

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JAMYSSON JEYSSON DA SILVA ARAÚJO

**ATIVISMO JUDICIAL E JURISDIÇÃO: ANÁLISE DA SÍNDROME DA
INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E OS LIMITES À
ATIVIDADE JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO**

Campina Grande – PB

2018

JAMYSSON JEYSSON DA SILVA ARAÚJO

**ATIVISMO JUDICIAL E JURISDIÇÃO: ANÁLISE DA SÍNDROME DA
INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E OS LIMITES À
ATIVIDADE JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientador: Professor Ms. Olivia Maria
Cardoso Gomes

Campina Grande – PB

2018

A663a Araújo, Jamysson Jeysson da Silva.
Ativismo judicial e jurisdição: análise da síndrome da inefetividade das normas constitucionais e os limites à atividade jurisdicional no Estado democrático / Jamysson Jeysson da Silva Araújo. – Campina Grande, 2018.
55 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2018.
"Orientação: Profa. Ma. Olivia Maria Cardoso Gomes".

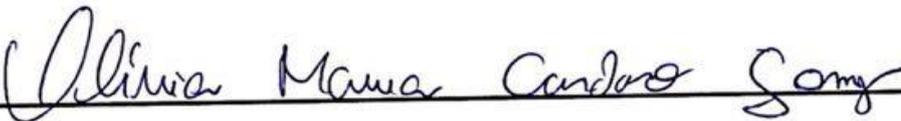
1. Direito Constitucional. 2. Ativismo Judicial. 3. Judicialização da Política. 4. Democracia. I. Gomes, Olivia Maria Cardoso. II. Título.

JAMYSSON JEYSSON DA SILVA ARAÚJO

**ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO: ANÁLISE DA SÍNDROME DA
INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E OS LIMITES À
ATIVIDADE JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO**

Aprovada em: 14 de 06 de 2018.

BANCA EXAMINADORA



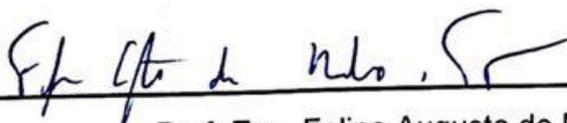
Profa. Ms. Olívia Maria Cardoso Gomes
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)



Prof. Ms. Aldo Cesar F. Gaudêncio
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo Torres
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

"Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo de travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos".

Fernando Pessoa

AGRADECIMENTOS

Entre a tarefa de maquinar uma ideia e o árduo ônus de desenhá-la em páginas em branco, de todo novo capítulo que se planeja, há um tortuoso caminho que, exigiria de mim, ao contrário da necessidade de um isolamento/concentração, perceber o quanto Deus foi generoso ao colocar pessoas tão especiais ao meu lado e "do meu lado" (de dentro).

Em todo esse tempo, aprendi que eu deveria ser grato. Grato quando as lágrimas caem aos olhos, grato quando eu nada entender, grato nos momentos de alegria, grato nos momentos de deserto, em meio a dor, preocupações, tribulações e conquistas. Isso, hoje, chamo de Fé. E, para os que a tem, a colheita é sempre generosa.

Nesse caminho de gratidão, não posso, em momento algum, deixar de agradecer a Deus por sua infinita misericórdia em minha vida. Deus que, no seu agir soberano, em nenhum momento me desamparou e fez com que eu, a ferro e fogo, entendesse o seu guiar sobre minha existência. Sim, Deus é, também, paciente. Ele que cuidou de mim, da minha ansiedade, do meu pânico, das minha família; que colocou pessoas com um valor indescritível ao meu lado, que em momento algum me desampararam.

Eu tenho certeza de que Deus, soberanamente, iniciou um plano em minha vida e há de concluí-lo (Fl. 1.6). Porque, quando a ansiedade tomou conta do meu íntimo, a certeza do cuidado d'Ele consolou a minha alma (Sl. 94.19). Com Ele, aprendi que posso lançar minhas deixar minhas preocupações excessivas sob o Seu cuidado (1Ped 5.7) e que, para cada dia, existe seu próprio mal (Mt 6.34) e isto, com certeza, não está sob meu controle. Ora, Deus é zeloso para com os seus filhos.

Agradeço aos meus Pais, João Batista e Agaci Alves, por travarem uma batalha árdua na minha formação humana. Por cada gota de suor derramado, Pai. Gotas que me permitem estar onde estou hoje. Por cada palavra de aconchego, Mãe. Estas que me fazem entender que, parafraseando a dupla Jorge e Mateus, "quando todos me disserem um não, você vai me dizer que sim! Vai dar certo". Obrigado pela compreensão, afeto, direção, amparo, cuidado, carinho, correções. Mas, se não for demais, obrigado por cada não que me deram! Estes que me

fizeram crescer e, sobretudo, entender que a vida tem suas adversidades e descaminhos.

