



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO
PRÁTICA JUDICANTE**

BEATRIZ NUNES LIRA BRAGA

**OS LIMITES DO PODER DE DECISÃO DO MAGISTRADO NO CONTEXTO DO
ATIVISMO JUDICIAL**

CAMPINA GRANDE

2017

BEATRIZ NUNES LIRA BRAGA

OS LIMITES DO PODER DE DECISÃO DO MAGISTRADO NO CONTEXTO DO
ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a
coordenação de Pós-Graduação e Pesquisa,
como requisito parcial para a conclusão do
Curso de Especialização em Prática Judicante.

Orientadora: Profa. Ma. Melanie Claire Mendoza

CAMPINA GRANDE - PB

2017

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da Monografia.

B813l Braga, Beatriz Nunes Lira.
Os Limites do poder de decisão do magistrado no contexto do ativismo judicial
[manuscrito] / Beatriz Nunes Lira Braga. - 2017
67 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2017.

"Orientação : Prof. Me. Melanie Claire Mendoza, Departamento de Ciências Jurídicas - CH."

1. Poder de decisão. 2. Ativismo judicial. 3. Supremo Tribunal Federal.

21. ed. CDD 342

BEATRIZ NUNES LIRA BRAGA

OS LIMITES DO PODER DE DECISÃO DO MAGISTRADO NO CONTEXTO DO
ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
coordenação de Pós-Graduação e Pesquisa,
como requisito parcial para a conclusão do
Curso de Especialização em Prática Judicante.

Data da avaliação: 31 / 10 / 17 .

Nota: 10,0 .

BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Ma. Melanie Claire Mendoza (Orientadora)
ESMA/PB



Prof. Dr. Hugo Cesar Gusmão (Examinador)
UEPB



Prof. Me. Fábio José de Oliveira Araújo (Examinador)
ESMA/PB

À Jesus Cristo, esperança do meu amanhã.

AGRADECIMENTOS

A Deus que me dá forças para o estudo e me ilumina para a compreensão;

A minha mãe, Nadja Elen, pela cobrança que me faz crescer todos os dias;

Ao meu pai, Jefferson Braga, que me motiva a nunca desistir;

Ao meu marido, Fernando Estigarribia, pela compreensão de que meus momentos de ausência foram necessários ao meu crescimento intelectual e pelo incentivo incessante;

A minha orientadora, Melanie Mendoza, pelo compartilhar de seus conhecimentos e por estar sempre disponível para me ajudar;

A todos aqueles que foram meus professores da especialização em Prática Judicante, pois contribuíram com o meu sucesso presente e, com toda certeza, para o que ainda virá.

Ele nos capacitou para sermos ministros de uma nova aliança, não da letra, mas do Espírito; pois a letra mata, mas o Espírito vivifica.”

2 Coríntios 3:6

RESUMO

Atualmente o Poder Judiciário destaca-se entre os Poderes da União, porquanto ele comumente concretiza direitos fundamentais frequentemente negligenciados pelo Executivo e Legislativo. O ativismo judicial a cada dia está mais presente nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o qual, de forma contumaz, tem fundamentado seus julgamentos em convicções particulares. Em consequência, o Estado Democrático de Direito sofre perigo de desestabilização na medida em que o ordenamento jurídico construído democraticamente é amiúde ignorado pelo julgador. Diante disso, surge a necessidade de identificar os limites que devem conter a atividade decisória do magistrado, bem como verificar se tais limites vêm sendo observados pelo Supremo Tribunal Federal, que é o órgão maior do Poder Judiciário no Brasil e, portanto, fortemente influenciador de todas as instâncias jurisdicionais. O presente trabalho foi construído a partir de pesquisas bibliográficas em doutrinas, artigos e periódicos científicos e a pesquisa caracteriza-se como exploratória e documental, haja vista que foram objetos de análise casos específicos decididos pelo STF. Após todo o estudo fundamental teórico desenvolvido nesta pesquisa, foram identificados quatro limites ao poder de decisão do judiciário, não sendo estes exaustivos: as normas-regra; normas-princípio; a proporcionalidade; e, os métodos interpretativos. Ressalte-se que o propósito da pesquisa, neste ponto, foi o de trazer uma revalorização da função das regras, princípios e atividade interpretativa, ampliando a qualificação desses elementos. Além disso, da análise dos três casos decididos pelo STF, sobre diferentes ramos do direito, verificou-se que o tribunal, guardião da Constituição Federal, regularmente tem proferido decisões ativistas, fato que indubitável e perigosamente afronta os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Poder de decisão. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Nowadays, the Judicial Branch stands out among the other branches of the Union, because it commonly implements fundamental rights which are often neglected by the Executive and Legislative branches. The Judicial activism is increasingly present in decisions handed down by the judges, and those decisions are consistently based on their private convictions. Thus, the Democratic State of Law faces the possibility of a destabilization, because the democratically constructed legal order is often ignored by the court. So, it is needed to identify the limits to control the decision-making activity of the judge, as well as to verify if such limits are being observed by the Supreme Court, which is the largest part of the Judiciary in Brazil and, therefore, it produces strongly influential decisions. This academic work was constructed from bibliographical research using information provided by doctrines, papers and scientific journals, and the research is characterized as exploratory and documentary, because specific cases analyzed by the Supreme Court were objects of analysis. After all the fundamental theoretical study developed in this research, a not exhaustive list of four limits to the decision-making power of the judiciary were identified: the formal rules, the principle rules, the proportionality and the interpretive methods. It should be noted that the purpose of the research, in this point, was to emphasize the function of the rules, principles and interpretive activity, amplifying the qualification of those elements. In addition, from the analysis of three cases analyzed by the Supreme Court, considering different areas of the study of the law, it was verified that the Supreme Court, the guardian of the Federal Constitution, has regularly made activist decisions, a fact that undoubtedly and dangerously degenerate the fundamental principles of the Democratic State of Law.

Keywords: Decision power. Judicial activism. Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 UMA APROXIMAÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO.....	12
2.1 A Crise do Legalismo Jurídico	14
2.2 O Fenômeno Neoconstitucionalista.....	18
2.3 A Efetividade dos Direitos Fundamentais à Luz do Neoconstitucionalismo.....	22
3 JUDICIALIZAÇÃO <i>VERSUS</i> ATIVISMO JUDICIAL	25
3.1 Atividade Interpretativa do Juiz.....	32
3.2 Teoria da Decisão Jurídica	37
4. ALGUMAS OBSERVAÇÕES AOS LIMITES DO PODER DE DECISÃO DO MAGISTRADO	41
4.1 Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Uma análise de casos concretos..	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico pretende analisar o movimento constitucionalista, seus avanços, problemas e consequências, tais como a judicialização e o ativismo judicial, a fim de alcançar o objetivo central consistente em identificar possíveis limites à atuação decisória do Poder Judiciário, para ao final fazer uma verificação do cumprimento ou não destes limites pelo o Supremo Tribunal Federal.

O constitucionalismo atribuiu às constituições supremacia sobre as demais normas que compõe o ordenamento jurídico de um Estado e sobre os poderes por elas constituídos. Contudo, ainda que caracterizada por esta soberania, a norma constitucional nem sempre foi dotada de imperatividade. Por muito tempo a constituição foi entendida como um documento de conjuntura meramente orientadora, incapaz de ser plenamente exigível, no sentido de não prever meios que efetivamente garantissem a concretização dos direitos ali previstos.

Ante estes problemas, surgiu, no século XX, o fenômeno do neoconstitucionalismo que trouxe consigo a ideia de que em um Estado Democrático de Direito, os direitos declarados na Constituição devem ser de fato concretizados, especialmente aqueles que dependem de ações do Estado para que sejam efetivados, a exemplo dos chamados direitos fundamentais positivos¹ e dos direitos previstos em normas de eficácia limitada².

Nesta perspectiva, é fácil perceber que uma infinidade de direitos a serem efetivados (educação, saúde, alimentação, trabalho, etc.) para milhões de pessoas, que compõem um país de tamanho continental como o Brasil, não é tarefa simples. É um desafio impossível para o Administrador Público alocar os recursos de forma cem por cento satisfatória e efetivar todos os direitos da pessoa humana constitucionalmente garantidos, porquanto diariamente se depara com inúmeras barreiras, sejam financeiras, técnicas ou humanas, e, com isso, a concretização dos direitos fundamentais da pessoa é negligenciada, o serviço público permanece em elevado estado de sucateamento e quem sofre estas consequências é o povo.

Por conseguinte, vivenciando a graves e urgentes necessidades básicas, os indivíduos têm buscado o Poder Judiciário a fim de ver seus direitos fundamentais concretizados. É neste momento que o Poder Judiciário começa a ganhar destaque, haja vista que tem de considerar no momento de proferir decisões: o dever Estatal, imposto pela norma suprema, de efetivação

¹ Direitos Positivos são aqueles que necessitam de uma atuação do Estado para que sejam efetivados; são os direitos fundamentais sociais, também chamados direitos de segunda geração (ARAÚJO; NUNES, 2005).

² Norma de Eficácia Limitada é aquela que depende de regulamentação normativa por parte do Poder Legislativo para que o direito nela previsto possa ter seu exercício viabilizado (SILVA, 2006).

dos direitos fundamentais, bem como princípios fundamentais como a independência e harmonia que os poderes constituídos devem conviver, consoante prevê a Constituição Federal (art. 2º, CRFB/88).

A demanda de ações judiciais cresceu consideravelmente ao longo dos anos e este desenvolvimento progressivo decorreu em grande parte das incontáveis demandas contra a fazenda pública, nas quais se pleiteiam a concretização de direitos sociais. A cultura do litígio cresce e praticamente tudo no Brasil é judicializado.

O Poder Judiciário, por sua vez, não pode se escusar de julgar os casos que lhe são submetidos, ainda que não existam leis que regulamentem a matéria, e, assim, a criatividade do juiz ganha espaço ao proferir decisões, fato este que ganhou o título ora de judicialização, ora de ativismo judicial.

Neste contexto, começa-se a falar no fenômeno da judicialização e no ativismo judicial, na medida em que o Poder Judiciário, através de suas decisões, passa concretizar os direitos fundamentais que, em regra, deveriam ser efetivados através de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado Administrador, bem como viabilizados mediante norma regulamentadora, cuja elaboração é atribuição do Estado Legislador.

O Poder Judiciário, então, passa a ser o protagonista do Estado brasileiro e suas decisões vêm sendo objeto de estudos e análises jurídico-científicas. O magistrado passa a ser visto pela sociedade como ‘aquele’ que garante os direitos fundamentais dos indivíduos, enquanto que os Poderes Executivo e Legislativo são veemente rechaçados por não cumprirem suas funções constitucionais de modo satisfatório.

Levando em conta esta sobreposição da atuação do Poder Judiciário sobre os demais poderes, o objetivo geral desta pesquisa é analisar quais os limites do poder de decisão do magistrado e se tais limites vêm sendo observados pelo Supremo Tribunal Federal. Pretendendo, ainda, contextualizar o assunto com uma aproximação ao constitucionalismo e, por conseguinte, aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, conceituando e diferenciando estes institutos jurídicos. Além de, ao final, verificar, a partir de casos concretos, se os limites do poder de decisão do magistrado, identificados ao longo da pesquisa, vêm sendo observados pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante desta conjuntura dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, em razão dos quais o Poder Judiciário vem ganhando destaque na sua atuação em detrimentos dos demais Poderes da União, questiona-se *quais os limites do poder de decisão do magistrado no contexto da judicialização e do ativismo judicial? Tais limites têm sido observados pelo Supremo Tribunal Federal?*

O presente estudo se justifica pela necessidade de ampliar o conhecimento e a análise acerca dos limites a função primordial do Poder Judiciário, e, que, conseqüentemente, têm o objetivo de manter os Poderes da União iguais e harmônicos entre si e intacto o Estado Democrático de Direito.

Acredita-se que, a reflexão a ser empreendida ensejará um ganho para aqueles afetos ao Direito Constitucional, no tocante ao tema, que desafia ainda mais por seu caráter inicial, haja vista que, não obstante se falar muito sobre o tema, não existem muitos escritos acadêmicos especificamente a respeito dos limites do poder de decisão do magistrado.

Além disso, refletir sobre a temática aqui referida no atual contexto histórico, social e jurídico, é uma tarefa de grande relevância científica, pois a suposta ascensão de um Poder constituído sobre os outros ameaça o próprio Estado Democrático de Direitos e viola a Constituição Federal.

Portanto, as questões aqui postas têm a sua importância justificada na medida em que procura debater e avançar os conhecimentos sobre democracia, separação dos Poderes da União, judicialização, ativismo judicial e limites do poder de decisão do magistrado no atual sistema jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, verificar se tais limites vêm sendo cumpridos pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa desenvolvida para a elaboração deste trabalho pode ser classificada como bibliográfica, em razão do estudo de variados textos teóricos, como doutrinas, leis, artigos e revistas científicas condizentes ao tema, bem como exploratória e documental uma vez que foram objetos de análise casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, considerados pela doutrina como sendo decisões ativistas.

Por fim, julga-se necessário estruturar o trabalho monográfico inicialmente explanando o movimento do constitucionalismo, abordando, neste ponto, o fenômeno do neoconstitucionalismo, a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana e a crise do legalismo jurídico. Posteriormente, pretende-se discorrer sobre os institutos da judicialização e do ativismo judicial, conceituando e diferenciando-os, e, nesta conjuntura, tratar acerca da atividade interpretativa do juiz e sobre a teoria da decisão jurídica, e, ao final, fazer uma identificação não exaustiva dos limites do poder de decisão do juiz e sua observância ou não pelo STF, no exercício de suas funções.

2 UMA APROXIMAÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO

A priori, para discorrer sobre constitucionalismo é necessário falar sobre Constituição, que nada mais é do que um conjunto de normas, escritas ou não, que ditam regras de convivência entre Estado e sociedade e indivíduos entre si. Em outras palavras, é um “corpo diferenciado de normas acima de outras normas, escritas e costumeiras, controlando os poderes do soberano e disciplinando direitos individuais” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 16).

Ademais, observe-se que primeiro surgiram os documentos constitucionais, que por sua vez não se confundem com o constitucionalismo, apesar de estarem estritamente interligados. Não obstante as Constituições precederem o constitucionalismo elas sofreram interferência dele, que as conferiu maior importância na medida em que as transformou em instrumento de limitação dos poderes do “leviatã”³.

O constitucionalismo é o movimento que surge conjuntamente com a promulgação da constituição norte-americana de 1787, a qual decorreu da busca pela independência frente a um Estado inglês autoritário e explorador, objetivando conter a atuação arbitrária dele, por meio do texto constitucional. Conforme assevera Barroso o “berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário” (2012, p. 02).

Vale ressaltar que, a Revolução Francesa, de 1791, também foi determinante para o nascimento do constitucionalismo, pois rompeu com o regime totalitário sob o lema da proteção à liberdade, igualdade e fraternidade. Conforme assevera Maria Cristina Penna “o nascimento efetivo do Constitucionalismo está vinculado às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das Treze Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa.” (2013, p. 155).

Além disso, é intrínseca ao movimento constitucionalista a ideia de Estado Democrático de Direito, segundo a qual o Estado deve submeter-se às normas positivadas, possuir um documento maior, soberano⁴, que organize os Poderes do Estado, sua forma, limite o poderio deste e declare direitos fundamentais ao povo. Dessa forma, é com o constitucionalismo que a Constituição de um país passa a ter supremacia sobre as demais

³ Termo utilizado por Thomas Robbes no livro “O Leviatã”, escrito no século XVII, com o fim de comparar o monstro bíblico e o Estado absolutista, igualmente monstruosos e temíveis.

⁴ A constituição é soberana na medida em que nenhuma lei ou ato normativo abaixo dela pode ser com ela incompatível.

normas que compõem o ordenamento jurídico do Estado e sobre os Poderes por ela constituídos.

