e conceitos já adquiridos pelo juízo, sendo impossível a sua dissociação.

4 DECISÃO JUDICIAL, ATO DE VONTADE E NEUTRALIDADE

Afirmar hoje que não há neutralidade na interpretação jurídica é o resultado de uma construção teórica que vem sendo realizada com o transcorrer da história, e, para tanto, importante a sua dissecação.

O período jusnaturalista, corrente filosófica que acompanhou o direito por séculos se deu em duas grandes linhas. Após a superação da fase em que o (i) direito estava intrinsecamente ligada à religião – igreja católica –, na Idade Médica, iniciou-se a (ii) fase moderna a partir do Século XVI, com ênfase na natureza e na razão humana. A partir da criação do estado liberal, das primeiras linhas constitucionais, com a efetivação da Declaração de Independência dos Estados Unidos, bem como da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da sua incorporação com os ideais contratualistas e codificadores, o jusnaturalismo racionalista chega ao seu apogeu... ao passo em que também alcança sua superação.⁶²

A identificação do direito natural com a lei, e sua incorporação aos ordenamentos jurídicos, faz nascer assim o positivismo, que nada mais é do que a crença no direito como a letra fria da lei. O positivismo jurídico, portanto, apresenta tese em que a ciência jurídica resta como único conhecimento verdadeiro, e tem como característica principal sua objetividade.

Com seu apogeu nas primeiras décadas do século XX, o positivismo jurídico distanciou como nunca a norma (vista não como norma, mas como o direito em sua plenitude) dos valores, da moral e da ética, onde temas como legitimidade e justiça não tinham vez.

Porém, com a sua aplicação radical através do fascismo e do nazismo, e conseqüentemente, com os resultados historicamente conhecidos, o positivismo caiu em descrédito, surgindo assim, após a segunda guerra mundial, o pós-positivismo.

Surgido após o caos jurídico-político implementado pelos governos totalitários (alemão e italiano) durante a segunda guerra mundial, o pós-positivismo vem para encontrar racionalidade dentro dos ideais positivistas, sem necessitar retornar aos ideais jusnaturalistas. O pós-positivismo, traz uma nova ideia em que não só a norma regrada reflete o direito, mas também os princípios têm vez e voz nas interpretações jurídicas.

O pós-positivismo ainda é uma teoria filosófico-jurídica em construção. Não há ainda um conceito fechado acerca do que vem a ser o pós-positivismo. Porém, muitos foram os avanços apresentados pelo ideal pós-positivista, e a teoria crítica do direito tem papel

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada** - 7ª Edição revisada - São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 320-321.

fundamental nessa nova tentativa de conceituação (encaixe) de qual seria a teoria aplicada hoje no mundo jurídico.

Há, nesse ponto, duas importantes características que ajudam a compreender o direito contemporâneo: a derrocada do discurso da neutralidade e o fortalecimento dos princípios no sistema jurídico.

O primeiro traz a tona uma das grandes inverdades reproduzidas pelos pensadores do sistema jurídico: a afirmação de que o direito é neutro.

Fazem parte do conceito de neutralidade, segundo Barroso, “a *imparcialidade* – ausência de interesse imediato na questão – e a *impessoalidade* – atuação pelo bem comum, e não o favorecimento de alguém.” Porém, a neutralidade, apesar de teoricamente ser possível, necessita que o intérprete seja indiferente com o produto do seu trabalho, o que é impossível. Para isso, o interprete das normas jurídicas, do caso concreto, necessita desfazer-se das suas próprias crenças, da sua visão de mundo, da sua memória, dos seus sentidos e do seu senso de justiça. Portanto, a neutralidade do intérprete resta impossível na medida em que ninguém apaga seu passado, seu conhecimento e seu inconsciente quando da necessidade de chegar em uma conclusão após a interpretação do binômio direito-realidade.

Sob a ótica estatal, a neutralidade veste uma roupa ainda mais perigosa: a da manutenção do *status quo*.

Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições do poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso à informação, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, frequentemente, nada têm de justas.⁶³

Nesse sentido, resta evidente que o direito, seja ele fruto da atuação estatal (atuação governamental, jurisprudência ou criação de leis), seja ele resultado da conclusão do intérprete, não é neutro e, mesmo que fosse, sua neutralidade sequer deve ser uma utopia a ser seguida, pois, a neutralidade não surge como instrumento de modificação do status quo, a fim de resultar em avanços nos direitos sociais, na efetivação dos princípios (em especial os princípios da igualdade e liberdade). A neutralidade, sempre serviu, e continuará servindo para manter as relações de poder como elas se estão.