Ao meu filho Joaquim, que mesmo tendo chegado de forma tão inesperada me deu a ciência de que, por ele, tudo vale a pena. Vale à pena o cansaço, as lutas, as dificuldades. Você é tudo de mais precioso pra mim. Papai te ama!

Agora, paro pra agradecer a Gilda e Cleumberto. A você, "Dona Gilda", por seu olhar de mãe. Por seu coração sensível à direção de Deus. Pelo acolhimento, pelo amparo, pela compreensão. Sem vocês nada disso teria acontecido. Minha eterna gratidão, porque quando tudo caminhava para deixar de existir vocês mostraram outra direção.

Ao meu pai espiritual, amigo, irmão e companheiro, Pe. Valquimar Nogueira. Por todo o apoio prestado na minha formação humana e acadêmica. Sem você, com certeza, nada teria dado certo.

Às minhas irmãs Amanda e Ana(inha), pela torcida, pelo apoio, pelo amparo, pelas palavras de incentivo, e pelo companheirismo mesmo em meio às nossas adversidades. "Somos iguais nas nossas desigualdades".

Agradeço aos meus avós paternos, que sempre estiveram comigo e que exerceram um papel indiscutível na minha criação. Minhas sinceras desculpas por tudo que não fui capaz de fazer, meu eterno obrigado.

Às minhas tias Alyne, Vitória e Ana e Analice. Que de maneira peculiar me ajudaram a superar medos, desafios e a conquistar metas. Uma sendo cumplicidade, outra porto seguro, uma resolutividade e outra acolhimento. Amo todas vocês.

Ao meu padrinho Assis, que mesmo diante das distancias geográficas nunca se mostrou ausente. Me sinto cada dia mais cuidado pelo senhor. Obrigado pela torcida, pelas palavras de apoio e pelo tempo dedicado a mim.

Ao meu Tio (por aclamação), o Dr. Fábio Bulcão, que tendo todas as razões para não estar presente, é um espelho para mim e para o profissional que busco ser. Pelo companheirismo, pelo entendimento, pela compreensão, por cada ensinamento que levo comigo, pelas oportunidades que, sem você, nunca teria. Minha eterna gratidão!

A cada primo, tio, tia, que estiveram sempre, mesmo com a distância, na torcida para que tudo pudesse dar certo.

A minha namorada Aline que, mesmo tendo chegado em um momento de tanta turbulência, é conforto, paz e segurança.

Aos meus amigos Paulo César, Gilderlan, Cícero Nunes, Sylvio Carlos, Daniel e Diego Pontes. Estes que permaneceram. Que, diante das suas limitações, sempre se mostraram de prontidão. A vocês, minha gratidão.

Agradeço pela vida da minha orientadora, Ms. Olívia Gomes, por ter acreditado, lapidado e cuidado.

Aos professores, Paulo Nunes, João Ademar, Bruno Cadé, Rodrigo Reül, Renata Sobral, Vyrna Lopes, Valdeci Feliciano, Camilo Diniz, Alberto Jorge, Dimitre Soares, Aline Azevedo, Jardon Maia, Isley Almeida, Felipe Torres, Saulo Medeiros, Luciano Nascimento, Cleoneide Moura, Allana Ramos, Ediliane Figueiredo, Jader Maia, Vinícius Lúcio, Fabio Pereira, Glauco e todos aqueles que contribuíram para com minha formação acadêmica.

Ao motorista do ônibus, Patrício Felipe, que, durante cinco anos, esteve comigo no traslado entre Equador/RN e Campina Grande/PB, viajando cerca de 250 km (duzentos e cinquenta quilômetros) por dia.

Agradeço a todas as instituições que me deram oportunidade de Estágio, TJ/PB, TJ/RN, OAB e ProCon, em especial às pessoas de Dr. Paulo, Goreti, Dr^a Ivina Mozart, Dr. Júlio, José Guto, Cláudio, Rejane, Thuany, Jaqueline Soneide, Janaína, Mirian, Izinha, Rita, Fernando Marinho, Bosco, Moreira, Reginaldo, Dr^a Ana Maria e todos aqueles que me acolheram, ensinaram e conviveram durante esse tempo de significativa importância pra mim.

À equipe administrativa da Faculdade Reinaldo Ramos, em especial às pessoas de Fabinho pela sua intensa prestatividade, Íris pela atenção, Lênio pelo zelo, a Ricardo pela compreensão e a Luciana pela paciência.