Neste sentido, “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável às garantias dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 1998, p. 47), teoria esta que se concretiza através de um “conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política [...], com as normas de organização do Estado, as normas de limitação do poder e direitos humanos” (TAVARES, 2008, p.58) dispostas numa Constituição ou num corpo de leis constitucionais.

Acontece que, apesar do constitucionalismo sob uma perspectiva jurídica pregar uma supremacia da norma constitucional sobre as demais normas, por muito tempo, mesmo após a ascensão dos ideais constitucionalistas, na prática, as Constituições continuavam a ser consideradas mais documentos políticos do que jurídicos e, em consequência, a lei ainda era a forma de direito mais importante vista pela sociedade, porquanto produzida pelo próprio Estado Legislador, outrora autoritário e inquestionável.

Dessa forma, não obstante os novos paradigmas constitucionais, verdadeiramente, era a lei que ocupava o primeiro lugar, detendo soberania, e, portanto, prejudicando a ideia de constituição imperativa e eficaz, nesse sentido:

Supremacia do Parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, a ideia de um instrumento normativo superior ao parlamento e a lei. Comprometia-se, assim, a noção de constituição como instrumento de valor normativo eficaz, capaz de estabelecer parâmetros para aferição da validade jurídica dos atos dos poderes públicos. Tudo isso conduzia, também, a que tampouco se emprestasse maior relevância ao problema da modificação da Constituição por via institucional. (BRANCO, 2009, p. 223).

Nessa conjuntura, o juiz era visto como a “boca da lei”, posto que o seu papel cingia-se em meramente aplicar a legislação infraconstitucional da forma em que estava posta, sem se afastar da letra da lei. Assim, pode-se dizer que, nesta perspectiva e de acordo com a teoria Positivista, que à época imperava entre os *jus* filósofos, a ideia de justiça estava associada à aplicação pura da norma.

2.1 A Crise do Legalismo Jurídico

A despeito do advento do constitucionalismo, durante muito tempo, o positivismo jurídico foi exaltado como a melhor forma de se fazer justiça. O conceito de justiça confundia-se com o próprio texto das leis na medida em que, culturalmente, o produto do legislador infraconstitucional era mais valorizado e respeitado do que as Constituições, historicamente conhecidas como documentos meramente políticos.

O positivismo jurídico, então, prometeu o que uma sociedade mais almeja: justiça e segurança jurídica. Mas para que tais valores de fato fossem assegurados era preciso, em tese e desde a perspectiva desta corrente de pensamento, que o aplicador da norma interpretasse-a literalmente. A aplicação distante do teor da norma caracterizava verdadeira posição contrária à vontade Estatal e comprometia a segurança jurídica garantida pelo direito posto.

Ressalte-se que positivismo jurídico não se confunde com legalismo. O primeiro trata-se de uma teoria segundo a qual o direito passa a ser visto como ciência objetiva, distanciando-se do conceito de moral a fim de buscar segurança jurídica para as relações sociais e, para tanto, supervaloriza a literalidade dos textos normativos. De acordo com Orlando Luiz Zanon Júnior:

O Positivismo Jurídico é o Paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou prevalecentemente) por Regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal, aplicação do Direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial (*judicial discretion ou interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*). (2013, p.140).

Dessa forma, para o positivismo, o direito e a moral são mundos diferentes e que não se interligam. O discernimento do que é certo ou errado, justo ou injusto, decorrente da moral não importam para a redação da norma, essas apreciações têm conteúdo valorativo e pessoal que não dizem respeito ao direito positivo, o qual abrange especificamente a análise de fatos sociais específicos.

As normas escritas são a essência do direito, senão o próprio direito, o sistema jurídico de um país, portanto, é formado pelas leis emanadas do Estado e “a interpretação e aplicação do direito são consideradas, pela generalidade dos juspositivistas, como meramente reprodutoras de sentidos já previamente fixados por Regras Jurídicas anteriores” (Op. cit, 2013, p. 134), de forma que o que hoje se consideram fontes do direito, a exemplo dos

princípios, costumes e políticas, para o positivismo não são aceitos como tal, e, portanto, não fazem parte do ordenamento jurídico, podendo ser utilizados apenas se a lei assim permitir.

Ademais, neste contexto o sistema de normas é disposto e organizado segundo sua validade formal, ou seja, a norma tem validade e força para coagir se tiver obedecido criteriosamente os parâmetros de sua criação, sem que seja relevante para isto o seu conteúdo valorativo.

Assim sendo, “as Normas Jurídicas não seriam imperativos estabelecidos com o objetivo principal de direcionar as condutas sociais, mas sim de orientar a jurisdição na repressão dos eventuais comportamentos desviantes” (Op. cit, 2013, p. 136), isto quer dizer que a tarefa do juiz era aplicar as leis utilizando a técnica da subsunção, que consiste no enquadramento perfeito do fato social ao texto legal com a aplicação da consequência jurídica especificada na norma.

Uma atuação judicial distante do procedimento meramente dedutivo, através da criatividade do magistrado, poderia comprometer a preciosa segurança jurídica, assim, “[...] o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica)” (BOBBIO, 2006, p. 133).

Acontece que nem sempre o fato social se adequará perfeitamente a norma previamente posta, nos chamados *hard cases*, e apenas nestes, o positivismo jurídico defende a possibilidade de o juiz empregar discricionariedade na interpretação da lei para adequá-la ou integrá-la visando uma solução jurídica para o difícil caso concreto.

Vale ressaltar que conquanto “todos os elementos teóricos do Juspositivismo estejam voltados à finalidade de ampliação do valor da segurança jurídica” (ZANON JÚNIOR, 2013, p. 138) os defensores desta teoria admitem que a interpretação literal e a técnica da subsunção têm capacidade de solução dos conflitos limitada, porquanto não podem resolver os casos difíceis⁵.

Como se vê, todos os fundamentos e caracteres do positivismo jurídico convergem para uma supervalorização da norma posta. Assim, o legalismo é a redução do direito à lei, decorre da teoria positivista, e, em outras palavras, “a ideologia legalista, [...], parte da noção

⁵ Atienza (2003, p. 84) define: Os casos difíceis por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros.

de legalidade para distorcê-la e, aí sim, servir como instrumento de injustiça” (MOREIRA, 2008).

A legalidade, que atualmente é um dos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, nas palavras de Wolkmer (1994, p. 180) “reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva”, o problema surge quando esta legalidade torna-se superior e mais importante que a legitimidade da própria norma, isto é, a incidência da norma “na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos” (Op. Cit., 1994, p. 180) tornam-se irrelevantes, tendo o jurista que aplicar a literalidade da lei sem importar-se com seu conteúdo.

Dessa forma, os resultados naturais da ascensão do positivismo jurídico e do conseqüente legalismo desmedido não foram os esperados. Neste período o Poder Legislativo foi o protagonista entre os poderes estatais e o engessamento da interpretação da norma trazido pela referida teoria sucumbiu o verdadeiro conceito de justiça. Conforme salienta Paulo Nader “em relação à justiça, a atitude positivista é a de um ceticismo absoluto” (2003, p. 377), isto porque, o foco da teoria passou a ser a letra da lei, sem importar-se, conforme já exposto, com seu conteúdo valorativo.

Uma das conseqüências do legalismo foi a limitação da concepção do direito como norma (SALDANHA, 1977). Ocorre que, não há normas escritas que regulamentem todas as relações sociais que existem ou que possam vir a existir, esta conclusão remete a outra conseqüência negativa do legalismo que é conceituar a lei como fonte primordial do direito, conforme assevera Nelson Saldanha (1977, pg. 110):

O erro do legalismo do século XIX foi o de, além de dar predomínio à lei, conceituá-la como fonte: sendo ela a fonte básica, não havia onde localizar instância que a controlasse, e se juntavam nela a ideia sistemática de valor maior e a ideia de “origem”, respeitável por si e latente na noção de fonte.

Destarte, não importava o conteúdo da lei, se justa ou não, mas sim que ela deveria ser obedecida e aplicada. Dotada de soberania, sua legitimidade advinha do fato de ser elaborada pelo próprio Estado. Relevância alguma tinha a comunidade, o povo, os costumes, a consciência jurídica, os princípios ou a moral, porque a letra da lei por si só já era “garantia” da justiça e da segurança jurídica.

É nesta conjuntura que o legalismo começa a entrar em crise, posto que as leis, além de não conseguirem regulamentar todas as relações sociais efetiva ou potencialmente existentes, por vezes, possuíam conteúdos contrários a mais simples percepção de justiça.

Assim, não obstante o constitucionalismo ter como característica principal a submissão do Estado às leis como forma de limitação do seu poder em face da sociedade, isto não impediu que historicamente os direitos dos indivíduos fossem gravemente violados pelo Estado, como aconteceu na segunda guerra mundial, quando verdadeiros atentados contra a dignidade da pessoa humana foram feitos “legitimamente”, porquanto baseados em normas positivadas naquela época.

Com esta afirmação não se quer dizer que foi o positivismo jurídico que permitiu a violação de direitos humanos por meio dos regimes totalitários, mas não se pode perder de vista que o legalismo jurídico, decorrente da teoria positivista deu suporte às atrocidades praticadas durante a segunda guerra mundial, pois sendo as leis consideradas verdades absolutas, as teses nela baseadas também passam a ter caráter absoluto.

“Através de Decreto expedido em 07.04.1933, os Judeus foram afastados do funcionalismo público, do exército e das universidades; através da Lei publicada em 14.07.1933, foram retirados os direitos de cidadão dos Judeus imigrantes no Leste Europeu;” (PADILHA, 2011, p. 05), observe-se, portanto, que quase todas as violações dos direitos do povo judeu foram feitas com base na literalidade das normas existentes naquela época.

Repise-se, não se quer aqui rechaçar a teoria juspositivista, mas sim, esclarecer o prejuízo que o legalismo extremista causa ao direito e à justiça. Na verdade, o positivismo jurídico em si trouxe avanços teóricos para a ciência jurídica que antes era baseada em convicções íntimas de um indivíduo, o juiz, cuja tarefa é solucionar conflitos sociais. Inclusive, como será demonstrado no decorrer deste trabalho, da teoria positivista podem-se extrair limitações ao poder de decisão do magistrado.

Ante o exposto observa-se que apesar de a Constituição prevê direitos aos cidadãos e, em tese, limitar o poder do Estado por meio de suas disposições, ela ainda não era, no período em que vigorou a teoria constitucionalista, dotada de imperatividade, possuindo uma conjuntura meramente orientadora, incapaz de ser plenamente exigível, no sentido de não prever meios que efetivamente garantissem a concretização dos direitos ali previstos.

Surge então a necessidade de adequar o direito às carências de uma sociedade privada de dignidade humana, e, foi no decorrer do Século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a qual serviu de apogeu para a criação de novos paradigmas, que a função das Constituições sofreu grande mudança no que tange ao seu estudo e aplicabilidade, superando-se, assim, o antigo padrão legalista, e passando o Direito Constitucional a exercer ingerência direta na atuação do Estado (GUIMARÃES, 2011, p. 3-4), mormente através do Poder Judiciário. Era um novo constitucionalismo que surgia.

2.2 O Fenômeno Neoconstitucionalista

O movimento ora tratado tem a particularidade de estar em vigor a mais de duzentos anos. Passando por inúmeros momentos históricos ao longo de sua jornada, o constitucionalismo adquiriu as tonalidades próprias de cada tempo, matizes que o caracterizaram e o diferenciaram ao longo dos anos.

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo contemporâneo, surge com a proposta de ampliar o conceito do Direito e a função da Constituição, complementando a definição de ordenamento jurídico, que antes era composto apenas por leis escritas, conferindo plena normatividade aos princípios, e, com isso, atribuindo à ciência jurídica uma dimensão ético-moral, antes rechaçada pelo positivismo jurídico.

O pós-segunda guerra mundial e as atrocidades praticadas pelos nazistas foram o estopim para a mudança do paradigma legalista e a Constituição alemã de 1949 o marco histórico desta nova face do constitucionalismo.

Consoante leciona Daniel Sarmento, com o fim da segunda guerra mundial houve mudanças no conteúdo das Constituições europeias que, de forma mais completa, passaram a disciplinar temas antes deixados a cargo do legislador ordinário, além de prezar pelos valores éticos e sociais na redação da norma constitucional:

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. (SARMENTO, 2009, p. 177)

O documento constitucional passa, então, a ter força normativa, conforme destacou Konrad Hess (1991) que defendeu a existência de uma real eficácia aos dispositivos constantes na Constituição de um país. Esta efetividade passou a ser garantida pelas próprias Constituições que passaram a prever em seus textos instrumentos jurídicos para o alcance prático dos direitos ali previstos.

Diante disso, percebe-se que o neoconstitucionalismo é uma nova face do movimento constitucionalista, que aperfeiçoou a teoria, trouxe como objetivo a instrumentalização dos meios através dos quais seria possível pôr em prática os novos paradigmas que surgiam e

influenciou toda uma construção teórica, histórica e filosófica da ciência jurídica, dessa forma:

Por neoconstitucionalismo entende-se, portanto, um movimento prático-teórico de revalorização do Direito Constitucional, que não se conforma diante da teórica de limitação do poder do Estado a partir da mera fixação de direitos ao indivíduo ou ao grupo social, mas sem uma real efetividade prática. (BRAGA, 2015, p. 214-215)

Assim, sob um viés teórico o neoconstitucionalismo propôs um novo sistema jurídico, fundamentado na convicção de que a Constituição tem força normativa; na expansão da jurisdição constitucional e; na propagação de uma nova máxima acerca da interpretação constitucional (BARROSO, 2007, p. 05).

Ensina Humberto Ávila (2008) que é a força normativa da Constituição que permite ao magistrado aplicar as normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios, diretamente aos casos concretos, deixando o documento constitucional de ser meramente ideológico e programático, e passando, inclusive, a ter eficácia horizontal, tornando-se também norma regulamentadora das relações jurídicas de direito privado. Agora, o documento constitucional e todos os valores e princípios nele inseridos passam a ser relevantes para o Poder Judiciário na solução dos conflitos sociais.

A citada jurisdição constitucional diz respeito à atribuição de um status hierárquico superior à norma constitucional, de forma que os demais atos normativos devem estar devidamente adequados a ela tanto formal como materialmente e, para tanto, juízes e tribunais utilizam mecanismos de inspeção, que antes se limitavam ao controle difuso – análise da constitucionalidade da norma no caso concreto – e concentrado apenas através das Ações de Inconstitucionalidade direta e interventiva, ajuizadas perante a corte constitucional, e, cujo único legitimado era o Procurador Geral da República.

Mas, conforme mencionado, com o neoconstitucionalismo a jurisdição constitucional foi ampliada, e, por conseguinte, no Brasil foram criadas outras ações para o controle de constitucionalidade e efetivação de direitos fundamentais, a exemplo da Ação Declaratória de Constitucionalidade, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, bem como foram acrescidos ao rol de legitimados para a propositura destas ações mais oito legitimados (Art. 103, da CRFB/88).

Ademais, a nova dogmática da atividade interpretativa trazida pelo movimento neoconstitucional passou a nortear o aplicador do direito para considerar o sentido finalístico da norma. A interpretação literal, agora, é considerada insuficiente para solucionar o caso

concreto de forma justa e a hermenêutica constitucional passa a determinar que as normas constitucionais sejam interpretadas de forma a extrair-lhe o máximo de efetividade, consoante salienta J.J. Canotilho (1993, p. 227) “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.

Não somente o princípio da efetividade das normas constitucionais, mas também outros princípios instrumentais foram idealizados pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a partir desta nova teorética do constitucionalismo, para subsidiar a nova hermenêutica, vale citar os princípios “da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade” (BARROSO, 2007, p.11).