Conclui-se, portanto, afirmando que o resultado da interpretação do direito com certeza se dá a partir da análise ideológica do intérprete. Isso se dá, pois, o intérprete, ao

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada** - 7ª Edição revisada - São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 293.

realizar a conclusão do seu raciocínio jurídico, ao se deparar com princípios antagônicos, por exemplo, acaba optando por caminhos na busca uma solução. Ou seja, o intérprete, utilizando-se da sua carga de conhecimento e da sua ideologia (posição) apresenta sua solução como lhe convém.

O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Esses valores integram o sistema-jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, e uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.⁶⁴

Dando seguimento ao raciocínio, evidenciando a importância desse ponto... se a ponderação entre princípios e regras será dada pelo intérprete, e esse, não é neutro, resta óbvio que o resultado dessa ponderação será a escolha que lhe couber.

Tal inexistência de neutralidade se dá quando da interpretação e aplicação do direito pelo poder judiciário, legislativo e executivo. Porém, há somente um poder que ainda vemos afirmações no sentido de que pode ele ser neutro, em razão da técnica: o poder judiciário.

A técnica jurídica não comporta neutralidades. A hermenêutica não possibilita neutralidades. A aplicação do direito no caso concreto não permite neutralidades. A interpretação e aplicação do direito pelo juiz se dão em virtude da sua concepção de justiça, moral, ética, direito, estado, pessoas, processo e etc. O juiz aplica o direito através da conclusão em que chegou após escolher caminhos, primar por certos princípios e (des)considerar algumas regras.

Esse é o ponto de vista professado por movimentos teóricos de expressão, como o realismo jurídico, a teoria crítica e boa parte das ciências sociais contemporâneas. Todos eles procuram descrever o mundo jurídico e as decisões judiciais como são, e não como deveriam ser. Afirmam, assim, que a crença na objetividade do direito e a existência de soluções prontas no ordenamento jurídico não passam de mitos. Não é verdade que o direito seja um sistema de regras e de princípios harmônicos, de onde o juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas. Essa é a fantasia do formalismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica/ são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Todo caso *difícil* poder ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será,

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada** - 7ª Edição revisada - São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 340.

em última análise, aquela que melhor atenda a suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência do que está fazendo.⁶⁵

A decisão, portanto, é um ato de vontade, resultado de uma aplicação da subconsciência e da consciência do próprio juiz, que, no caso concreto, representa o intérprete o direito.

4.1 A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO DE VONTADE

Dentro de um contexto de aprofundamento da judicialização da política em que o judiciário passa por um fortalecimento enquanto poder estatal, o ativismo judicial vai ao centro do debate quando visualizamos certas decisões que extrapolam o limite do referido poder. As críticas ao ativismo judicial, portanto, são resultado do raciocínio que apresenta a escolha hermenêutica como ato de vontade do juiz, fazendo com que esse ato de vontade represente um excesso de competência do judiciário, avançando na competência exclusiva do legislativo ou do executivo, e, assim, enfraquecendo o estado democrático de direito e a democracia em si.

Para Kelsen, a interpretação jurídica é, metaforicamente, como a escolha de uma possibilidade de resultado dentro de uma moldura, que, portanto, pressupõe limites. O resultado da interpretação jurídica é a escolha de uma possibilidade dentre todas as possibilidades possíveis, desde que tenham fundamento jurídico e estejam dentro dos limites possíveis para tanto.⁶⁶

Dessa forma

A necessidade de uma “interpretação” acontece exatamente porque a norma a ser aplicada ou o sistema de normas deixa abertas inúmeras possibilidades, o que quer dizer que não contém nenhuma resolução sobre qual dos interesses em jogo é o mais alto; essa decisão, essa determinação de hierarquia dos interesses é muito mais um ato de produção normativa – permite, por exemplo, uma sentença judicial justa.⁶⁷

⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, nº 13, 2009, pag. 71-91.

⁶⁶ KELSEN, Hans. Op. Cit. Pag. 116

⁶⁷ KELSEN, Hans. Op. Cit. Pag. 118

Como a decisão judicial é o resultado da hermenêutica jurídica, e a interpretação jurídica é ato de vontade (escolha da “melhor ou mais correta” interpretação dentre as possíveis), a decisão judicial passa a ser um verdadeiro ato de vontade do juiz (ou tribunal) utilizando as suas pré-compreensões acerca da matéria em julgamento.