Ao Dr. Sebastião Carlos Derick, pelo apoio prestado durante um período longo de adversidades. Obrigado pelo companheirismo e acolhimento.

A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para que tudo isso pudesse se concretizar em minha vida. Sou grato. Grato por tudo! Grato porque, acima de Tudo, nunca fui merecedor.

"Estou plenamente certo de que aquele que começou boa obra em vós há de completá-la até ao Dia de Cristo Jesus."

[Filipenses 1:6]

RESUMO

O trabalho aborda uma questão paradigmática que desaguou no direito Brasileiro ou, melhor, na forma de aplicar esse direito e exercer o poder jurisdicional tendo por base o protagonismo que assumiu o judiciário brasileiro face as omissões dos demais poderes constituídos, diante do que se denominou por "síndrome da inefetividade das normas constitucionais". Questões que são decididas (outorgadas) mas que, por sua essência, deveriam ser amplamente deliberadas pela representatividade popular. Demonstra, portanto, a influência do que Lenio Streck vai chamar de "predadores externos do direito" no ato de decidir/aplicar o Direito. Vem, por sua vez, esclarecer as raízes do ativismo judicial e sua devida diferenciação do fenômeno da judicialização da política. Fato que é veementemente confundido pela doutrina pátria e pelos aplicadores do direito, bem como demonstrar as incompatibilidades entre a tradição jurídica estadunidense e a brasileira no tocante à incorporação dos institutos pelo Brasil. Ao final, demonstrando a necessidade de preservação da autonomia do direito e da harmonização do Estado Democrático, elenca diversos desafios contrapostos a estas tarefas e, ato contínuo, apresenta uma solução para o problema de um ativismo judicial interpretado à brasileira, tomando por base a limitação da discricionariedade e da incorporação errônea de institutos incompatíveis com a tradição jurídica brasileira, na ideia de que retirar dos juízes a possibilidade do emprego da chamada "jurisdição dos valores" pela normatização dos princípios é, portanto, uma das mais viáveis tentativas de limitar a atuação do poder judiciário e preservar o Estado Democrático. Uma vez que a aplicação do direito de forma ativista (o ativismo como ato de vontade) viola a segurança jurídica e, conseqüentemente, contribui para o declínio das bases democráticas. A pesquisa, em sua elaboração, tem por alicerce o método indutivo, na qualificação técnica tem natureza aplicada, quanto à abordagem enquadra-se como qualitativa, considerando os objetivos se faz descritiva e exemplificativa. No tocante aos procedimentos técnicos, se mostra bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Limites à atuação do Judiciário. Democracia.

ABSTRACT

The paper deals with a paradigmatic issue that arose in the Brazilian law or, better, in the form of applying this right and exercising the jurisdictional power based on the protagonism that assumed the Brazilian judiciary against the omissions of the other constituted powers, before what was denominated by "syndrome of ineffectiveness of constitutional norms". Issues that are decided (outdated) but that, by their essence, should be largely deliberated by popular representativeness. It shows, therefore, the influence of what Lenio Streck will call "external predators of law" in the act of deciding / applying law. It, in turn, clarifies the roots of judicial activism and its proper differentiation from the phenomenon of judicialization of politics. This fact is strongly confused by the doctrine of the fatherland and by the applicators of the law, as well as to demonstrate the incompatibilities between the Brazilian and Brazilian juridical tradition regarding the incorporation of the institutes by Brazil. In the end, demonstrating the need to preserve the autonomy of the law and the harmonization of the Democratic State, it elicits several challenges in opposition to these tasks and, at the same time, presents a solution to the problem of judicial activism interpreted in Brazil, based on the limitation discretion and erroneous incorporation of institutes that are incompatible with the Brazilian juridical tradition, in the idea that the possibility of using the so-called "jurisdiction of values" by the normalization of principles is therefore one of the most viable attempts to limit the performance of the judiciary and preserve the Democratic State. Since the application of the right in an activist way (activism as an act of will) violates legal certainty and, consequently, contributes to the decline of democratic foundations. The research, in its elaboration, is based on the inductive method, in the technical qualification has applied nature, as far as the approach fits as qualitative, considering the objectives is made descriptive and exemplifying. Regarding the technical procedures, it is bibliographical and documentary.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization of the Policy. Limits to the performance of the Judiciary. Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	15
1. A ESSÊNCIA NORTE-AMERICANA DO ATIVISMO JUDICIAL: ENTENDENDO O “<i>JUDICIAL ACTIVISM</i>”	15
1.1 A ASCENSÃO DO <i>COMMON LAW</i> E A DESCENTRALIZAÇÃO DE UMA TRADIÇÃO EMBASADA NA PREDOMINÂNCIA DA LEI.....	16
1.2 AS ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, OU <i>JUDICIAL REVIEW</i>	20
1.3 A TEORIA DOS PRECEDENTES: O SISTEMA DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	22
CAPÍTULO II	25
2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O DECLÍNIO DAS BASES DEMOCRÁTICAS NO BRASIL	25
2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA.....	26
2.1.1 A judicialização da política.....	27
2.1.2 O ativismo judicial.....	30
2.1.3 O fenômeno da judicialização como sintoma decorrente da síndrome da inefetividade das normas constitucionais	32
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O SURGIMENTO DE UMA JURISTOCRACIA E OS ATENTADOS AO ESTADO DEMOCRÁTICO	37
2.2.1 O ativismo judicial como "ato de vontade" do órgão judicante.....	39
CAPÍTULO III	41
3. O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO DENTRO DE UMA IDEIA DE PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO: UMA RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA EM PROL DA HARMONIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO	41
3.1 ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA: UMA CONVERSAÇÃO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS	42