Ressalte-se que no Brasil a influência do neoconstitucionalismo começou a ser refletida a partir da Constituição Federal de 1988, cujo texto “imprimiu uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores” (BONAVIDES, 2007, p. 374), portanto é um documento jurídico com propósito amplamente social, que delineou metas a serem cumpridas pelo Estado, destacando, inclusive, os meios e instrumentos jurídicos para tanto.

Além disso, sob um viés filosófico este movimento caracteriza-se por romper com a teoria juspositivista pura, agregando alguns distintivos da superada teoria do direito natural – que consistia na definição de direito a partir de valores morais inerentes ao próprio ser humano, preexistentes a própria noção de direito e, portanto, um direito “metafísico e anti-científico” (BARROSO, 2007, p. 05).

O neoconstitucionalismo, portanto, uniu as vantagens do jusnaturalismo – que defendia a concretização da justiça na solução dos conflitos sociais – com as do juspositivismo – que através do direito escrito primava pela segurança jurídica – fazendo nascer uma filosofia mediana denominada de pós-positivismo, que considera o direito posto mediante uma interpretação ético-moral, conforme leciona Albert Calsamiglia (1998, p. 209):

En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política.

Em outras palavras, o pós-positivismo permite ao juiz interpretar o direito, em face do caso concreto, baseando-se em uma teoria de justiça, mantendo distância das convicções

íntimas e pessoais, mas aproximando-se dos valores morais coletivamente consagrados, é o que Luís Roberto Barroso chama de “reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; formação de uma nova hermenêutica constitucional; e desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana” (2007, p. 06), trazidos pelo neoconstitucionalismo através do pós-positivismo jurídico.

Agora o Estado não é apenas democrático de direito, mas sim um Estado democrático constitucional de direito. O conteúdo substancial das normas passa a ter relevância na medida em que devem estar de acordo com os valores consagrados na Constituição Federal, pois as constituições deste novo contexto “organizam-se, basicamente, sob uma regulação mais material, preocupada em estabelecer a legitimação substancial do direito, das decisões, da política e da comunidade.” (SCHIER, 2005, p.09).

Em síntese, observa-se que as principais mudanças decorrentes do neoconstitucionalismo influenciaram diretamente a atuação do Poder Judiciário, alterando, principalmente, os parâmetros normativos para a solução dos conflitos e a forma de interpretação e aplicação dos preceitos legais, entre tais mudanças Paulo Schier destaca:

(i) maior presença da constituição em detrimento da lei; (ii) maior presença do juiz em detrimento do legislador; (iii) maior participação dos princípios em detrimento das regras; (iv) mais ponderação e menos subsunção; (v) vinculação do Estado à Constituição como "limitação", mas também como "prestação" e legitimação material; (vi) maior heterogeneidade axiológica dos textos constitucionais e, logo, mais pluralismo; (vii) aproximação entre direito e moral; (viii) ênfase na substância, sem contudo abandono da forma, do procedimento e, finalmente, (ix) eixo teórico fundado na teoria da argumentação sob perspectiva do pós-positivismo. (2005, p. 09).

Como os princípios constitucionais ganharam destaque com a nova qualificação de normas jurídicas, aplicáveis, portanto, a quaisquer relações jurídicas, surgiu a necessidade de criar um método que harmonizasse a convivência de princípios eventualmente conflitantes entre si, cria-se, então, a técnica da ponderação, que através do princípio da proporcionalidade, o julgador resolve “incompatibilidades” entre princípios, dando eficácia aos direitos fundamentais quando da apreciação do caso concreto.

Nesta perspectiva, verifica-se que de modo geral o neoconstitucionalismo busca modificar os antigos paradigmas com o fim de garantir e concretizar os direitos fundamentais da pessoa humana, os quais ficaram principalmente a cargo do Poder Judiciário, não obstante serem de responsabilidade do Estado como um todo.

2.3 A Efetividade dos Direitos Fundamentais à Luz do Neoconstitucionalismo

Conforme exposto, alguns dos principais efeitos decorrentes do neoconstitucionalismo foram a atribuição de plena eficácia a todos os preceitos constantes no corpo de normas do documento constitucional; a valorização dos princípios como verdadeiras normas jurídicas; e, a criação de instrumentos para concretizar as normas constitucionais. Konrad Hesse (1991) assevera que todas as normas constitucionais têm aplicabilidade direta, até mesmo aquelas ‘meramente’ programáticas produzem um mínimo de efeitos.

Em consequência, ao Estado impõe-se o dever de efetivar os mandamentos constitucionais, concretizando os direitos fundamentais dos cidadãos, sejam tais direitos individuais ou coletivos, dependam de uma atitude omissiva ou proativa do Estado, seja este Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Os direitos fundamentais são aqueles sem os quais a pessoa humana não viveria com dignidade, como a própria nomenclatura faz referência, são direitos basilares ao bem estar dos indivíduos. A doutrina tem diferenciado os termos ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, afirmando que estes consistem no rol de direitos institucionalizados no direito interno de um Estado, enquanto aqueles seriam os internacionalmente consagrados a todos os povos do mundo, senão vejamos:

“As expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizados como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem concreta.” (CANOTILHO, 1998, p. 387)

Contudo, o importante é que o elenco desses direitos, de acordo com as particularidades culturais de cada país, é considerado essencial, podendo ser exercidos de pronto e opostos a qualquer outrem, inclusive ao próprio Estado, que por ventura ameace a sua fruição, ressalvados aqueles direitos fundamentais que precisam de regulamentação específica e detalhada para seu exercício pleno (ex. normas de eficácia limitada) ou que dependam de ações positivas do Estado para que possam ser usufruídos (ex. direitos sociais), casos em que, não obstante não possam ser exercidos desde logo, podem ser exigidos imediatamente através dos meios adequados.

Esta exigibilidade plena dos direitos fundamentais também decorre do chamado Garantismo Constitucional, teoria defendida por Luigi Ferrajoli, segundo a qual “en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio” (FERRAJOLI, 2006, p. 44).

O Garantismo Constitucional, em outras palavras, é a teoria que defende a submissão do Estado tanto às normas escritas, formalmente válidas, quanto às normas materialmente legítimas, cujo conteúdo, portanto, esteja de acordo com os valores ético-morais consagrados constitucionalmente, e, além disso, tal sujeição deve alcançar a produção e aplicação de normas jurídicas. Consoante aduz Ferrajoli (2012, p. 23):

[...] a legalidade não é mais - como no velho modelo paleopositivista - somente ‘condicionante’ da validade das normas infralegais, mas é ela mesma “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. Todo o direito se configura, desta maneira, como uma construção inteiramente artificial, na qual são reguladas não apenas as formas, como ocorria no velho paradigma formalista do paleopositivismo, mas também os conteúdos, através dos limites e vínculos a eles impostos pelo paradigma constitucional.

Dessa forma, o respeito aos direitos fundamentais e, em consequência, ao princípio da dignidade da pessoa humana são as bases do Garantismo Constitucional, o qual, no contexto do neoconstitucionalismo, passa a ser o norte de atuação do legislador e do juiz, que devem observar o conteúdo da Constituição quando no exercício de suas funções.

Ademais, a importância dos direitos fundamentais está alicerçada em suas próprias características, quais sejam, “a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade e a categoria constitucional” (MEDEIROS, 2006, p. 16), esta última alcançada pelo neoconstitucionalismo. Dessa forma, ao Estado cabe proteger e concretizar todos os direitos fundamentais, sem desprezar nenhum deles, universalmente a todos os indivíduos, de forma igualitária e com prioridade, uma vez que a Constituição está hierarquicamente acima das outras normas.

Apesar de todo o destaque recebido pela Constituição em decorrência do advento do neoconstitucionalismo, no Brasil, os direitos fundamentais nela previstos, ainda dificilmente eram concretizados, principalmente no que se refere aos direitos sociais, que dependem da execução de políticas públicas⁶, cuja atribuição é do Poder Executivo, para que

⁶ Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 251) “providências [...] para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

sejam efetivados, e, dos direitos dispostos em normas de eficácia limitada⁷, que se sujeitam à regulamentação infraconstitucional, por parte do Poder Legislativo, para que possam ser exercidos.

Por conseguinte, milhares de pessoas se veem desamparadas por um Estado omissivo quanto ao dever de legislar e ineficiente no que tange à efetivação de políticas públicas e serviços públicos essenciais, não lhes restando, assim, alternativa senão buscar socorro junto ao Poder Judiciário, cuja função inafastável é apreciar lesões ou ameaças aos direitos consagrados no sistema jurídico brasileiro (art. 5º, XXXV, CRFB/88; Princípio da inafastabilidade⁸).

Dessa forma, a cada ano se tornou crescente o número de ações judiciais em busca de efetivação dos direitos fundamentais e os magistrados e tribunais, sob a égide dos novos paradigmas trazidos pelo neoconstitucionalismo, buscam solucionar litígios de todo gênero, tratam eles sobre ineficiência de políticas públicas, quando, por exemplo, um indivíduo não recebe a assistência à saúde garantida pela Constituição, ou sobre direitos individuais de alguma categoria profissional que não pode ser exercido por ausência de norma regulamentadora, a exemplo do direito de greve dos servidores públicos.

Acontece que, por vezes, não há no ordenamento jurídico solução para os casos difíceis⁹, e, para resolvê-los o Poder Judiciário precisa valer-se das mais diversas técnicas interpretativas com o fim de chegar a uma solução justa para o caso concreto, considerando por óbvio o direito vigente, mas utilizando-se, por vezes, de criatividade, atitude esta intitulada ora de judicialização, ora de ativismo judicial.

⁷ Norma de Eficácia Limitada é aquela que depende de regulamentação normativa por parte do Poder Legislativo para que o direito nela previsto possa ter seu exercício viabilizado (SILVA, 2006).

⁸ Art. 5º, XXXV, CRFB/88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. O princípio da inafastabilidade diz respeito ao “direito de acesso à jurisdição que foi ampliado pela Constituição de 1988, de forma a abranger não apenas a via repressiva (“lesão”), mas também a via preventiva (“ameaça a direito”)” (NOVELINO, 2016, p. 410). Além disso, este princípio garante que o Judiciário não pode se eximir de julgar as questões que lhe são submetidas.

⁹ De modo geral, entende-se que um caso difícil é aquele para o qual não a regra no ordenamento jurídico que se aplique a ele ou quando há mais de uma regra que o solucione ou, ainda, quando a solução para o caso causa estranheza à coletividade e aos costumes. (DWORKIN, 2007).

3 JUDICIALIZAÇÃO *VERSUS* ATIVISMO JUDICIAL

Conforme já abordado, o advento do neoconstitucionalismo provocou mudanças no conceito de Constituição e no sistema hermenêutico do direito, gerando efeitos no ordenamento jurídico, tais como a atribuição de uma nova efetividade aos direitos sociais, que passaram a ser plenamente exigíveis, trazendo, ainda, a ideia de que as normas programáticas produzem efeitos desde logo.

Não obstante os avanços teóricos trazidos pela nova face do constitucionalismo algumas consequências, tidas como negativas por parte da doutrina, o acompanharam. São elas (1) o fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes da União; (2) a preponderância das normas-princípio sobre às normas-regra; e, (3) a panconstitucionalização do Direito (VIEIRA JÚNIOR, 2013, p. 52-53). Ressalte-se que a judicialização e o ativismo judicial decorrem destas consequências, razão pela qual é relevante a abordagem de cada uma delas.

A priori, vale aduzir que a priorização da concretização dos direitos fundamentais trazida pelo neoconstitucionalismo promove, naturalmente, o Poder Judiciário à um patamar mais elevado de importância, visto que lhe é atribuído o título de guardião das regras e princípios que compõem a Constituição.

O problema, segundo leciona Daniel Sarmiento, é que “numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga.” (2009, p. 13), portanto, quando o magistrado, através de seu poder de decidir, efetiva um direito social, cuja atribuição é do Poder Executivo por meio de políticas públicas, ele pratica uma conduta que pode ser considerada antidemocrática, uma vez que juízes, em sua maioria, não são eleitos pelo povo.

Além disso, a preponderância da norma constitucional sobre as demais normas deu ao Judiciário o dever de observar, quando necessário, aquelas em detrimento destas para solucionar o caso concreto. Segundo Dworkin, é desta premissa que surge o ativismo judicial, isto é, quando o julgador, visando efetivar direitos constitucionalmente consagrados, desconsidera as regras legisladas, gerando insegurança jurídica na medida em que cria regra jurídica *post factum*. Nas palavras de Dworkin: “[...] se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente a um caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato”. (2002, p. 132).

Todavia, uma democracia não é formada apenas pelo respeito às eleições, tampouco a conservação da segurança jurídica é atingida apenas pela observância da estrita legalidade. O próprio Daniel Sarmiento reconhece que a democracia também é composta através da fruição de direitos basilares pela sociedade:

É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia dos direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção as minorias. (2009, p. 13).

Ademais, a segurança jurídica é alcançada quando os direitos fundamentais constitucionalmente previstos são efetivados, especialmente em países como o Brasil, onde frequentemente há violação e descaso por parte do Estado em relação a estes direitos. Nesse sentido, leciona Zagrebelsky que em um contexto jurídico como o que temos no Brasil, o ativismo jurídico acaba sendo aceitável socialmente, principalmente levando em conta que o juiz de hoje deve observar não apenas a letra fria da lei quando profere decisões, mas também os princípios e valores sociais:

“Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia” (2007, p. 153).

Outrossim, com a supremacia da Constituição o direito passou a ser composto não apenas por regras, mas também por princípios, uma vez que as normas de direitos fundamentais e justiça social, constantes no documento constitucional, têm esta natureza. Dessa forma, considerando que a Constituição é formada, em sua maioria, por normas-princípio, bem como que é hierarquicamente superior as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, via de consequência, há, no novo sistema jurídico trazido pelo neoconstitucionalismo, uma preponderância dos princípios sob as regras.

Regras são normas “[...] aplicáveis a maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2007, p. 39), em outros termos, as regras são extremamente objetivas e se o fato social não se aplica

perfeitamente ao que nela está previsto, ela não poderá ser utilizada. A elas, portanto, é empregado o método da subsunção.

Os princípios, por sua vez, “[...] possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” (DWORKIN, 2007, p. 42), deste modo, são normas de caráter aberto e flexível que, a depender da interpretação dada pelo jurista, pode ou não solucionar o caso concreto, utilizando-se da técnica da ponderação¹⁰.

Aqui, o problema, segundo os doutrinadores positivistas, consiste na insegurança jurídica causada pela aplicação preponderante das normas-princípio, por possuírem caráter aberto e flexível, na medida em que o juiz pondera, no caso concreto, qual e como o princípio deve ser aplicado.

Paulo Ricardo Schier destaca que a preponderância das normas-princípio “tem gerado, [...], uma compreensão inadequada da chamada dogmática constitucional principialista, eis que, por certo, nem tudo pode ser reconduzido aos princípios e, até mesmo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.” (2005, p. 20). Frequentemente, no Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido utilizado como “coringa” para resolver qualquer caso concreto que envolva direitos fundamentais, independentemente do conteúdo das demais normas do sistema jurídico.

Assim, não são os princípios nem a técnica da ponderação em si que podem gerar a temida insegurança jurídica, consoante assevera Humberto Ávila, o subjetivismo e a desvalorização da lei sucedem a uma ponderação desvirtuada na qual os princípios servem de fundamento para quaisquer casos, de forma autônoma, sem a utilização de um raciocínio objetivo, prévio e de acordo com as demais regras constitucionais e legais que compõem o ordenamento jurídico como um todo, *verbis*:

“É preciso dizer, no entanto, que não é a ponderação, enquanto tal, que conduz à constitucionalização das regras (constitucionais e legais), à desvalorização da função legislativa e ao subjetivismo. O que provoca essas conseqüências é a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamento para uma decisão, independentemente e por cima de regras, constitucionais e legais, existentes, e de critérios objetivos para sua utilização. Uma ponderação, orientada por critérios objetivos prévios e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num

¹⁰ “[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), [...]” (BARCELLOS, 2008, p. 55), “o principal critério a ser empregado para sua realização é o princípio da proporcionalidade com os seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 518).

sistema de separação de Poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas”. (ÁVILA, 2009, p. 18).