O ato de vontade no sentido extremo através dos “*hard cases*”, que são os casos concretos em que há colisão de direitos fundamentais com princípios constitucionais, pois, mesmo que devendo argumentar tecnicamente a sua escolha, o intérprete (judiciário) definirá o resultado conforme a sua compreensão do direito de forma abstrata, trazendo ao caso concreto a aplicação que entende como correta.

Contribui de Luís Roberto Barroso dissolvendo a questão da interpretação

*A interpretação é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade do fato.*⁶⁸

Cabe ainda determinar que no âmbito da interpretação constitucional existe um terceiro conceito denominado de *construção*. A construção distingue-se da interpretação, pois tal busca alcançar situações que não foram expressamente apresentadas no texto legal, ou ainda, para além de fatores que nele não foram considerados. “A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”.⁶⁹

No campo da origem da interpretação constitucional, existem cinco importantes categorias: doutrinária, autêntica, legislativa, judicial e administrativa. Destaca-se, desde já, que a interpretação constitucional se dá nas três esferas de poder, porém, no presente trabalho, iremos focar na interpretação judicial, realizada pelo Poder Judiciário, observando desde já que resta quase impossível dissociar as aplicações constitucionais entre as três esferas, uma vez que as mesmas intrinsecamente estão interligadas.

Importante destacar desde já que a problemática acerca da decisão judicial ser ato de vontade do juiz não se dá apenas no direito brasileiro, mas em suma no direito mundial. Isso, porque, a judicialização da política e do ativismo judicial é uma realidade mundial, não se restringindo apenas no caso brasileiro.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada** - 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada** - 7ª Edição revisada - São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 108

Peter Häberle, ao apresentar a tese da hermenêutica constitucional aberta, onde os diversos setores da sociedade devem colaborar e realizar a interpretação constitucional afirma, inclusive, que o “*juiz não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente*”.⁷⁰

Porém, a “*atualização política*” que deve guiar a interpretação dos juízes e tribunais não, necessariamente, representa a interpretação pluralista defendida por Häberle. A contribuição do autor é relevantíssima, mas, infelizmente, não é a prática dentro das cortes. A interpretação do juiz e dos tribunais representa, em verdade, a atualização política, o ideal, o conceito de ética e justiça do detentor do poder de decidir. Por vezes a decisão judicial passa por uma concessão do juízo por pressões pessoais ou por clamores sociais, mas nada disso será possível sem uma predisposição do juiz àquela escolha.

A interpretação realizada no seio da sociedade pode servir de parâmetro para mudanças legislativas (devido a pluralidade de ideias presente no parlamento) ou ainda na mudança ou reposicionamento político do executivo, mas não é da mesma forma absorvido pelo poder judiciário. Uma das razões pode ser definida pela representação democrática: o judiciário não representa ninguém, não é democraticamente escolhido e não precisa prestar esclarecimentos à sociedade, desde que a decisão tenha algum (e qualquer) fundamento jurídico.

No mesmo sentido da contribuição de Häberle, Luis Roberto Barroso afirma que:

Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, e não dos juízes.⁷¹

Lenio Streck trata ainda da decisão judicial como um ato discricionário do juiz ou do tribunal:

Discricionariedade será, assim, o poder conferido ao juiz/intérprete para escolher uma entre várias alternativas. O problema é saber se as alternativas são legítimas e se a “escolha” se enquadra na circunstância discutida. Considere-se, ademais, o

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 1997. Pag. 41.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 378

problema dessa “delegação” nos casos da interpretação do processo judicial, que fica à mercê da interpretação discricionária do juiz.⁷²

De forma conclusiva, o presente trabalho tem esse intuito, de trazer à luz a verdadeira face da decisão judicial, tirando os adjetivos “neutro” e “imparcial” da decisão judicial. Porém, além dessa denúncia, que, como demonstrada, vem sendo realizada cotidianamente por juristas de todo o mundo, é necessário que apresentemos algumas ferramentas pontuais para solucionar essa problemática, sob pena de apenas trazermos a situação para a realidade posta sem apresentar formas de resolvê-la no futuro.