3.2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: OS DESAFIOS IMPOSTOS AO PESAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	43
3.2.1 O combate em desfavor das concepções teóricas erroneamente incorporadas.....	44
3.2.2 A batalha conta a discricionariedade jurisdicional: uma necessária limitação de poder.....	45
3.2.3 A tentativa de preservação da autonomia do direito e harmonização do Estado Democrático.....	47
3.2 UMA RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA EM PROL DE UMA ESTABILIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO: DEVOLVENDO A AUTONOMIA DO DIREITO	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A “*síndrome da inefetividade das garantias constitucionais*” tem, em larga escala, tomado o cenário jurídico no Brasil. Muito mais que uma clara comprovação da omissão do poder legiferante, a forma equivocada de controle de constitucionalidade, a vagueza e ambiguidade do direito como um todo é, contudo, o ponto de partida para o que, hoje, podemos classificar de *judicial activism* – ativismo judicial.

Neste caminho de inefetividade, precisamos traçar limites à atuação do poder jurisdicional tendo por base a necessidade de preservarmos o garantismo jurídico, para que só assim possamos alcançar uma ideia consolidada de segurança jurídica. Só assim vamos vislumbrar o “perigo que mora dentro do exercício desenfreado dos 'discricionarismos' e 'ativismos'” em si tratando da necessidade de proteger os princípios democráticos.

O uso desenfreado dessa posição proativa do poder judiciário não é, nem de longe, uma atitude aprovada dentro de um estado de princípios basilares essencialmente democráticos. O que nos faz entender, assim, que o ativismo é uma ameaça à Democracia, ao garantismo e, cumulativamente, ao exercício do real papel do juiz dentro de um estado puramente democrático.

O problema de um ativismo judicial “*à moda da casa (Brasil)*” é a tarefa impossível de correlacionar uma teoria do direito norte-americana (de onde vem o ativismo judicial), a brasileira e o constitucionalismo democrático tendo por base concepções que, em supra, oscilam do sentido do instituto. O Brasil, a cada dia, sofre com as suas “*internalizações*” de condutas, costumes e diretrizes que não se enquadram no seu ordenamento jurídico como algo “*in bonam partem*”.

Dessa forma, não apenas se deturpa a forma de aplicação do ativismo mas, como problema sério, tem se formado concepções de juízes e tribunais embasadas em uma teoria, digamos assim, “*a lá Brasil*”.

Ou seja, diante da inefetividade das normas constitucionais e do sistema jurídico como um todo, o exercício do ativismo judicial “*a lá Brasil*” tem se tornado um problema abastecido por um pragmatismo que transforma a atuação interventiva do judiciário em uma atividade vinculada, preza e interligada com julgamentos

morais do próprio julgador. Assim, vemos o emprego do ativismo como um ato de vontade (na esperança de proporcionar justiça) e não como algo que deve, sem sombra de dúvidas, ser exercido de maneira a tomar condutas harmônicas com a legalidade e em respeito ao constitucionalismo democrático.

É de indubitável relevância discutirmos e entendermos o ativismo judicial, o garantismo, o papel do juiz na democracia e, também, a influência negativa da invasão de competência do judiciário face às omissões legislativas. O ativismo judicial descontrói uma série de princípios e bases doutrinárias que são levadas de geração à geração de juristas e, sem dúvidas, é a maior doença quanto à interpretação das normas, sua aplicabilidade e figura um dos maiores problemas que um sistema jurídico pode compreender face à gravidade dos efeitos de cada decisão proativa.