Fortalecimento do Poder Judiciário, prevalência dos princípios, e agora, panconstitucionalização do direito. Todos os ramos do direito são constitucionalizados e isto é reflexo, também, da posição superior-hierárquica da norma constitucional. O neoconstitucionalismo disseminou a ideia de que o sistema jurídico constitucionalizado, completamente voltado às disposições da Constituição, é o idealmente justo, igualitário e que preza pela dignidade da pessoa humana.

Assim, cabe ao intérprete da norma, diante do caso concreto, analisar toda e qualquer norma infraconstitucional com base no conteúdo da Constituição, além de aplicar as normas nela previstas de forma direta e extensiva a fim de dar-lhe máxima efetividade.

A crítica ao panconstitucionalismo cinge-se à restrição da liberdade do legislador, com uma conseqüente lesão à democracia, uma vez que a norma infraconstitucional é arbitrariamente desprezada em favor da norma constitucional.

Entretanto, é o subjetivismo do magistrado que assola a constitucionalização do direito trazida pelo neoconstitucionalismo. Portanto, não pode o que se entende por justiça ser reduzido às normas constitucionais e a um decisionismo judicial afastado de uma interpretação sistemática¹¹ de todo o sistema jurídico. A irradiação da constituição deve ser baseada na racionalidade prática, em uma argumentação jurídica consistente, e, ainda, no respeito às regras positivadas (SARMENTO, 2007, p. 113-148).

Destarte, observa-se que algumas características do neoconstitucionalismo quando radicalmente aplicado trazem problemas jurídicos, porquanto incompatíveis com a segurança jurídica, democracia e liberdade. O ativismo judicial é um destes problemas, decorrente do exagerado fortalecimento do Poder Judiciário, desmedida prevalência dos princípios e extrema panconstitucionalização do direito.

Mas, conforme desde logo fica claro, a doutrina neoconstitucionalista deve ser aplicada de forma a compatibilizar-se com as regras jurídicas e com a técnica da subsunção, a fim de otimizar o Direito e seus métodos de aplicação, para se alcançar as tão desejadas justiça e segurança jurídica.

Pois bem, feitas as devidas críticas, verifica-se que com as novas técnicas de controle constitucional, bem como de outras atribuições conferidas ao Supremo Tribunal Federal e, mormente com a extrema indispensabilidade dos direitos fundamentais individuais e coletivos

à dignidade dos cidadãos decorrentes do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário tem se valido muitas vezes de criatividade para conseguir concretizá-los, uma vez negados pelo Estado Administrador ou esquecidos pelo legislador ordinário.

A priori, é importante destacar que há certa confusão conceitual entre os institutos da judicialização e do ativismo judicial, os quais são fenômenos distintos. Ambos pressupõem uma atuação protagonista do Poder Judiciário e refletem os novos paradigmas trazidos pelo neoconstitucionalismo, contudo distinguem-se na sua forma e consequências.

A judicialização acontece quando o Poder Judiciário, através de suas decisões, efetiva direitos que prioritariamente seriam efetivados através de políticas públicas, cuja atribuição constitucional é do Poder Executivo, assegurando ao jurisdicionado os direitos teoricamente garantidos na Constituição. Tassinari ensina que:

“[...] a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica das sociedades de massas.” (2013, p. 32-33)

Dessa forma, há uma intervenção do judiciário na seara de competência de outro poder, ora ineficiente, quando concretiza um direito social que deveria ter sido disponibilizado de modo eficaz pelo Estado Administrador. Ainda, “é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes” (STRECK, 2014, p. 56).

A judicialização sucedeu a redemocratização do Brasil, ocorrida em 1988 com a promulgação da Constituição Federal (BARROSO, 2008), quando o Poder Judiciário tornou-se um real poder-político com garantias e prerrogativas próprias.

Decorreu, também, da constitucionalização (BARROSO, 2008), isto é, quando a Constituição foi elevada a um grau de importância superior no ordenamento jurídico tratando de matérias antes deixadas a cargo do legislador ordinário. Com isto, sob o novo paradigma, questões previstas em normas constitucionais poderiam facilmente ser transformadas em uma pretensão jurídica.

¹¹ A interpretação sistemática é aquela que leva em conta todas as demais normas que constam no ordenamento jurídico para extrair o sentido daquela que se quer aplicar ao caso concreto.

Outrossim, outra causa da judicialização é o sistema de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008), pelo qual, qualquer juízo pode deixar de aplicar uma regra caso entenda ser ela incompatível com a Constituição (controle difuso), bem como, questões jurídicas podem ser levadas, abstratamente, ao Supremo Tribunal Federal para verificação de sua constitucionalidade (controle concentrado). Com isto, quase tudo, no Brasil, passa a ser potencial objetivo de litígio.

Portanto, a judicialização é consequência do neoconstitucionalismo, do novo modelo constitucional adotado no Brasil, e contribui para o avanço proposto por este movimento, tendo em vista que objetiva concretizar os direitos fundamentais da pessoa, constitucionalmente previstos, respeitando os limites cujo direito impõe, não obstante reflita em uma interferência moderada nas atribuições dos demais poderes da União, quando estes não funcionam adequadamente.

Em suma, este fenômeno tem sua forma delineada pelo direito, no sentido de existir o respeito às normas e princípios por parte do magistrado, quando se depara com um caso de judicialização da política, respeitando os limites do poder de decisão. Dessa maneira, a consequência direta da judicialização é a concretização dos direitos fundamentais das pessoas conjuntamente com o respeito aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o ativismo judicial caracteriza um fenômeno de ruptura com o sistema jurídico em que o órgão de interpretação, em verdade, ignora o texto, e faz uma construção interpretativa que foge completamente da letra da norma, sem embasamento técnico para tanto. Por conseguinte, essa atividade acarreta violação de princípios fundantes da república federativa, a exemplo da separação dos poderes da União.

Dito isto, fica claro que “o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais” (STRECK, 2016), mas há um voluntarismo social de que ele é bom, de onde surge o entendimento que o ativismo consubstancia-se na guarda da Constituição Federal frente a comportamentos que venham a prejudicar os direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que a vida digna de uma coletividade não pode ser ponderada menos importante que conveniências político-partidárias, afinal, conforme entendimento de Andrade (2007), o Poder Judiciário é competente para verificar e conter a legalidade de qualquer ato, inclusive os emanados do Poder Público a fim de conferir se a medida encontra-se de acordo com os princípios consagrados na Constituição Federal brasileira.

Todavia, em verdade, o ativismo judicial “representa uma ação que ultrapassou os limites que a atividade do juiz deve receber” (OLIVEIRA, 2008, p.31), em outras palavras,

“um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)” (STRECK, 2014, p. 621), sob o pretexto do dever constitucional de concretizar os direitos fundamentais e ignorando as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico, além dos métodos interpretativos previamente estabelecidos que auxiliam a solução dos conflitos sociais de forma justa.

Sendo assim, o magistrado ou tribunal é ativista quando, por exemplo, decide contrariamente à lei evidentemente constitucional ou quando, nos casos sobre direito à saúde, concede tratamentos médicos ou fornecimento de medicamentos de valores absurdamente desproporcionais em detrimento de toda uma coletividade que precisa de outros milhares de tratamentos e medicamentos de valores mais baixos. Nas palavras de Lenio Streck:

“[...] conceder um tratamento que consumirá um terço do orçamento do município é um caso de judicialização que acaba em ativismo.”

“decisões *contra legem* são práticas ativistas, porque, nesse caso, o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos do constituinte e/ou do legislador ordinário. Também é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma, remetendo o direito aos cânones formalistas.” (STRECK, 2016).

Na análise de um caso concreto, pode ser sutil e difícil identificar se a decisão judicial reflete um caso de judicialização ou de ativismo. Mas, repise-se que, conforme ensina Streck (2016), “a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias.”, por outro lado, “a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade” (STRECK, 2016).

Em síntese, embora respeitando renomadas doutrinas sobre o assunto, somos partidários de que o ativismo judicial exterioriza-se na fuga do magistrado para longe do ordenamento jurídico resolvendo o caso concreto com a convicção íntima do que entende ser correto e justo para solucionar o litígio. Assim, verifica-se que o perigo do ativismo judicial centra-se na ultrapassagem dos limites do poder de decisão do magistrado, em decorrência do qual há afronta aos fundamentos da República Federativa do Brasil, tais com a separação dos Poderes da União e a Democracia, construídos durante séculos de avanços sociais e jurídico-científicos.

3.1 Atividade Interpretativa do Juiz

Entendidas as diferenças entre judicialização da política e ativismo judicial, e, sabendo-se que “[...] juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana ou boa-fé objetiva” (BARROSO, 2008, p. 09), bem como, entendendo que por meio desta atribuição eles “tornam-se, coparticipantes do processo de criação do Direito.” (BARROSO, 2008, p. 09), é importante discorrer sobre o que é e como ocorre a atividade interpretativa do magistrado, em decorrência da qual pode resultar ou não em decisões ativistas.

Como se viu, o neoconstitucionalismo criou uma nova percepção da Constituição e do seu papel na interpretação do Direito. Agora, as novas Teorias Constitucionalistas apregoam que nos tempos atuais a hermenêutica jurídica deve partir de parâmetros de Juridicidade, substituindo-se a velha técnica da subsunção, que se preocupa apenas com a legalidade/ilegalidade dos fatos jurídicos.

Então, a regra positivada, com sua supervalorização advinda do positivismo jurídico, passa a dar lugar a um “sistema jurídico que é uma rede aberta, tópica e axiologicamente hierarquizada de regras, princípios e valores” (ARONNE, 2001, p. 55). Com isto, o critério da subsunção automática tornou-se insuficiente frente às novas necessidades de legitimidade e correção valorativa na solução dos conflitos. Conforme leciona Ana Cláudia Bastos de Pinho:

Juízes formados na tradição positivista e acostumados a (só) decidir com base em regras de tudo ou nada, efetuando aplicações silogísticas e operando a partir de métodos tradicionais de interpretação, teriam, agora, de trabalhar com princípios e acudir em questões de mais alta relevância, envolvendo direitos e garantias fundamentais. (2011, p. 14)

Sendo assim, anteriormente, o juiz, visto como “a boca da lei”, tinha o dever de rigorosamente aplicar a regra da forma como estava posta e se a situação concreta se enquadrasse perfeitamente ao que ela previa, com o fim de garantir a tão almejada segurança jurídica. Entretanto, atualmente, com as mudanças teóricas provocadas pelo constitucionalismo, o magistrado não possui mais esse dever, ao contrário, sua obrigação é preservar a Constituição e, para tanto, interpretar toda a legislação em conformidade com ela.

Logo, a interpretação da Constituição “– entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como espaço de mediação ético-política da sociedade – é o topos hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do

restante do sistema jurídico” (STRECK, 1999, p. 358). Além disso, a hermenêutica constitucional está fundada tanto na ideia de que o texto constitucional deve ser autossustentável, bem como que as demais regras integrantes do ordenamento jurídico devem estar de acordo com ela (Op. cit, 1999).

A Juridicidade, portanto, é a vinculação do interprete e aplicador do Direito a todo um conjunto normativo, positivado ou não, dotado de valores e princípios ético-morais, deixando-se de lado a legalidade estrita – pela qual apenas a letra fria da lei deveria ser observada e aplicada ao caso concreto – mas não se afastando por completo do conteúdo das leis. Nesse sentido, “se é inadmissível a crença de que o intérprete tenha de descobrir a intenção do legislador ou da lei, sem margem de apreciação justa ou proporcional, também é certo que não se devem quebrar as regras legais, abrindo exceções injustificáveis” (FREITAS, 2009, p. 71).

Neste compasso, o magistrado deve buscar solucionar os conflitos, com os quais se depara, através de um raciocínio jurídico que leve em conta o conteúdo das leis conjuntamente com a concordância destas em face dos valores de justiça, “a procura de uma solução que seja ‘não apenas de acordo com a lei como também equitativa, razoável e aceitável’” (ATIENZA, 2006, p. 77).

Dessa forma, é utilizando a hermenêutica jurídica que o julgador concretiza o direito e soluciona os litígios, respeitando a Constituição. A hermenêutica, sob uma perspectiva clássica, é a ciência que auxilia o interprete, por meio de métodos específicos, a compreender o Direito, para assim, aplicá-lo. “A hermenêutica mais contemporânea, [...], trata-se de verdadeira filosofia e, portanto, não de uma disciplina acessória, mas sim fundante e, [...], vinculada à própria existência e sua vinculação com a linguagem” (OLIVEIRA e STRECK, 2015).

Ainda, consoante leciona Lenio Streck (2003), é com a hermenêutica jurídica que o Poder Judiciário pode desempenhar seu notável papel, sem que sua atividade resulte em ativismo judicial ou discricionariedade, cumprindo eficazmente as atribuições conferidas a ele pela Constituição Federal.

Posto isto, é importante destacar que hermenêutica e interpretação não se confundem, a primeira, como dito, é uma ciência, e como tal possui um objeto de estudo, que consiste na aplicação de diversos métodos para subsidiar o ato de interpretar. Neste sentido, ela “é parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo da sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize” (MAXIMILIANO, 2002, P. 1).

Em contrapartida, interpretar é dar sentido a determinado texto, é o “ato de explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto, produzir por outras palavras um

pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém” (Op. cit, 2002, p. 7). Assim, interpretar consiste em criar um diálogo mental com o texto, objetivando entender o seu propósito, sua essência.

Para que uma interpretação seja completa e eficaz a ciência hermenêutica traça algumas premissas para subsidiar esta atividade. Estas premissas são os métodos por meio dos quais se pode alcançar o verdadeiro sentido do texto que se quer interpretar, são eles os métodos gramatical, sistemático, histórico, teleológico-axiológico e sociológico.

O ponto de partida do interprete é considerar a literalidade do texto normativo, entendendo o significado das palavras utilizadas pelo redator da lei. A interpretação gramatical “é aquela que, hoje em dia, tem como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal” (FRANÇA, 1997, P. 8), ela é importante para a atividade interpretativa do juiz, mas sozinha torna-se insuficiente para se chegar a uma conclusão justa e eficaz para o caso concreto.

Analisar o sistema no qual está inserida a regra deve ser o segundo passo do intérprete, porquanto “não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo.” (BARROSO, 2004, p. 136).

A técnica da interpretação sistemática observa a norma dentro de um sistema, que por sua vez sofre influência externa de outros sistemas e este grande ‘todo’ deve ser considerado no momento de extrair um sentido do texto objeto de análise. Nesse sentido, defende Raimundo Falcão:

O direito há de ser interpretado em conjunto com outros sistemas. Trata-se o sistema jurídico de uma unidade, mas não uma unidade isolada. Recebe influxos, na sua formação e em sua aplicação, de outros sistemas sociais. Nesse sentido, o sistema jurídico é insuficiente – ou melhor dizendo, é insuficiente a análise isolada do conjunto de normas jurídicas – para a resolução de questões complexas, os chamados hard cases. (2007, p. 3.557)

Ainda, o interprete não pode perder de vista os antecedentes históricos que precederam a criação da lei objeto de exame. Evidentemente, a sociedade evolui, os valores e conceitos sociais mudam no decorrer dos anos e a interpretação do texto normativo deve acompanhar tais mudanças.