4.2 A NECESSIDADE DE IMPOR LIMITES AO PODER JUDICIÁRIO

O dever-ser da decisão judicial pode ser bem resumido pelas palavras do Prof. Lenio Streck

Ser correto e decidir de forma imparcial não é fácil mesmo. Exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de participação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público. O resto é *desculpa* para fugir de responsabilidades.⁷³

A simples vocação para a realização da atividade jurisdicional e o próprio direito são limites para esses atos de vontade. A gradual modificação da estrutura do poder judiciário e do processo civil e processo penal, no Brasil, são formas de limitar o poder do judiciário. A criação de súmulas vinculantes, da repercussão geral e dos recursos repetitivos são exemplos de mecanismos de diminuição do poder dos juízes e tribunais sobre demandas já interpretadas e analisadas pelas cortes superiores, apesar de que tais mecanismos buscam muito mais o desafogo do judiciário do que a limitação do judiciário.

Mais recentemente, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, alguns artigos demonstram claramente essa preocupação do legislador em impor limites às decisões imotivadas (ou pouco motivadas). Nesse sentido, especial leitura ao Artigo 489, §§ 1º, 2º e 3º⁷⁴

⁷² STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. Pg. 302-303

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. Pg. 319

⁷⁴

que apresenta diversos verbos a serem cumpridos pelo judiciário sob pena da decisão judicial não ser considerada bem fundamentada.

Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.⁷⁵

Importante destaque inclusive para a necessidade de se motivar a escolha entre uma ou outra norma quando da colisão entre uma pluralidade de normas, que justifique a sua escolha, como determina o §2º. Bastará saber em que termos essa legislação, bem construída, será aplicada a partir da vigência dessa lei⁷⁶, mas sem dúvida é um grande avanço na técnica processual para fins de evitar arbitrariedades do poder judiciário sob o manto da subjetividade das decisões judiciais.

Ainda, além das questões técnicas, a composição de tribunais plurais pode resultar em decisões que não ultrapassem o limite da aplicação do direito por mero interesse pessoal, criando, ainda uma autofiscalização entre os seus componentes. A criação do Conselho Nacional de Justiça, que fiscaliza os atos dos diversos setores do poder judiciário, fez com que os atos judiciais fossem trazidos à luz, tirando deles a total falta de fiscalização até então existente.

Porém, ainda, a limitação do poder judiciário é realizada de forma muito mais subjetiva do que com mecanismos concretos dentro do próprio sistema.

A atuação judicial é limitada pelas possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento, pelo tipo de argumentação jurídica utilizável e pelo controle de razoabilidade e de racionalidade que restringem as influências extrajudiciais de

⁷⁵ BRASIL, **Lei n 13.105**, de 16 de Março de 2015.

⁷⁶ O novo CPC entrou em vigência dia 17 de Março de 2016.

natureza ideológica ou estratégica. Mas não a inibem inteiramente. Reconhecer isso não diminui o direito, mas antes permite que ele se relacione com a política de maneira transparente, e não escamoteada.⁷⁷

A teoria tradicional afastava o direito da política, afirmando que são duas ciências e dois conceitos que não podem ser aplicados ou ainda, concebidos, dentro de um mesmo ato estatal, principalmente se esse ato for o ato que dá validade às normas jurídicas. Acontece que, essa teoria já foi vencida, e não se retorna a teorias superadas.

A possibilidade de limitarmos a atuação do poder judiciário começa com a compreensão de que o juízo pode e age de acordo com as suas pré-compreensões. Passa por uma análise estrutural do nosso estado e do nosso direito que resulte em ferramentas concretas que visem a fiscalização do judiciário pelos outros poderes, assim como são os outros poderes fiscalizados e, literalmente, julgados pelo poder judiciário. As traves do poder judiciário se darão com a reformulação da teoria da decisão, compreendendo a decisão judicial como efetivo ato de vontade, não neutra, nem imparcial, mas pessoal e provida de pré-julgamentos, para que, a partir daí, passemos a considerar limites reais ao judiciário, deixando de lado o dever-ser e analisando a realidade como ela é.

Barroso afirma que

Embora não possa oferecer soluções pré-prontas em muitas situações, o direito limita as possibilidades legítimas de solução que podem ser construídas pelos intérpretes judiciais. Com isso, contém parcialmente o exercício de escolhas voluntaristas e arbitrárias. De parte isso, inúmeros outros fatores influenciam a atuação de juízes e tribunais, como a interação com outros atores políticos e institucionais, preocupações com o cumprimento das decisões judiciais, circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública, entre outros. Em suma: o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade das instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer esse fato não envolve capitulação, mas antes dá transparência a a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia.⁷⁸

Nessa esteira, nos resta aprofundar a nossa realidade, para que dela passemos a construir um direito voltado para a solução dos conflitos concretos, sem que tal solução possa ser convertida em arbitrariedades. A utopia só é possível com a real compreensão do contexto.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 409

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 410

E o que está posto é um judiciário parcial, que por vezes abandona o direito para decidir pelos seus próprios interesses, dando às decisões fundamentos quaisquer. Da realidade pensaremos a ciência. Do contrário, a ciência servirá apenas para legitimar as arbitrariedades.