Destarte, o enfrentamento do discricionarismo embutido nos ideais de livre convencimento se faz indispensável na medida em que, na maioria dos casos, lidamos com soluções sem embasamento sólido/convincente. Minando, assim, a cada passo, o sistema como um todo.

Em uma perspectiva prática, o tema é extremamente delicado. O que vemos é o aumento do emprego do juízo de valor às demandas ou o sentido comum teórico enraizado na mentalidade do magistrado (*lato sensu*). Digamos que, na prática, o livre convencimento tem se tornado um álabe fiel à aplicabilidade direta de juízos morais, baseados em um “discricionarismo embasado em uma série de valores subjetivos”.

A busca por justiça tem minado a estrutura democrática do estado e da aplicabilidade do direito de maneira que, se possa garantir, o mínimo de segurança jurídica aos envolvidos.

Se levarmos em consideração a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, podemos perceber que ela tem ganhado a cada dia mais destaque. Não só pelo evidente crescimento das demandas judiciais, evento que demonstra um grave aumento da judicialização mas, sobretudo, pelo conteúdo de cada decisão. Em um curto espaço de tempo – leia-se pouco mais de quatro anos – a Corte decidiu sobre a união homoafetiva, Lei do Ficha Limpa e, por exemplo, dos direitos de reprodução (aborto dos anencefálicos e estudos com células tronco).

Ou seja, em um irrisório lapso temporal, o STF decidiu sobre demandas paradigmáticas e intimamente ligadas ao interesse público. Em um curto espaço de tempo o Supremo, não apenas uma vez, ocupou um espaço que o Parlamento – no seu exercício de representação popular – deveria ter aberto uma ampla discussão democrática e não realizou. Assim, quais limites podemos fixar para o exercício da jurisdição no estado democrático frente ao problema do ativismo judicial de maneira a diminuirmos o discricionarismo?

A pesquisa justifica-se no momento em que o garantismo, é a única cura para a juristrocacia – forma que o judiciário tem ditado o direito independentemente se as questões são de interesse público (popular) ou não – que tem roubado o lugar da democracia. Ou seja, a atuação irrestrita do poder judiciário na tentativa de suprir as omissões normativas tem nos levado à caminhos obscuros quanto à garantia de segurança jurídica e, sem sombra de dúvida, mitigado o Estado Democrático na medida em que suas decisões nem sempre refletem “avanços sociais-reais e tangíveis”.

Neste sentido, combater e limitar o uso desenfreado da discricionariedade, o subjetivismo, o ativismo, etc., nos faz assumir um compromisso com o Estado Democrático, com a Constituição e com um sistema jurídico democraticamente elaborado/construído, que deverá sempre preservar o ritmo dos avanços sociais (reais) da sua comunidade como um todo.

Destarte o ativismo judicial não pode ser a solução mais viável para suprir as omissões de um poder legiferante inerte. E, quando isso ocorre, vemos cada vez mais as garantias constitucionais sendo mitigadas, rasgadas e relativizadas por um senso de justiça baseado em “achismos morais”. Essa prática que o judiciário tem adotado é, portanto, um atentado aos princípios democráticos de maneira que só poderá ser combatido pela adoção de práticas garantistas protetivas à Democracia e, também, à segurança jurídica.

A pesquisa tem por objetivo geral traçar as limitações do exercício jurisdicional dentro do estado democrático brasileiro, de maneira a combater o uso desenfreado do ativismo face à "síndrome da inefetividade das normas constitucionais".

Assim, é necessário elencar os objetivos específicos sobre três perspectivas: a) em primeiro, evidenciar as raízes norte-americanas do ativismo judicial e destacar as controvérsias da incorporação do instituto pelo Brasil; b) em segundo momento, demonstrar o enfraquecimento dos princípios democráticos, no Brasil, em razão de uma atuação incompatível do judiciário na (in)surgência de uma juristocracia; E, por fim, c) traçar um caminho para o exercício da jurisdição dentro de uma idéia de preservação da autonomia do direito e do estado democrático.

A pesquisa, em sua elaboração, tem por alicerce o método indutivo. Sendo, neste sentido, essencial para formação de novas opiniões e perspectivas de um ponto de vista prático. Deixando assim de considerar as premissas já existentes e apresentando uma conduta correta quanto a atuação do judiciário no Brasil. Para GIL, o método indutivo "é fundamentado exclusivamente na experiência, sem levar em consideração princípios preestabelecidos". (GIL, 2008, p.10)

Na qualificação técnica, o presente trabalho tem natureza aplicada. Vez que, pretende-se traçar um limite e ditar um padrão de aplicação das normas pelo judiciário. GIL nos prescreve que a pesquisa de natureza aplicada "tem como característica fundamental o interesse na aplicação, utilização e conseqüências práticas do conhecimento". (GIL, 2008, p. 27)

Destarte, quando à abordagem, o trabalho se enquadra em uma pesquisa qualitativa pois, muito embora não se trate de tabulação de dados (quantitativa), podemos constatar a necessidade e uma interpretação de dados públicos postos nos sites dos Tribunais e colunas jurídicas.