Não obstante isto, o método da interpretação histórica é fundamental para que o jurista compreenda que o Direito é dinâmico, adequando-se as mudanças sociais da comunidade e, portanto, “as disposições antigas, restabelecidas, consolidadas ou simplesmente aproveitadas

em novo texto, conservam a exegese do original.”, assim como “pelo espírito das alterações e reformas sofridas por um preceito em sua trajetória histórica, chega-se ao conhecimento do papel que o texto é chamado a exercer na atualidade” (MAXIMILIANO, 2002, p.114).

Há também o método teleológico, com ele o intérprete busca desvendar o fim para o qual a norma se destina. O Direito em si é uma ciência de caráter finalístico, dirigido à pacificação social, por isso, “não importa a norma, ela há de ter, para o hermeneuta, sempre um objetivo que tem para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa os fins sociais do direito às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que elas não estejam sendo atendidos)” (FERRAZ Jr. 2008, p. 266-267).

Ademais, além de observar a literalidade do texto (método gramatical), o conjunto normativo de regras e princípios em que a norma está inserida (método sistemático), o contexto histórico e atual em que a norma foi criada e estará sendo aplicada (método histórico) e o fim social à que ela se destina (método teleológico), o intérprete, igualmente, deve adaptá-la às reais necessidades sociais, a esta atividade mental dar-se o nome de ‘método sociológico’.

“O processo sociológico conduz à investigação dos motivos e dos efeitos sociais da lei” (HERKENHOLFF, 1986, p.28) de forma que devem ser observados os fatos sociais em razão dos quais a norma foi criada, objetivando analisar a aplicabilidade desta norma aos novos fatos sociais surgidos após a criação da referida norma, para, então, delimitar o seu alcance de acordo com as necessidades sociais de uma comunidade.

A hermenêutica não se limita a estas cinco técnicas interpretativas. Por meio dela, o magistrado também pode valer-se de métodos integrativos do sistema jurídico, que são eles a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade, igualmente objetivando compreender o sentido da norma para solucionar o caso concreto.

A analogia é a operação que permite ao intérprete utilizar uma regra, destinada a determinado caso, para solucionar um caso diferente, mas semelhante àquele. Assim, “a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo” (MAXIMILIANO, 2002, p. 173). Portanto, a aplicação analógica pressupõe que a situação assemelhada tenha a mesma razão de decidir para que a norma seja utilizada analogicamente, dando tratamento equitativo a casos congêneres.

Por sua vez, os costumes, que nascem de condutas iguais e reiteradas ao longo dos anos, tem sua utilidade construída na medida em que refletem um rígido ‘dever ser’, e,

consequentemente, dotados de força cogente, como se lei fossem. “Como elemento da hermenêutica o costume não é aproveitado por obrigação; fica o seu emprego, neste particular, ao critério do aplicador do Direito, como acontece, aliás, com os demais fatores do trabalho interpretativo” (MAXIMILIANO, 2002, p. 155).

Ainda, a ciência hermenêutica vale-se dos princípios gerais do direito e da equidade para integrar e interpretar o ordenamento jurídico, tais princípios “são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, 2009, P. 304 – 305).

Por outro lado, a equidade consiste no “duplo papel de suprir lacunas dos repositórios de normas, e auxilia a obter o sentido e alcance das disposições legais” (MAXIMILIANO, 2002, P. 140), através dos ideais de justiça e igualdade. Por meio dela o julgador decide utilizando um pensamento previamente pautado nas normas e valores que compõem o ordenamento jurídico, mas de forma inovadora.

A atividade interpretativa do juiz, portanto, deve pautar-se nas ferramentas disponibilizadas pela ciência hermenêutica e “para compreender corretamente um texto o intérprete precisa reduzir a distância temporal que o separa de seu objeto, afastar seus pré-conceitos, e desenvolver uma experiência que equipare o seu espírito com o daquele que criou o texto”. (OLIVEIRA; STRECK, 2015), para que assim, em tese, alcancem-se decisões judiciais que reverbere segurança jurídica e justiça.

No cenário jurídico atual, em que o Poder Judiciário figura como protagonista entre os Poderes da União, tem-se assistido a patologia do ativismo judicial assolar, de forma mascarada, o sistema jurídico brasileiro, na medida em que o “comprometimento”¹² com a justiça social torna-se preponderante sobre a aplicação da lei e o judiciário, na figura do próprio Supremo Tribunal Federal, tem aplicado o que entende por ‘justiça social’ segundo suas íntimas convicções em detrimento do respeito às regras e da interpretação segundo parâmetros legítimos de juridicidade.

Afastar-se das suas íntimas convicções, de fato, não é tarefa fácil, o juiz como ser humano que é, cresce e se desenvolve aprendendo e internalizando pré-conceitos sobre os mais variados assuntos. Por isso, é necessária a existência de uma teoria da decisão jurídica

¹² Aqui as aspas se justificam porque, em verdade, não há um compromisso com a justiça social como se pensa, uma vez que a justiça social se alcança com a aplicação do ordenamento jurídico como um todo e não contrariamente a ele para satisfazer clamores sociais.

que imponha limites ao poder de decisão do magistrado, objetivando podar os vícios que vêm desprestigiar ou possam vir a macular as decisões judiciais.

3.2 Teoria da Decisão Jurídica

Não existe no Brasil uma teoria da decisão jurídica adotada institucionalmente e bem delineada, que submeta os magistrados às suas disposições, “que se dedique, efetivamente, a pensar na construção de limites para a interpretação judicial, demonstrando que nem tudo é possível e que nem todas as respostas são certas, do ponto de vista da Constituição e da democracia.” (PINHO, 2011, p. 23-24).

Lenio Luiz Streck (2013) defende a ideia de que é preciso afastar-se das bases teóricas do antigo positivismo jurídico, que ainda subsiste no direito brasileiro, bem como do temido solipsismo¹³ teórico da filosofia da consciência e aproximar-se da hermenêutica para que se possa “pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, *livre, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas*” (2013, p. 121, grifos do original).

Destarte, a consciência do juiz não pode ser utilizada como fundamento para a prolação de uma decisão sob o pretexto de estar-se decidindo conforme o livre convencimento ou em razão da busca da “verdade real”, justificativas que, em verdade, ocultam a subjetividade do julgador.

Vale salientar que o juiz não escolhe a solução do caso concreto, a escolha “é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância” (STRECK, 2013, p. 123). A parcialidade é intrínseca ao ato de escolher e o magistrado não pode ser discricionário, sob pena de ferir o princípio democrático.

Em contrapartida, decidir é comprometer-se com algo previamente estabelecido. “No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito*. [...] (que não pode ser confundida *com a mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete*).” (Op. cit, 2013, p. 124, grifos do original).

Dessa forma, os novos paradigmas trazidos pelo neoconstitucionalismo, cuja preocupação centra-se na democracia e na concretização dos direitos fundamentais sociais,

¹³ Termo utilizado pelo autor para identificar a postura ativista do juiz, quando decide conforme sua própria consciência ignorando o ordenamento jurídico.

precisam pautar-se em premissas hermenêuticas objetivas e em conformidade com a Constituição, visando:

“a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas de controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.” (Op. cit, 2013, p. 122-123).

É com o alcance destes objetivos que o ativismo judicial poderá ser combatido, e preservado o conteúdo da Constituição, da legislação democraticamente construída, dos valores ético-morais da sociedade, bem como alcançadas a segurança jurídica e a justiça. Dessa maneira, a revalorização do direito não é feita pelo juiz a partir de juízos discricionários, mas sim através do suporte na hermenêutica jurídica.

O subjetivismo retira a marca institucional e política que deve revestir uma decisão do Poder judiciário e coloca em seu lugar a escolha e o modo de pensar isolado de um indivíduo e por isso, deve ser combatido. Importante salientar que isto não significa que o magistrado deve se submeter às leis contrárias à Constituição para distanciar-se do julgamento conforme sua própria consciência, pois “no Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está imune à sindicabilidade de cariz constitucional!” (Op. Cit, 2013, p. 129).

Sendo assim, o direito não é, nem poderia ser, exclusivamente o que o magistrado diz que ele é, mas constitui-se de uma construção densa a partir de preceitos e valores (princípios) previamente estabelecidos, interpretados por meio de uma ciência específica (hermenêutica jurídica) e mediante a reconstrução de um determinado caso concreto. Dessa forma, o aplicador do Direito não pode ser “escravo da(s) estrutura(s) (lembramos do positivismo “primitivo” – de cariz exegetico), portanto, era “assujeitado à lei” (que era igual ao direito)”, tampouco “senhor dos sentidos da estrutura” (Op. Cit, 2013, p. 135), que é o que atualmente acontece através da postura ativista.

O *jus* filósofo Ronald Dworkin desenvolveu em seus estudos uma teoria da decisão jurídica – na qual se baseia Lenio Streck na construção das suas críticas ao ativismo judicial – cujo objetivo é promover “uma discussão teórica correta dos fundamentos do direito, um programa para a deliberação judicial que possamos recomendar aos juízes e usar para avaliar o que eles fazem” (DWORKIN, 2010, p.98). Em outras palavras, o filósofo constrói uma

teoria da decisão que tem a finalidade de analisar regras, princípios e valores sociais a fim de elaborar premissas e parâmetros para subsidiar e avaliar a atividade decisória do magistrado¹⁴.

Três fases devem construir a decisão judicial, segundo Dworkin (2010, p. 55-84), são elas: a pré-interpretativa; interpretativa e pós interpretativa. Na primeira, “são identificados as regras e padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática” (Op. cit, 2010, p. 81). A segunda, por sua vez, demanda que “o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa” (*Idem*, 2010, p. 81).

Portanto, a identificação das regras, princípios e políticas (fase pré-interpretativa) seguida da construção de uma argumentação plausível e voltada ao caso específico (fase interpretativa) precisam ser suficientes “para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática”. (*Idem*, 2010, p. 81).

Finalmente, na terceira etapa, o intérprete deve ajustar suas conclusões ao que o caso concreto precisa para que se alcance justiça. Nas palavras de Dworkin “deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (2010, p. 82).

Seguindo esta linha de pensamento Dworkin defende, em sua teoria da decisão judicial, que o Direito deve ser visto como integridade. Significa dizer que por meio de uma conexão entre princípios e direitos fundamentais dos indivíduos, feita a partir de “uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, [...] construtiva” (*Idem*, 2010, p. 492) o magistrado poderá alcançar justiça e segurança jurídica, afastando-se do ativismo.

Para melhor explicar a teoria defendida, Dworkin faz um contraponto entre o princípio da integridade, o convencionalismo e o pragmatismo jurídico quando voltados para a construção da decisão jurídica.

Para o convencionalismo “uma vez tomada uma decisão clara por um organismo autorizado por convenção, [...], os juízes devem respeitar essa decisão, mesmo achando que uma decisão diferente teria sido mais justa ou sábia” (2010, p. 145-146), isto é, os precedentes jurisprudenciais devem rígida e obrigatoriamente ser observados pelo juiz independentemente da legitimidade da decisão precedente. Não havendo convenções (legislação e precedentes) para o caso sob exame, estará o juiz autorizado a decidir discricionariamente:

¹⁴ Destaque-se que este trabalho não pretende analisar minuciosamente a teoria da decisão desenvolvida por Ronald Dworkin ou outros teóricos, mas sim situar o leitor à ideia de que os limites de poder de decisão do magistrado são inerentes a uma teoria da decisão judicial.

Portanto, a decisão que um juiz deve tomar nos casos difíceis é discricionária no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento de decisões passadas. O juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida. (DWORKIN, 2010, p. 143).

Em contrapartida, o viés interpretativo do pragmatismo “nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado” (*Op. cit.*, 2010, p. 185). Dessa forma, os juízes pragmáticos “devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura” (*Op. cit.*, 2010, p. 195), podendo justificar sua decisão em suas íntimas convicções do que seja melhor para a sociedade.

Acontece que não é através do convencionalismo – que valoriza a padronização do modo de decidir para casos semelhantes – tampouco do pragmatismo, o qual enaltece o solipsismo, que o magistrado decidirá com justiça e segurança jurídica, mas sim mediante uma interpretação integrativa do Direito que conjugue os princípios de justiça e equidade na solução do litígio.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2010, p. 291).

Em suma, a teoria da decisão judicial, construída por Ronald Dworkin e defendida por Lenio Streck como a forma de se combater o ativismo judicial, é baseada na ideia de que o órgão decisório deve exercer uma atividade interpretativa e argumentativa do Direito levando em conta os valores ético-morais socialmente construídos, as peculiaridades de cada caso concreto e a fidelidade aos princípios constitucionais, e, portanto, deve estar sujeito a limites previamente estabelecidos, os quais são o ponto de partida da construção da decisão judicial (fase pré-interpretativa).

Por estes motivos faz-se necessário repensar a atividade interpretativa do magistrado com a finalidade de definir os limites que afastem os perigos causados pela criatividade exacerbada, pelo julgamento conforme a própria consciência e, portanto, pelo ativismo judicial, que desestabiliza a estrutura jurídica do Estado Democrático de Direito.

4. ALGUMAS OBSERVAÇÕES AOS LIMITES DO PODER DE DECISÃO DO MAGISTRADO

Diante de todo o exposto até aqui, percebe-se que o ativismo judicial é uma atitude discricionária que fere o princípio democrático, viola a separação dos poderes e, portanto, desequilibra e ameaça toda a estrutura jurídico-política do Estado Democrático de Direito brasileiro, escondendo-se atrás de uma cortina chamada ‘efetivação de direitos fundamentais’. Por óbvio, devem existir fronteiras na atividade decisória que não possam ser ultrapassadas pelo juiz, limites a serem observados antes de se proferir uma decisão.

Neste ponto é importante ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a identificação de todos os limites que contêm o poder de decisão do Judiciário, mas sim de destacar alguns deles identificados ao longo do estudo bibliográfico aqui desenvolvido sobre o contexto evolutivo do Constitucionalismo, judicialização, ativismo judicial, hermenêutica jurídica e teoria da decisão jurídica.

Pois bem, conforme outrora abordado o Positivismo Jurídico surgiu com a proposta de garantir a segurança jurídica que o jusnaturalismo não pôde, “orientando-se em uma vinculação dedutiva da autoridade à lei superior (subsunção) num esforço para afastar as incertezas e inseguranças decorrentes do uso ilimitado de uma suposta razão superior, lastrada em alegados valores morais absolutos e inquestionáveis” (ZANON JÚNIOR, 2012, p. 24-25).

Ocorre que, para isto, os positivistas supervalorizaram a norma, trazendo como consequência um legalismo exacerbado que prejudicou o alcance da justiça nas decisões judiciais engessadas pela letra da lei. Isto não significa que hoje, sob a égide dos novos paradigmas constitucionais, a lei deva ser descartada pelo jurista ao proferir decisão, ao contrário, salvo nos casos que em a regra é manifestamente inconstitucional, ela deve ser, impreterivelmente, observada, analisada pelo magistrado e interpretada através dos métodos hermenêuticos necessários para subsidiar o alcance de uma solução justa para o caso concreto.

A regra positivada, portanto, é um dos limites do poder de decisão do magistrado, levando em conta que “uma das finalidades centrais do sistema jurídico reside justamente em estabelecer critérios e limites para tomada de decisões que sejam corretas, boas e justas, não apenas quaisquer deliberações previsíveis, a despeito de seu conteúdo” (ZANON JUNIOR, 2012, p. 8).

Assim, a lei, como parte integrante que é do sistema jurídico, esta incluída na fronteira que divide: a atuação justa, equânime e democrática da intervenção ativista por parte do magistrado. Todavia, repise-se, a regra não deve ser utilizada de forma pura e independente de

outras fontes do direito, sob pena de resultar no antigo problema do legalismo jurídico decorrente da teoria juspositivista, nem deve ser rechaçada por completo, correndo o risco de resultar em atuação discricionária, ativista, que pode ocorrer, também, com uma interpretação equivocada da regra:

“Ou seja, apesar de o texto normativo (a legislação ou o precedente judicial) estabelecer uma importante limitação à atividade decisória do juiz, servindo como baliza fixada pela representação política (e, idealmente, democrática), ele não tem um grau de determinabilidade suficiente para expurgar por completo a possibilidade de atuação discricionária.” (ZANON JUNIOR, 2013, p. 139).