5. CONCLUSÃO

A realidade político-social do nosso país nos impõe que sobre ela nos debrucemos para melhor compreendê-la. O poder judiciário tem grandes responsabilidades para além de suas competências enquanto poder estatal e, atualmente, é o poder menos compreendido pela sociedade, muito pela sua roupagem técnica e pela ideia de que atua apenas revelando o conteúdo da lei, sem considerar as suas subjetividades.

No Brasil, e na maioria dos países oriundos do direito romano-germânico, a introdução dos elementos de *common law* modificou as estruturas do direito e dos poderes do estado. As mudanças se deram e se dão ao mesmo tempo, durante um mesmo período e em um mesmo espaço.

A partir da negativa experiência do período nazifascista que levou o positivismo ao extremo, a sociedade modificou a sua compreensão acerca do direito e do estado, passando a problematizar a necessidade de se concretizar os direitos através de todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário), assim como aprofundou as formas de controle de constitucionalidade, para fins de evitar atos e regras que ferissem as normas constitucionais. Após essa modificação, o poder judiciário, que por séculos foi subalternizado, passou a ter destaque nos estados democráticos de direito.

Essa mudança ocasionou o chamado fenômeno da judicialização da política, que, nada mais é do que a transferência do polo de tensão do executivo e do legislativo para o judiciário. A partir desse momento os grandes debates da sociedade passaram a ser definidos pelas supremas cortes e pelo poder judiciário em geral. No Brasil, mais tardiamente, afinal, somente com a redemocratização e com a promulgação da constituição de 1988 é que passamos a vivenciar essa realidade anteriormente já vivenciada em países europeus e nos Estados Unidos.

Pois a transferência do polo de tensão ao judiciário faz com que a judicialização da política, fenômeno inerente à vontade do judiciário possibilite que a simples aplicação do direito se transforme em criação legislativa e execução do direito. Como bem destaca Kelsen: todo ato jurídico é aplicação e criação do direito ao mesmo tempo. Porém, necessário que essa criação do direito pelo poder judiciário esteja dentro dos limites de competência desse poder. E foi com essa preocupação que o presente trabalho foi constituído.

O ativismo judicial, que pode se dar da forma originalmente conceituada, qual seja, o preenchimento de lacunas legislativas e executivas pelo judiciário, bem como na sua mais nova faceta, que é a escolha deliberada do judiciário por uma ou outra solução dentro das

soluções possíveis (através da interpretação do direito), torna necessário que compreendamos como se constitui uma decisão judicial.

Assim, o presente trabalho apresentou a verdadeira face da decisão judicial, tirando dela o capuz da neutralidade e desmitificando a imparcialidade do judiciário. A partir dessa premissa, de que é impossível um julgador se desfazer de seus conceitos, de sua memória, de sua história e de seus juízos, poderemos passar a construir formas de limitar a atuação do judiciário, que, atualmente, como *ultima ratio*, pouco é limitado, pouco é fiscalizado, e pouco é democratizado, pois ainda é concebido como um poder que, pela técnica, não contém elementos políticos.

O objetivo do presente trabalho, portanto, foi trazer à tona a verdadeira face do judiciário para que, a partir da realidade, possamos construir uma reestruturação desse poder, construindo, principalmente, uma nova teoria da decisão judicial, que, compreendendo o julgador como ser humano que é, e, portanto, com suas subjetividades, possamos democratizar ao máximo esse espaço de poder no intuito de evitar arbitrariedades irreparáveis.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASHTON, Peter Walter. *A common law e a equity* do Direito Anglo-Saxônico. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n 64, out. 2009 – dez 2009. Pg. 163-187
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada - 7ª Edição revisada - São Paulo: Saraiva, 2009.*
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, nº 13, 2009, pag. 71-91.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6ª Edição.* São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil.*
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo: tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª Edição.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3º Edição.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 1997.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito.* Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella – 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PALMER, Vernon Valentine. *Mixed legal systems. The cambrige companion to comparative law/edited by Mauro Bussani and Ugo Mattei.* New York: Cambrige University Press, 2012.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição constitucional na Ibero-América.* Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.