Levando em consideração os objetivos, o trabalho faz-se descritivo e explicativo na medida em que presa por descrever a forma como o judiciário tem atuado *in terrae Brazilles*, de maneira a demonstrar uma preocupação com a atuação prática do mesmo. Quando dizemos que ela é exploratória, levamos em consideração o quanto a utilização desenfreada do "discricionarismo", do livre convencimento, do ativismo judicial é prejudicial para degradação do estado democrático. E, de acordo com o que Antonio Carlos Gil nos ensina (2008, p. 28), a pesquisa explicativa preocupa-se intimamente com os fatores que influenciam ou contribuem para formação de fenômenos.

Assim, quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa se mostra bibliográfica e documental. Neste sentido, GIL nos ensina que a pesquisa bibliográfica:

"é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Parte dos estudos exploratórios podem ser definidos como pesquisas bibliográficas, assim como certo número de pesquisas desenvolvidas a partir da técnica de análise de conteúdo". (GIL, 2008, p.50)

Por fim, tendo constatado o seu procedimento bibliográfico, a pesquisa é documental na medida em que se faz necessária a análise do "comportamento" dos tribunais quanto a diversos assuntos em suas decisões para alcançarmos um dos objetivos da presente pesquisa.

CAPÍTULO I

1. A ESSÊNCIA NORTE-AMERICANA DO ATIVISMO JUDICIAL: ENTENDENDO O “*JUDICIAL ACTIVISM*”

Para que nós possamos visualizar a problematização que hoje cerca o sistema jurisdicional no Brasil precisamos, *prima facie*, é necessário fazermos uma reconstrução histórica da complexidade que abarca o exercício do poder jurisdicional com impulsos ativistas. Ou seja, diante de uma realidade frustrante de distorção do instituto que temos presenciado em nosso país, precisamos dizer o que o ativismo judicial significa e, cumulativamente, o que ele não é (representa). Neste sentido, o que podemos aprender por ativismo judicial? É esse questionamento que vamos procurar vencer neste capítulo e, a partir dele, começarmos a desvendar as entrelinhas atordoadas dos atos proferidos pelo judiciário no Brasil.

Assim, não há como falarmos de ativismo judicial sem que, para isso, façamos uma análise de um movimento que, talvez, no mundo, mais tenha se deparado com o instituto: o constitucionalismo norte-americano. Deste modo, sem escape, a análise partirá de uma análise inicial do comportamento do Poder Judiciário nos EUA – Estados Unidos da América – de forma indispensável. Primeiro, porque o ativismo judicial e suas discussões surgem do comportamento jurídico norte-americano; segundo, porque ao nos depararmos com a (in)surgência do constitucionalismo democrático no Brasil e as consequências elaboradas no tocante ao status alcançado pela jurisdição brasileira, os doutrinadores passaram a adotar uma incorporação do ativismo algumas vezes (se não em quase todas elas) sob uma base doutrinária norte-americana e; em terceiro, porque se faz necessária a compreensão das possibilidades de uma possível ou não incorporação do instituto (teoria norte-americana) sem danos eminentes à construção do Direito Brasileiro.

Destarte, a proposta do presente capítulo é apresentar as diretrizes americanas do Ativismo Judicial numa perspectiva de entendermos que, nem sempre (ou na maioria das vezes) o exercício jurisdicional brasileiro – ainda nessa ideia de incorporação do ativismo – está em constatare disparidade com as essências da juridicidade brasileira. Partindo, por exemplo, do pressuposto que temos ao tocarmos na realidade de que, os EUA, vivem em um sistema de *commow law* e,

nisso, tem uma grande participação o *judicial review*, do sistema de precedentes, etc.. Realidades que, nem de longe, se encaixam no nosso sistema normativo como um todo.

1.1 A ASCENSÃO DO *COMMON LAW* E A DESCENTRALIZAÇÃO DE UMA TRADIÇÃO EMBASADA NA PREDOMINÂNCIA DA LEI

Já passamos pelo entendimento de que o *judicial activism* tem, indubitavelmente, uma ligação inseparável com as raízes do *common law* norte-americano. Ou seja, a questão neste ponto, é também demonstrarmos a impossibilidade de uma integração do instituto por pura incompatibilidade junto à juridicidade brasileira.