Outrossim, a Constituição, como norma-regra que é, ainda mais por ser hierarquicamente superior as demais regras do ordenamento jurídico, parâmetro do controle de constitucionalidade, também é limite a ser observado pelo julgador. “A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política” (STRECK, 2013), proferidas através do executivo, legislativo ou judiciário. Ainda, “a Constituição por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social” (BARRETO, 2013, p. 41).

Acontece que, por vezes, não haverá regra legítima a ser observada pelo magistrado que o subsidie a solucionar o caso concreto. A sociedade é dinâmica e comumente o Poder Legislativo não consegue acompanhar a velocidade da dinamicidade dos fatos sociais. Como solução, o Neoconstitucionalismo dotou os princípios de força normativa, cuja abstratividade e generalidade lhes dão a capacidade de resolver litígios. Dessa forma, igualmente às regras, os princípios também integram a fronteira de limites do poder de decisão do juiz.

Entretanto, não existindo lei específica ou existindo, for ela manifestamente inconstitucional, e os princípios, em tese, aplicáveis ao caso forem conflitantes entre si, o que fazer? Resolve-se com fulcro na convicção íntima do que particularmente se entende justo para as partes envolvidas? Não. Existe um princípio jurídico que de forma específica e autônoma também compõe a linde de limites do poder de decisão do Judiciário, é o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade consiste “na maior satisfação da pretensão de um direito através da menor restrição possível de outro, devendo o ônus ser até a medida do necessário, buscando dessa forma, uma ponderação com o objetivo de harmonizar os direitos que se confrontam” (PEGINI, 2006, p. 95). Subdivide-se, portanto em três preceitos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ressalte-se que mesmo seguindo os preceitos do princípio da proporcionalidade o julgador deve ser cauteloso para não incorrer em uma ponderação decisionista, isto é, “intuitiva, movida por preconceções e valores subjetivos do magistrado” (SALOMÃO, 2013, p. 58), porquanto, dessa forma, resultaria em ativismo judicial.

Ao contrário, conforme leciona Robert Alexy, o sopesamento feito pelo juiz deve ser racional e assim será “quando o enunciado de precedência ao qual ele conduz pode ser fundamentado de forma racional” (2006, p. 165) a partir da construção de ideias baseadas nos referidos subprincípios da proporcionalidade, que são interdependentes entre si.

Especificadamente, a adequação consiste na adoção de uma medida apenas se ela for idônea e adequada para atingir o resultado desejado; a necessidade diz respeito à efetiva imprescindibilidade devidamente justificada da medida escolhida, que deverá, inclusive, ser menos gravosa ao direito oposto que será afetado; e, a proporcionalidade em sentido estrito, impõe que, analisando os interesses dispostos em um litígio, os prejuízos advindos da medida escolhida não podem superar os benefícios (PEGINI, 2006, p. 89).

Assim, o magistrado que se depara com a falta de lei aplicável ao caso concreto, bem como com conflito entre princípios constitucional e socialmente consagrados deve valer-se do princípio da proporcionalidade para resolver o litígio, distanciando-se de decisões discricionárias ou alicerçadas em convicções pessoais. Nesse sentido Eduardo Melo de Mesquita:

As primeiras decisões judiciais concebiam o princípio da proporcionalidade como válvula de escape para evitar uma decisão desmedida ou que claramente revelava-se injusta. A função moderadora do princípio é evidente, pois que é um apelo ao aplicador da lei, no processo de decisão jurídica, para que evite o excessivo, o desmedido, o inadequado, o desnecessário, buscando sempre a solução intermédia e equilibrada. (2002, p. 315).

Portanto, ainda que não haja lei, que exista conflito entre princípios ou que o próprio ordenamento jurídico conceda ao julgador liberdade para decidir, as decisões jurídicas “não poderão, de forma alguma, ser arbitrárias e fundamentadas em convicções pessoais, pois haverá que se ater, às exigências impostas pelo princípio” (PEGINI, 2006, p. 89) da proporcionalidade e seus subprincípios outrora citados.

Além disso, é importante observar que a interpretação da lei e dos princípios não pode ser desmedida, ilimitada, sob o risco de o magistrado distanciar-se da finalidade originária da norma, do contexto em que foi criada, do conjunto no qual está inserida, da justiça e da segurança jurídica, portanto. “É certo que os limites à atuação, sobretudo, no que tange a

conferir maior legitimidade a essas decisões, passa certamente pelo controle interpretativo dos atos normativos e dos conflitos que serão resolvidos a partir de então.” (ALENCAR FILHO, 2011, p. 95).

O ativismo judicial decorre, por vezes, de interpretações demasiadamente destoantes do conteúdo das normas (regras ou princípios), conforme aduz Eduardo Appio “o excesso de intervenção política do Poder Judiciário é operacionalizado através da interpretação dos dispositivos constitucionais e reflete o asfixiamento da sociedade através de uma ‘interpretação adequada’” (2008, p. 34).

Dessa forma, não é através da defesa de um discurso ideológico da Constituição, construído a partir, única ou predominantemente, de um conjunto de convicções baseadas em conceitos pessoais e previamente estabelecidos, e que resulta na exclusão de grupos da sociedade da discussão constitucional, inconciliável, portanto, com a democracia constitucional, (APPIO, 2008, p. 34), que se alcançarão decisões legítimas sob o ponto de vista jurídico-científico.

Assim, a hermenêutica jurídica deve subsidiar a difícil tarefa de interpretar e as técnicas elucidativas por ela disponibilizadas devem ser observadas pelo julgador, na medida em que também integram o rol de limites ao poder de decidir dos órgãos judiciais. Sem dúvida, a busca pelo legal e justo é desafiadora e exige do magistrado um verdadeiro estratagema mental de construção do direito, através da interpretação.

Observando o Direito como linguagem – afinal é por meio da comunicação entre ele e os fatos sociais que os litígios são solucionados – o magistrado depara-se com diversas normas que podem levar à solução do caso concreto e assim, por meio da atividade interpretativa, ele poderá descrever o direito que resolverá a lide ou construí-lo, sendo assim:

A busca pelo juiz de uma solução exata para a causa, pode, em certos casos, exigir, uma obra de criação do Direito, via da interpretação da lei. Tal obra criadora, contudo, está sujeita a limites que não podem ser transpostos com a criação, propriamente, de um direito novo, com incursão em matéria que constitua o próprio fundo do direito, pena da transmutação do juiz em legislador positivo (law maker). (PEREIRA, 2002, p. 107-108)

Para Gregorio Robles “a decisão configura-se como atos de fala que efetivamente geram texto novo, e, dessa forma, direito e decisão se imbricam mutuamente, produzindo-se aquele por força deste” (2005, p. 3). Este autor, portanto, defende a ideia de que o intérprete constrói o direito que dissipará o conflito.

Paulo Barros de Carvalho (2013) advoga a compreensão de que a atividade do intérprete resulta em descrição da norma, prezando por conter um pouco mais a extensão da

atividade hermenêutica do jurista, preocupando-se com o respeito ao limite da interpretação que, para o autor, é o texto da norma.

Uma leitura superficial dos entendimentos acima expostos faz o leitor presumir que são contrapostas as duas teses defendidas por Robles e Carvalho, contudo, analisando as construções teóricas de ambos os autores, Fernanda Mara de O. M. C. Pacobahyba demonstra que, em verdade, as teorias defendidas por eles “partem do direito enquanto linguagem e reconhecem as potencialidades que a lida com o signo¹⁵ podem decorrer” (2016, p. 12), assim:

“Carvalho (2013) tentou chamar à responsabilidade o intérprete para que este não “ultrapasse a ponte”, tendo Robles (2015) promovido o conceito de interpretação de forma mais libertária, mas igualmente entendendo como limite a ser reconhecido e respeitado o que ele denomina de “texto ordinamental”.” (PACOBABHYBA, 2016, p. 12).

Dessa forma, não há dúvidas que a interpretação deve ser limitada como a construção de uma casa é aos materiais disponibilizados para tanto. O arquiteto ou engenheiro no momento em que planeja a casa conjectura qual a melhor forma de ela ser construída – quantos quartos, banheiros, sala, cozinha, se terá primeiro andar ou apenas um pavimento – sempre observando a quantidade e qualidade dos materiais disponíveis (PACOBABHYBA, 2016, p. 11).

À vista disso, assim como os materiais são limites para a construção de uma casa, a literalidade do texto (método gramatical), a cultura na qual cresceu o intérprete (método sociológico), o momento histórico no qual está inserido (método histórico), o conjunto no qual está incluído um dispositivo normativo (método sistemático), etc. são limites para a construção da decisão jurídica.

Assim deve ser a interpretação do magistrado, limitada ao conteúdo das regras, aos princípios e, também, aos métodos hermenêuticos, porque “método é limite, assim como a opção por determinadas palavras no processo de decisão jurídica significa a exclusão de todo um universo que contém outros signos, limitando o processo de construção do texto” (Op. cit, 2016, p.12) e distanciando-se da “superinterpretação”.

Entenda-se a “superinterpretação”, consoante Umberto Eco (1993), como o fenômeno que acontece quando o intérprete ultrapassa os limites, rompendo com que de fato é interpretar um texto, criando um novo excerto. Em outras palavras, significa “uma ruptura (o que seria o momento da produção de uma obra, não mais caracterizada como interpretação de

um texto) da realidade textual, uma quebra da racionalidade pretendida e, talvez, a promoção do surgimento de outro texto” (DANTAS, 1998, p. 162).

Portanto, as leis podem e devem ser objeto de interpretação do magistrado, no entanto este deve observar os limites da lógica do razoável¹⁶, fugindo dos excessos, e, assim, eliminando as possibilidades de criação de um direito inédito, apto a causar insegurança jurídica e desequilíbrio do ordenamento jurídico. Nesse sentido:

Tal obra de criação não pode, porém, insista-se, desbordar para o arbítrio, estando antes sujeita a limites, que não podem ser transpostos para alcançar o fundo do direito, na norma legal contido, em clara violação ao princípio da tripartição dos Poderes, com a transmutação do juiz em legislador positivo, via da criação de um direito alternativo, capaz de carrear insegurança para o direito das partes no processo e o comprometimento de todo um ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2002, p. 112).

Os limites ao poder de decisão do juiz, até aqui expostos, não são exaustivos, outros existem e, conforme concluiu Eco, demarcá-los não é tarefa fácil. Mas, indubitavelmente, os limites aqui referidos servem para conter a criatividade do magistrado e afastá-lo do perigoso ativismo judicial, que como se verá adiante tem estado presente no Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.1 Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Uma análise de casos concretos

Como se viu, a necessidade imediatista de concretização dos direitos fundamentais, trazida pelo neoconstitucionalismo tornou o Poder Judiciário protagonista entre os poderes da União, na medida em que por meio dele as pessoas conseguiam ter satisfeitos seus direitos – a exemplo do direito à saúde através do fornecimento de medicamentos, vagas em hospitais, ou à educação mediante vagas em creches – antes violados ou esquecidos pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Emergiram, então, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, diferentes entre si, conforme outrora exposto, sendo o primeiro equivalente “à ideia de transformações de questões políticas e jurídicas bem como seu trânsito pelos tribunais, sendo considerada

¹⁵ O ‘signo’ no contexto abordado pelo autor citado quer dizer é uma unidade linguística que tem um significante e um significado. A ‘interpretação’, o ‘sentido’ e o ‘alcance’ para o autor, são signos, os quais apontam para a noção de limite.

¹⁶ “A lógica do razoável é uma forma de interpretação que coloca o raciocínio jurídico dentro de uma formalização, evitando a quebra dos valores defendidos pelo Direito. Pode-se dizer que consiste em um conceito lógico consubstanciado em algo justo e razoável, isto é, imparcial e correto, levando em

natural, levando-se em conta o fenômeno da constitucionalização do direito” (SOARES, 2010, p. 7), enquanto que o segundo caracteriza-se pela estrapolação do magistrado quando profere decisões que vão além das variadas fontes do direito consagradas pelo sistema jurídico, “representa uma ação que ultrapassou os limites que a atividade do juiz deve receber” (OLIVEIRA, 2008, p. 31) criando um direito inédito, contrário, portanto, ao Estado Democrático de Direito.

Tais fenômenos, obviamente, também chegaram ao Supremo Tribunal Federal - STF, guardião da Constituição brasileira de 1988, assim intitulado pelo próprio documento constitucional, o qual tem proferido decisões ativistas ao longo dos anos, visando, a princípio, concretizar os preceitos constitucionais, mormente, os direitos fundamentais, fato que será analisado nesta epígrafe. A relevância dessa análise justifica-se em razão da “importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares” (STRECK, 2013, p. 127) podendo, portanto, gerar decisões ativistas em cadeia.

Ademais, a verificação da observância dos limites do poder de decisão dos magistrados se dará através do exame da fundamentação contida na decisão, porquanto o “controle das decisões jurisdicionais, que evita o arbítrio o juiz, é verificado pelos argumentos que este explicita na fundamentação da sentença” (SANTOS, 2003, p. 6).

O primeiro caso que será analisado foi julgado em maio de 2011, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 132/RJ conjuntamente decidida com a ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4.277/DF, cujos objetos foram os mesmos, isto é, pleiteava-se o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidade familiar, assim como é admitido aos casais heterossexuais, para que, em consequência, usufruam dos mesmos direitos.

Como se sabe, historicamente pessoas que se autodeclaram homossexuais sofrem preconceitos nas mais diversas áreas de suas vidas – familiar, profissional, social, religiosa, etc. – representando uma verdadeira exclusão social. Acontece que, ao longo dos anos, com o avanço dos direitos fundamentais, estas pessoas têm conquistado respeito e apoio social, o que com toda certeza influenciou a decisão jurídica que neste momento será objeto de análise.

Ressalte-se que não será alvo de estudo o mérito da questão, mas apenas a atividade cognitiva dos julgadores relativamente à observância dos limites do poder de decidir na fundamentação do caso concreto e sua consequência ou não em ativismo jurídico.

O dispositivo questionado foi o artigo 1.723 do Código Civil – “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” – que, segundo o arguente, em síntese, contrariava os “preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º)” (ADPF 132-RJ, Min. Ayres Britto, p. 11, DJ 05/05/2011).

A Constituição Federal assim prevê: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]. §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”. Em que o conteúdo do art. 1.723, do Código Civil, antes reproduzido, destoa ou contraria o texto constitucional? Entendemos que em nada. Na verdade, há uma reprodução quase que literal pelo Código Civil, não havendo, portanto inconstitucionalidade.

Contudo o resultado do julgamento desta ação, amplamente divulgado na mídia, foi procedente para reconhecer às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, atribuindo em igualdade de condições os direitos das uniões heterossexuais aos casais homossexuais, através da técnica da interpretação conforme a Constituição. Desde já, esclareça-se que este método interpretativo “só é legítimo quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” (CANOTILHO, 1998, p. 230), nesse sentido o próprio relator do julgado, ministro Ayres Britto:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004). (ADPF 132-RJ, Min. Ayres Britto, p. 147, DJ 05/05/2011)

Ora, o que fez o tribunal, senão alterar o significado do texto normativo redigido de forma clara? O relator do julgado, Ayres Britto, baseou sua conclusão em princípios como a dignidade da pessoa humana, liberdade sexual e direito ao amor e a felicidade. Esta fundamentação, de fato, pode ser legítima para basear a concessão de direitos às uniões homoafetivas. Repise-se que o mérito relativo aos direitos dos casais homoafetivos não é objeto de análise deste trabalho, mas sim o argumento interpretativo utilizado pela Corte Constitucional.