Neste sentido, sabemos que há a necessidade de traçarmos a evolução histórica do ativismo, passando pela explicação do direito baseado nos costumes (*common law*), pelo entendimento do *judicial review* e, por fim, entendermos que a junção de todos esses pressupostos nos levará, em um caminho objetivo, até o sistema de vinculação das decisões judiciais, mais conhecido como sistema de precedentes.

Dessa forma, *a priori*, é inevitável destacar que há uma incoerência nessa linha de aproximação do costume americano com a forma de operar o direito em *terrae brasillis*. Há, assim, um verdadeiro fracasso na tentativa teratológica de incorporação do ativismo. O que já nos faz perceber que não há apenas uma dissonância no sistema jurídico (uma vez que estamos em um *civil law*) mas, contudo, em toda forma de estado, estrutura política e na forma de se comportar do poder judiciário.

Assim, Clarissa Tassinari, em sua análise das possibilidades ou não de uma incorporação do ativismo judicial de maneira que, este, não venha a violar os sistema democrático ou, simplesmente, colidir com os costumes jurídicos pátrios, nos ensina que:

"Considerando *aproximações* e *distanciamentos* entre Estados Unidos e Brasil, em termos jurídicos, dois temas são recorrentes: como *aproximação*, surge o problema do ativismo judicial, no que se pode chamar de importação da leitura norte-americana sobre a atividade jurisdicional; como *afastamento*, aparece a questão da vinculação destes países a diferentes tradições jurídicas (para o caso

brasileiro, *civil law*; já no dos Estados Unidos, *common law*"). (TASSINARI, 2013, p.67)

Ou seja, em primeira análise, já podemos constatar várias condições que nos levam a acreditar na impossibilidade de termos, em nosso país, um exercício jurisdicional semelhante ao norte-americano. Na medida em que sequer os sistemas jurídicos são homogêneos e, por outro lado, a estrutura política-cultural em nada se aproxima da brasileira.

Dentro dessa perspectiva de que há uma incoerência de compatibilização do sistema jurisdicional EUA/BRASIL, podemos também perceber que o problema não permanece só neste ponto. Porque como bem nos colocam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009) ao discutirem sobre uma definição de *tradição jurídica* e, cumulativamente, a diferenciação desta para *sistema jurídico*, há uma questão cultural, ou seja, um conjunto de ações que estão vinculados a uma pré-disposição histórica inerente a cada povo, que deve ser priorizada, respeitada e considerada em todas as suas esferas.

Por consequente, dentro do que nos prescreve David René (1998), ao abordarmos o *common law*, é imprescindível evidenciarmos a história do surgimento do direito inglês, levando em consideração que essa tradição tem origem na Inglaterra, por meio da composição de um *jus commune* (direito comum) que é proclamado por um tribunal ou órgão jurisdicional (*a priori*, pelo colegiado de Westminster).

Entretanto, nesta linha, a definição de *common law* se resumia ao entendimento de que o direito costumeiro estava restrito às regras e disposições impostas pelos tribunais da realeza inglesa em meados do século XII.

Todavia, dentro do que nos fora prescrito por Carlos Ferreira Almeida (1998), em sua obra intitulada de "Introdução ao direito comparado", com a evolução dos estudos sobre o tema elencado e com o passar dos anos, a tradição ganhou novas concepções e, neste sentido, passou a poder ser considerada de diferentes formas: diferenciando-se do regramento imposto pelo tribunal da Chancelaria, que eram criadas tendo por base o direito canônico; e, por exemplo, a aparente contraposição à organização jurídica *civil law*.

Destarte, percebemos que há, na construção "do que é o ativismo judicial", um grupo de etapas vencidas a partir da compreensão de um sistema no qual o mesmo poderá se desenvolver e, assim, encaixar-se na medida de sua também evolução. O pragmatismo do direito ditado pelos tribunais fora vencido e, agora, o *common law*, neste contexto, vence esses limites e passa a ser um sistema jurídico próprio em contraponto ao *civil law*.

Para entendermos este rompimento de comportamento jurisdicional, precisamos passar pelo entendimento do surgimento de uma nova forma de lidar com o direito. Estamos aqui falando da equidade. Que, como vamos passar a ver, fora influência do surgimento de várias transformações político-sociais na Inglaterra.