Dessa forma, dizer que o legislador constituinte ao dizer “homem e mulher”, também quis dizer “homem e homem” e “mulher e mulher” ultrapassa os limites interpretativos traçados pela hermenêutica jurídica, mormente porque, quando observamos o restante do dispositivo 226 da constituição, percebemos que outros tipos de entidades familiares também foram contempladas por ele, a exemplo da família monoparental¹⁷, de modo que se sua intenção fosse aquela que disse o STF, o legislador constituinte teria assim explicitado.

Repise-se que não se está aqui discordando da possibilidade dos casais homoafetivos usufruírem direitos tais como os companheiros heteroafetivos, mas esse reconhecimento deveria, visando à preservação e integridade do Estado Democrático de Direito, ter sido feito pelo legislador constituinte derivado reformador, pois ao decidir da forma como decidiu, o STF ultrapassou os limites de seus poderes, legislando positivamente.

Resta, portanto, evidente a prática ativista do tribunal no referido caso concreto, inclusive reconhecida pelo ministro Luiz Fux em seu voto, quando aduz ser a decisão do tribunal fruto de ousadia, pois concretiza o que deveria ser efetivado pelo legislador, senão vejamos:

E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes.

De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo. (ADPF 132-RJ, Min. Ayres Britto, p. 85, DJ 05/05/2011).

A ousadia não deve ser parâmetro ou fundamento para decidir. Quando ousa, o magistrado julga conforme sua própria consciência moral e, dessa forma, certamente cairá em

¹⁷ §4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”.

ativismo, ultrapassando os limites da lei, dos princípios, da proporcionalidade e/ou dos métodos hermenêuticos.

Além disso, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, neste caso e em outros, como se verá adiante, representa uma verdadeira intervenção do Judiciário nas funções próprias do Poder Legislativo, caracterizando, por conseguinte, uma atuação política do Poder Judiciário, que, em tese, deveria ser vinculado ao ordenamento jurídico pré-estabelecido e não a moralismos ou clamores sociais.

O segundo caso que merece destaque é o Mandado de Segurança nº 32.326, cujo relator foi o ministro Roberto Barroso. A síntese da demanda consiste na perda, automática ou não, de direitos políticos de parlamentar em razão de condenação criminal transitada em julgado (art. 15, CRFB/88). Até o ano de 2013, o STF tinha o entendimento consolidado, na Ação Penal 470/MG (“Mensalão”), de que a referida perda seria consequência intuitiva da condenação criminal definitiva.

Ocorre que, acertadamente, houve mudança de entendimento do tribunal, quando julgou a Ação Penal 565/RO, decidindo nesta que caberia à Casa Legislativa do condenado (Senador Ivo Cassol) deliberar sobre a perda ou não do mandato parlamentar. Esclareça-se que digo ‘acertadamente’ em razão do teor do art. 55, inciso VI, §2ª, da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...];

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
(grifei).

Observe-se, portanto, que antes de 2013 o STF tinha entendimento consolidado contrário a texto constitucional claro, sem dubiedade de interpretação, modificando posteriormente seu posicionamento, deixando-o de acordo com a vontade do legislador constituinte. Mas, não por muito tempo.

Seguindo o novo entendimento, o STF condenou o deputado federal Natan Donadon na Ação Penal 396/RO pelos crimes de peculato e quadrilha, deixando a declaração de perda do mandato a cargo da casa legislativa respectiva, conforme regulamenta a Constituição Federal. Ato contínuo, a Câmara dos Deputados, optou por não cassar o mandato do referido deputado, fato este que gerou grande insatisfação social, na população, na mídia e, também,

em alguns dos demais parlamentares, um destes, inclusive, foi o impetrante do MS 32.326, que pediu a suspensão da decisão da Câmara dos Deputados, que manteve o Donadon no mandato eletivo.

Em sede de liminar, julgada em 02 de setembro de 2013, o ministro Roberto Barroso (relator) decidiu que a regra geral era a de que as casas do Congresso Nacional deveriam decidir sobre a perda do mandato do parlamentar condenado criminalmente por sentença transitada em julgado, mas isto não se aplica ao caso de a condenação se dar em regime inicial fechado, pois neste caso, há uma “impossibilidade jurídica e fática de seu exercício”, e, portanto, a perda do mandato é direta e inexorável à condenação, *in verbis* as palavras do ministro:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA DE PARLAMENTAR. RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO POR TEMPO SUPERIOR AO QUE RESTA DE MANDATO. HIPÓTESE DE DECLARAÇÃO DE PERDA DO MANDATO PELA MESA (CF, ART. 55, § 3º).

1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado.

2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício.

3. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória.

4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013. (MS 32.326, 2013, p. 01).

O que desde logo se infere da decisão do Ministro Barroso é, primeiro, uma clara contradição em relação a sua decisão imediatamente anterior sobre o mesmo assunto e, segundo, a cessão ao clamor social de uma sociedade insatisfeita com a ‘impunidade’ de um político criminoso que permanece no cargo para, possivelmente, cometer novos crimes contra a Administração Pública.

O problema (ativismo judicial), portanto, acaba ficando escondido atrás de uma sociedade satisfeita com o resultado decorrente da decisão ativista. Escondido porque a referida satisfação social deixa de lado ou simplesmente não se importa com o meio através do qual o resultado será atingido. Aqui, o ‘meio’ é a fundamentação da decisão e o fim o seu

dispositivo/conclusão, de forma que não interessa ao “clamor social” se a decisão do juiz está baseada nas normas (regras ou princípios), se respeita a proporcionalidade ou se é reflexo de uma cognição baseada nos métodos interpretativos disponibilizados por uma ciência específica, como é a hermenêutica, ou, ainda, se é alicerçada em (pré)conceitos e convicções íntimas da pessoa do magistrado, mas apenas se o resultado solicitado foi/será cumprido.

Contudo, o Poder Judiciário, diante de um caso como o aqui referido, “não pode simplesmente mudar de ideia, nem mesmo se houver grande descontentamento da opinião pública. Isso porque, acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão judicial deve ser jurídico — nem moral, nem político” (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 54), sob pena de incorrer em ativismo.

Vale salientar, que a crítica aqui defendida não advoga a tese de que o Judiciário deve ser um poder engessado por seus próprios veredictos, mas alerta para a necessidade de uma fundamentação jurídica sólida e deferente aos limites do poder de decisão dos magistrados, extraídos do próprio sistema jurídico vigente e voltados à preservação da segurança jurídica e dos princípios fundamentais que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Além disso, é o magistrado que conhece ou deve conhecer os perigos, ao Estado Democrático de Direito, que uma decisão ativista causa, e não a sociedade leiga, além de ter a consciência de que os limites ao poder de decidir consistem na verdadeira vontade social, ou seja, um ordenamento jurídico previamente estabelecido democraticamente é o que o Poder Judiciário deve satisfazer.

No caso sob análise, a medida liminar, concedida no processo do Mandado de Segurança nº 32.326 pelo ministro Barroso, foi fundamentada no próprio art. 55, inciso VI, §2ª, da Constituição Federal, outrora citado, aplicando-se a ele os métodos interpretativos gramatical, histórico, sistêmico e teleológico. Analisando a decisão interlocutória do Ministro Barroso observa-se, inicialmente, uma construção de ideias concatenadas com os referidos métodos hermenêuticos que levam o leitor a prever que a conclusão será a manutenção da decisão da Câmara dos Deputados por estar de acordo com o texto constitucional.

Afirma o julgador, quando da análise gramatical da norma constitucional que: “é fora de dúvida que o sentido mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete.” (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 08). Aduzindo, neste ponto, que é indubitosa a competência das Casas Legislativas para decidir sobre a perda ou não do mandato do parlamentar condenado por decisão criminal transitada em julgado, vejamos:

“Pois bem: a norma aqui analisada estabelece, de **modo taxativo**, que no caso de Deputado ou Senador condenado criminalmente por sentença transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta.” (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 08, grifei).

Taxativo, na língua portuguesa, é aquilo que limita ou restringe. No direito, ‘taxativo’, ‘exaustivo’ ou ‘*numerus clausus*’ significa aquilo que é determinado, fechado, que não comporta interpretação extensiva. Assim, ao dizer que a norma do art. 55, inciso VI, §2^a, da CRFB/88, estabelece de modo taxativo a regra de que cabe a Câmara dos Deputados ou a Senado Federal decidir sobre a perda do mandato de parlamentar condenado por sentença criminal definitiva, é o mesmo que entender que não existe exceção neste caso, e, se existisse, estaria prevista no próprio texto constitucional.

Examinando a norma sob o ponto de vista histórico, o ministro Barroso relembra que há época da deliberação da emenda constitucional, que incluiu o referido §2º, no art. 15 da Constituição, o deputado Nelson Jobim, durante os debates, afirmou que “tratar-se-ia de **decisão política** a ser tomada pelo Plenário de cada uma das Casas, na hipótese de condenação judicial de um Parlamentar, [...] a fim de que, a perda do mandato seja uma **decisão soberana** do Plenário da Câmara ou do Plenário do Senado” (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 09, grifei).

Esclareça-se que ‘decisão política’ é aquela que se baseia em critérios de conveniência e oportunidade, isto é, na discricionariedade daquele que decide. São decisões particularmente proferidas pelo Executivo e Legislativo e, por óbvio, não devem ser proferidas pelo Poder Judiciário, vinculado e limitado ao ordenamento jurídico. Além disso, a decisão do legislativo, no caso em análise, tem caráter soberano, significa dizer que ela é absoluta, baseada numa livre convicção¹⁸.

Em continuação a exploração da decisão monocrática do ministro Roberto Barroso no MS 32.326, verifica-se que, sob uma análise sistemática, ele concluiu que o dispositivo do art. 55, inciso VI, §2^a, da CRFB/88, está de acordo com os demais preceitos constitucionais sobre a matéria, não existindo antinomia. Ainda, o julgador entendeu que:

“Mas é fora de dúvida que, em relação à condenação criminal, o constituinte foi explícito quanto a caber a “decisão” – não a “declaração” – ao Congresso, ao contrário do que ocorre na suspensão dos direitos políticos motivada por improbidade. Onde há omissão, é possível uma interpretação

¹⁸ O maior exemplo de decisão soberana no Direito, para que se possa melhor entender, é a decisão do tribunal do júri, proferida pelos jurados.

integradora. Mas onde há norma expressa, não se pode contravir o seu sentido mínimo.”. (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 11)

Ademais, qual a finalidade do art. 55, inciso VI, §2^a, da CRFB/88? Questiona-se o ministro Barroso e conclui afirmando que a decisão política do constituinte foi “preservar a separação de Poderes, garantindo à Casa Legislativa a competência para definir, afinal, acerca da continuidade ou não do exercício do mandato por um de seus membros” (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 12). De fato, a finalidade da norma é esta e, como se vê, protege um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto expressamente no art. 2^o¹⁹, da Constituição Federal.

Finalmente, Barroso termina sua fundamentação afirmando que o Direito tem limites que devem ser observados pelo julgador e o texto inequívoco da norma funciona como um destes limites impedindo a prolação de decisões ativistas pelo Judiciário, *in verbis*:

“O Direito tem possibilidades e limites, e o intérprete não deve – como ninguém deve, nessa vida – presumir demais de si mesmo, transformando-se em constituinte ou legislador. É certo que interpretar nem sempre é uma função de puro conhecimento técnico, envolvendo, muitas vezes, uma parcela de vontade e de criação. Mas se o texto inequívoco da norma não funcionar como limite ao intérprete, o Direito se diluirá na política, e os tribunais perderão o seu papel de árbitros imparciais.” (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 13-14).

Observe-se que toda a fundamentação até aqui analisada foi concatenada, condizente com os limites do poder de decisão do magistrado e voltada à manutenção da decisão do legislativo que manteve o mandato do parlamentar condenado. O ministro chega ainda a afirmar que decidir contrariamente ao texto constitucional “abriria a porta para um tipo de hegemonia judicial que, em breve espaço de tempo, poderia produzir um curto circuito nas instituições.” (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 14), como de fato este trabalho vem defendendo.

Todavia, no remate de sua decisão o ministro Barroso contradiz toda a fundamentação construída afirmando que “o sistema constitucional na matéria é muito ruim”; que “a regra geral do art. 55, VI e § 2^o não se aplica na hipótese aqui analisada”; que “nessa situação, verifica-se uma impossibilidade jurídica e física para o exercício do mandato” e, portanto, “caberá à Mesa da Câmara, tão somente, a prática de um ato vinculado, de natureza declaratória da situação jurídica de impossibilidade que decorre do acórdão.” (BARROSO, MS 32.326, 2013, p. 14,16).

¹⁹ “Art.2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Com isto, o STF criou uma exceção a uma regra que, segundo ele mesmo, é taxativa. Como o texto é taxativo e decidiu-se com base em exceção? Como a decisão sobre a perda do mandato, no caso de condenação do parlamentar por sentença criminal transitada em julgado, é uma decisão política, mas foi um tribunal que a tomou? Como se trata de uma decisão soberana do Legislativo e foi um tribunal que a proferiu? Afirmar que o tratamento constitucional da matéria é ruim é fundamento jurídico? Aduzir que existe uma impossibilidade jurídica e física entre o exercício do mandato e o cumprimento de pena em regime fechado é fundamento jurídico?

Todos os questionamentos acima expostos são necessários à reflexão acerca da observância dos limites do poder de decisão do juiz no caso concreto do MS 32.326. Afinal, de que decorre a exceção citada pelo ministro Barroso, senão de um raciocínio lógico pessoal, construído segundo sua íntima cognição, longe, portanto, do ordenamento jurídico.

Dessa forma, estamos diante de mais uma decisão judicial ativista proferida pelo STF, na medida em que, apesar de demonstrar conhecer os limites que não devem ser ultrapassados, decide com base em um moralismo social não consagrado pelo Direito, distanciando-se das normas constitucionais e infraconstitucionais, dos princípios fundamentais da República, da proporcionalidade, dos métodos hermenêuticos (expostos, mas, ao final, não aplicados), tudo com o fim de satisfazer uma sociedade insatisfeita com a legítima decisão da Câmara dos Deputados.

Destaque-se, mais uma vez, que o problema desse tipo de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal é o desequilíbrio de instituições preciosíssimas construídas ao longo de centenas de anos, como é a democracia. Nas palavras de Streck, Tassinari e Lepper “em tempos de ativismo judicial desenfreado, instaura-se uma espécie de império da vontade. O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático.” (2015, p. 59).

Finalmente, objetivando demonstrar a recorrência da violação dos limites ao poder de decisão do Judiciário, por parte do STF, analisaremos um último caso: a edição da súmula vinculante nº 26. Esta súmula foi criada em 16 de dezembro de 2009 e tem o seguinte teor:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, **podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.** (grifei).

Para melhor entender a crítica aqui construída esclareça-se que súmulas vinculantes são enunciados editados pelo Supremo Tribunal Federal que “tem como objetivo, a eficácia, a validade e a interpretação de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (NOVELINO, 2016, p. 705).

Em outras palavras, a súmula vinculante, com previsão constitucional no art. 103-A, se presta para uniformizar a interpretação de determinado dispositivo legal sobre o qual paire dubiedade de interpretações no meio jurídico a fim de evitar insegurança jurídica e decisões judiciais discrepantes entre si.

A súmula vinculante nº 26, foi criada com o objetivo primeiro de sanar a controvérsia relativa à possibilidade ou não de haver progressão de regime para apenados que cometeram crimes hediondos, uma vez que a lei nº 8.072/90, em sua redação original, previa que as penas deveriam ser cumpridas em regime integralmente fechado.

Mas, o cerne da questão aqui analisada está no final do enunciado da referida súmula – “podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. O exame criminológico “é uma perícia, embora a Lei de Execução Penal não o diga, busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir, o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, por meio de um exame genético, antropológico, social e psicológico” (BITENCOURT, 2009, p. 499).

Portanto, este exame funciona como um requisito que deve ser cumprido pelo apenado para que a progressão de regime possa ser concedida pelo juiz, significa dizer que ainda que cumpridos os requisitos objetivos para a progressão de regime²⁰, a depender do resultado do exame criminológico, o apenado pode ter a progressão indeferida e, dessa forma, permanecer no regime mais gravoso em que se encontra.

A Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), até o ano de 2003, previa a necessidade deste exame criminológico para subsidiar a decisão jurídica sobre a possibilidade ou não de progressão de regime, assim previa o parágrafo único, do art. 112, da Lei de Execuções Penais:

²⁰ Cumprimento de 1/6 da pena ou no caso de crimes hediondos cumprimento de 2/5 da pena, se primário, ou 3/5 da pena, se reincidente. (art. 112, da Lei 7.210/84 e art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90, respectivamente).

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. **A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.** (grifei).

Ocorre que, a partir de 2003, houve modificação legislativa excluindo a necessidade do citado exame como requisito para a concessão ou não da progressão de regime de cumprimento de pena dos condenados, inclusive, a lei de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), que sofreu modificação em 2007, ao tratar sobre a progressão de regimes, também não dispôs sobre o exame criminológico. *In verbis* os citados dispositivos:

Lei nº 7.210/84

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

Lei nº 8.072/90

Art. 2º. [...].

§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).

Dessa forma, a partir de 2003, para benefício dos réus, um dos requisitos para que pudessem progredir de regime foi excluído da legislação referente a este assunto. Contudo, não obstante isto, em 2009, o STF ao editar a súmula vinculante nº 26 que visou sanar controvérsia sobre a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, restabeleceu como requisito para tanto, ainda que de forma facultativa, o famigerado exame criminológico.

Assim, o Poder Judiciário desconsiderando a vontade do legislador, determinou que a interpretação do art. 2º da lei de crimes hediondos deve se dar em conformidade com o princípio da individualização das penas para permitir a progressão de regime, podendo o juízo

da execução penal determinar, se necessário, exame criminológico, configurando uma clara interpretação prejudicial ao réu, inclusive, vedada pelos princípios gerais do direito penal.

Dessa forma, vale ressaltar que no direito penal vigora o princípio da reserva legal, de forma que as restrições ao valioso direito fundamental à liberdade são providências de exceção, e, portanto, devem ser seguramente previstas em lei guardando maior respeito à segurança jurídica, razão pela qual o STF além de adentrar na esfera de atuação do Poder Legislativo quando restabeleceu o exame criminológico como requisito à progressão de regime, também violou o princípio geral do direito penal da reserva legal, mediante uma clara interpretação *in malam partem*²¹.

Nos debates da proposta da referida súmula vinculante nº 26, o ministro Marco Aurélio alertou o Plenário do STF sobre problema que aqui se expõe, indagando: “Podemos partir para interpretação analógica que acabe por prejudicar o réu? A resposta é desenganadamente negativa. [...] Mantém-se a exigência do exame criminológico? Restabelecemos, ignorando a derrogação ocorrida, o texto anterior.” (BRASIL, 2009, p. 05/08).

Destaca, ainda, o ministro Marco Aurélio, que a aprovação da súmula vinculante com aquela redação acarretaria em atuação do tribunal fora de suas funções, e, portanto, com violação dos limites que contém sua atuação. Dessa forma, o tribunal não pode se:

“antecipar a projeto em tramitação no Congresso, para restabelecer – no campo jurisprudencial – o exame criminológico, que sabidamente dificulta a progressão. [...] porque, se o fizermos, restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, **estaremos atuando como legisladores.**” (*Op. cit*, 2009, p. 05, grifei).

Não obstante as críticas e advertências à aprovação da súmula vinculante nº 26, feitas pelo ministro Marco Aurélio, o referido enunciado foi aprovado pelo voto da maioria dos ministros. Sendo assim, observa-se que o Supremo Tribunal Federal utilizando um mecanismo de uniformização de jurisprudências, que é a edição de súmulas vinculantes, ultrapassou o limite da observância às normas-princípio que regem o direito penal, restabelecendo instituto jurídico que fora excluído da legislação relativa à progressão de regime e que restringe a liberdade dos apenados, configurando evidente prática ativista.

²¹ Significa “em prejuízo do réu”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, buscando solucionar o problema do legalismo, isto é, da supervalorização da letra da lei e, em consequência, das decisões jurídicas engessadas por um direito rígido em razão das regras positivadas, o neoconstitucionalismo contribuiu para a revalorização do direito, dotando a Constituição, suas regras e princípios, de força normativa e priorizando a necessidade de concretização dos direitos fundamentais das pessoas.

Acontece que, os novos paradigmas trazidos pelo neoconstitucionalismo não foram suficientes para determinar aos Poderes Legislativo e Executivo uma atuação hábil à satisfação dos direitos considerados essenciais para a sociedade e, assim, pessoas ora desamparadas pela falta de norma regulamentadora necessária ao exercício de direitos constitucionalmente previstos, ora desprotegidas pela falta ou precariedade das políticas públicas voltadas à efetivação de direitos sociais, buscam solução no Poder Judiciário, cujo dever constitucional é apreciar lesões ou ameaças a direitos.

Em consequência, há uma ascensão do Poder Judiciário sobre os demais poderes, uma vez que passa a solucionar problemas atinentes a todas as esferas de poder do Estado Democrático de Direito, tratem eles sobre direitos fundamentais ou não.

Deste protagonismo jurídico emerge os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, o primeiro legítimo, porquanto, além de ser eventual, supre ineficiências do Estado para implementar direitos, respeitando as normas e princípios referentes a matéria pleiteada pelo cidadão, enquanto que o segundo antidemocrático, porque consiste em um empoderamento exacerbado do judiciário para resolver e solucionar quaisquer litígios e controvérsias, independentemente das regras e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Assim, conforme exposto, a práxis ativista é bastante temerária, pois é capaz de desequilibrar toda uma ordem democrática construída ao longo de séculos de história, na medida em que o magistrado começa a decidir conforme o que pessoalmente entende como justo, segundo seus pré-conceitos e íntimos valores morais, distanciando-se das normas que integram o sistema jurídico nacional.

Diante disso, verificou-se a necessidade de identificar alguns dos limites a que o juiz deve estar vinculado para distanciar-se do ativismo judicial, e, dessa forma, respondendo o primeiro questionamento desta pesquisa, foram identificados como tais: a observância das regras constitucionais e infraconstitucionais; a atenção aos princípios jurídicos explícitos e implícitos no sistema jurídico; a aplicação especial do princípio da proporcionalidade – a fim

de garantir soluções harmônicas e equilibradas para qualquer caso; e, a aplicação dos métodos interpretativos disponibilizados pela ciência hermenêutica.

Ressalte-se que o propósito da presente pesquisa, neste ponto, foi o de trazer uma revalorização da função das normas-regra, normas-princípio, proporcionalidade e dos métodos e técnicas interpretativas, a fim de ampliar a qualificação desses elementos, atribuindo-lhes a qualidade de limites ao poder decisório dos órgãos jurisdicionais.

Estes limites ao poder de decisão do magistrado estão intrinsecamente contidos no sistema jurídico brasileiro e foram inseridos a ele gradativamente no decorrer dos anos e da evolução da Ciência do Direito. Sendo inerentes ao Direito, e, portanto, fontes deste, em tese, deveriam ser respeitados e utilizados como fundamentos em todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, razão pela qual o segundo questionamento condutor desta pesquisa foi saber se os referidos limites vêm sendo observados pelo STF.

Dessa forma, foram analisados três casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, considerados, no meio jurídico, exemplos de ativismo judicial, visando verificar a observância ou não, pelo tribunal, dos limites identificados neste trabalho, e, assim, responder a segunda indagação orientadora da presente pesquisa.

As decisões proferidas pelo STF, analisadas neste trabalho, podem parecer justas e acertadas a primeira vista e a crítica aqui proposta pode parecer extrema e, talvez, até legalista. Contudo, conserve-se claro que ao defender o respeito à legislação como um dos limites do poder de decisão do juiz, não se pretendeu resgatar o legalismo (decorrência negativa do positivismo), mas sim os bons avanços da teoria positivista – quais sejam, o respeito aos preceitos normativos democraticamente consagrados e legítimos sob o ponto de vista formal e material – trazendo também uma reflexão em relação às consequências do ato de decidir conforme a própria consciência.

Conforme demonstrado, a consciência do julgador entendeu que era preciso estender os direitos das uniões heteroafetivas para as homoafetivas, porque assim parece justo e trata-se de igualdade de tratamento entre as pessoas em situações congêneres. Os valores morais do julgador o fizeram interpretar que era preciso cassar o mandato do parlamentar condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, por ser consequência automática da condenação, tendo em vista que não é justo ele continuar exercendo o cargo por meio do qual se utilizou para praticar o crime, isto é moralmente inaceitável. Ainda, a consciência do julgador, decidiu que o exame criminológico é requisito necessário a concessão do benefício de progressão de regime aos apenados, porquanto, não obstante a exclusão do instituto

jurídico pelo Poder Legislativo, já estava pacificada na jurisprudência a sua necessidade. A consciência social dos indivíduos, muito provavelmente, também concorda com estas linhas de pensamento.

Acontece que, a consciência do julgador ou a nossa não integram o ordenamento jurídico, construído ao longo de décadas, estudado para manter equilíbrio e harmonia social, política e econômica entre as diversas classes de pessoas e instituições que compõe uma grande nação. Portanto, a partir do momento em que o Poder Judiciário começa a julgar conforme suas íntimas convicções inicia-se um desequilíbrio institucional gravíssimo que pode romper com o precioso Estado Democrático de Direito, construído mediante um lento crescimento jurídico-científico.

Não obstante sejam conhecidos os perigos do ativismo judicial, esta pesquisa pôde verificar que o Supremo Tribunal Federal não tem observado os limites constantes no sistema jurídico brasileiro, e, por conseguinte, os Ministros têm decidido segundo suas íntimas convicções, muitas vezes para ver satisfeito os clamores sociais de um povo sedento por uma justiça moral que não é fonte do Direito.

Diante de tudo o quanto foi estudado, constata-se a necessidade de ampliar os estudos sobre os limites do poder de decisão do judiciário, visando construir uma teoria da decisão jurídica sólida que regule esta atuação essencial do Estado a partir da edificação de elementos norteadores da atividade decisória, para, assim, combater o ativismo judicial, gerador de contradições no meio jurídico e violador de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, 5. ed. 2006, trad. Virgílio Afonso da Silva, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. **Discricionariade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre ciência do direito e o direito da ciência**. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coords.) Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. N. 9, p. 5. Maio de 2007. Disponível em <<http://search.4shared.com/postDownload/H3zBxPRu/LusRobertoBarrosoNeoconst.html>>. Acesso em: 09.mai.2017.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 25.jul.2017.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

BRAGA, Beatriz Nunes Lira; BRAGA, Caio Nunes de Lira. **A Concretização do Direito Fundamental à Saúde sob a Égide dos Novos Paradigmas Constitucionais**. RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira. Disponível em:< <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2015-05>>. Acesso em: 29.jun.2017.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Senado, Brasília/DF, 1988.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Plenário. Relator (a): Ministro Ayres Britto, Julgamento: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 08.set.2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. MS 32.326/DF – Distrito Federal, Mandado de Segurança. Plenário. Relator (a): Ministro Roberto Barroso, Julgamento: 02 de setembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>. Acesso em: 12. Set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Proposta de súmula vinculante 30. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_26__PSV_30.pdf>. Acesso em: 18.set.2017.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **O Poder de Interpretação do Juiz**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10402>. Acesso em set 2017.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Doxa 21:209, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Denise. **O eco de uma interpretação**. Estudos de psicologia, v. 3, n. 1, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v3n1/a12v03n1.pdf>. Acesso em: 01.set.2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

FALCÃO, Raimundo Bezerra; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **A inesgotabilidade do sentido e a inafastabilidade do todo**. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Salvador, 2007, p. 3.557. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/raimundo_bezerra_falcao.pdf>
Acesso em: 03.ago.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de A. K. Trindade. In: _____. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUIMARÃES, Andréa Letícia Carvahó. **Análise teórica e prática do neoconstitucionalismo**. Dezembro. 2011. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwimibPD9OLTAhVix5AKHSVHCikQFggwMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.seer.ufu.br%2Findex.php%2Fhorizontecientifico%2Farticle%2Fdownload%2F13496%2F7804&usq=AFQjCNHhBlfsu9aGrTamKZSFBT99bIkoQg&sig2=pvo-Lk15gzvjqMByzmq7MA>>. Acesso em: 08.mai.2017.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11-12.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica E Aplicação Do Direito**. 19ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José da Silveira. **Legalidade e Legitimidade. A busca do direito justo**. Disponível em: <<http://www.airesadv.com.br/legalidade-e-legitimidade-a-busca-do-direito-justo/>>. Acesso em: 27.jun.2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito Constitucional**. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinabilidade do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2013.

PACOBAYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Constructivismo Lógico-Semântico e Teoria Comunicacional do Direito: Os Riscos da “Superinterpretação” e a Idealização dos Limites à Interpretação.** Trabalho apresentado no I Curso Internacional de Teoria Geral do Direito, de 18 a 22 de abril de 2016, em Veneza. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/hotsites/tgdvенеza/artigos/fernanda-mara-de-oliveira-macedo-carneiro-pacobahyba.pdf>>. Acesso em: 28.ago.2017.

PEGINI, Adriana Regina Barcellos. **Os Limites do Poder do Juiz e a Efetividade da Tutela sob a Luz do Princípio da Proporcionalidade.** Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 2, n. 1, p.87-125, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/164>>. Acesso em: 23.ago.2017.

PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. **Constitucionalismo: origem e evolução histórica.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. V. 21 (2013). Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/15>>. Acesso em: 15. Mai. 2017.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A Obra de Criação do Direito pelo Juiz na Interpretação das Leis. Limites.** Revista EMERJ, v. 5, n.18, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_104.pdf>. Acesso em: 29.ago.2017.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.** Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto e Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27ª ed. Ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva 2009.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto – quatro estudos de Teoria Comunicacional do Direito.** Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

SALDANHA, Nelson. **Legalismo e Ciência do Direito.** São Paulo: Atlas, 1977.

SALOMÃO, Saulo Salvador. **A Proporcionalidade em Alexy: Superando o Positivismo ou Coroando o Decionismo?** Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/b5dd6cf615614e7682c71120ec461ace.pdf>>. Acesso em: 17.set.2017.

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

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SANTOS, Raildes Pereira. **Os Limites da Interpretação Jurídica.** Repositório Institucional da UFPE. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4819>>. Acesso em: 06.set.2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. 193 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasília, 2010. p. 7.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência?** – 4. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#_ftn1>. Acesso em: 25.jul.2017.

_____. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 26.jul.2017.

_____. **O que é isto – A hermenêutica jurídica?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>>. Acesso em: 01.ago.2017.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil**. Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 262.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 20.jun.2017.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2008.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. **Neoconstitucionalismo: Definição, Crítica e Concretização dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5798/4616>>. Acesso em: 08.ago.2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária.** In: Revista de Informação Legislativa, n. 124. Brasília, 1994. p. 179-184.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Positivismo Jurídico 1: Conceito e Características Centrais.** Revista Jurídica FURB, 2013. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3271>>. Acesso em: 23.jun.2017.

_____. **Positivismo Jurídico 2: Críticas às características centrais.** Direito e Democracia, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2631>>. Acesso em: 24.jun.2017.