Podemos afirmar, dado a explanação feita por Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (2011), que a *equity* nada mais era que um das muitas formas de exercício jurisdicional que surgiram em razão da falta de coerência do sistema *common law*, em razão da vivência de um novo momento histórico presenciado pela Inglaterra que envolvia o surgimento de um império, o crescimento do livre comércio, etc. Ou seja, acontecimentos que, na prática, faziam do *common law* um sistema ineficaz. Todavia, a *equity* pecava no tocante às garantias processuais, formalismos e segurança jurídica. Por conseqüente, o movimento insurgente fora, novamente, dando espaço ao *jus commune*.

Logo, a Inglaterra se fez resistente ao surgimento dos movimentos e a ascensão do Novo Estado (moderno). É o que nos esclarecem MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, *in verbis*:

"Mais importante de tudo, a *common law* nativa da Inglaterra, que havia se desenvolvido em linhas bastante diferentes daquelas que caracterizavam a *common law continental*, não sofreu rejeição em favor do interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo e da soberania. Ao contrário, a *common law* da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação, e este sistema foi vigorosamente adotado como demonstração da identidade e gênio nacionais". (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 47-78)

Assim, podemos compreender que todos esses fatores contribuíram de forma direta na diferenciação do *common law* para um movimento decodificador que, neste caso, ficou conhecido como *civil law*, onde para este, buscava-se criar um inovador (novo) sistema legal. Em um olhar continental, os países que tinham receio e

sentiam, com base no que fora exposto, insegurança em um sistema jurídico que não apresentava garantias efetivas foram insurgentes na intenção de criar uma ideia de garantismo jurídico no exercício de suas jurisdições.

Não obstante, dentro do que nos ensina Carlos Ferreira Almeida, o "*civil law*, então, tradução inglesa de *jus civile*, tomada como núcleo do direito romano, foi recebido por aquelas ordens jurídicas e concebido tronco dos direitos europeus continentais." (ALMEIDA, 1998, p. 150)

Com exposto é intencional demonstrar que devemos perder a concepção de que o *common law* e o *civil law* vivem em esferas, obrigatoriamente, isoladas. Devemos observar, com base nos fatos históricos alarmados, que as duas correntes nasceram de forma a influenciar uma a outra. Tanto que, nas duas, podemos enxergar, por exemplo, a existência do controle de constitucionalidade. Não há, por exemplo, a possibilidade de enxergarmos uma ou outra dessas tradições jurídicas e ter, uma delas, como pura.

Fica clara a influência múltipla e mútua das tradições, na medida em que surgem da mesma região, por força de momentos históricos interligados, e em alguns pontos "conversam sem muitas divergências". Entretanto, uma busca dar uma garantia legal enquanto a outra tem por base os costumes daquela amostra populacional.

O que podemos afirmar, nesta ótica, é até que ponto podemos *fundir* essas tradições. Até onde a "conversação" entre elas é possível sem que, para isso, criemos uma situação de instabilidade, incoerência ou até mesmo de ausência de segurança jurídica no exercício jurisdicional. Muito embora estejamos, nesta parte, em busca de traçarmos os limites da incorporação de uma cultura norte-americana dentro do sistema jurídico brasileiro (*civil law*), não podemos ignorar todos esses fatores e, contudo, a impossibilidade de enxergarmos essas tradições como "pólos estritamente contrários".

Devemos, sem sombra de dúvida, consideramos a influência que cada uma exerce na outra e, assim, a partir do entendimento dos seus surgimentos procuramos traçar um limite entre a predominância de uma ou outra.

1.2 AS ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, OU *JUDICIAL REVIEW*

Inicialmente podemos considerar o *judicial review* como uma manifestação de oposição ao parlamento americano. Em suma, o *judicial review* se tratava de uma possibilidade de autonomia do poder judiciário em realizar o controle de constitucionalidade das Leis tendo, por parâmetro, a constituição.

Analisando a forma do constitucionalismo norte-americano, a partir da obra de Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (2011), podemos destacar que, através do surgimento do controle de constitucionalidade (*judicial review*) conseguimos elencar dois grandes marcos: a pertinência dos Estados em, embora considerando a Constituição como norma fundamental (alicerce), não atribuir a mesma poderes vinculantes com relação ao Legislativo; e, por outro lado, a ausência de confiança da população como um todo no poder judiciário tendo em vista que, em pleno *common law*, o povo não tinha como tangível o seu controle junto aos atos jurisdicionais pela complexidade do trabalho exercido pelos magistrados na interpretação das leis. O impasse vinha das concepções de democracia e, neste caso, o povo tinha sérias dúvidas quanto à possibilidade legítima do judiciário determinar o cumprimento ou não de determinadas leis através da discricionariedade. Todo alarde com relação a esta discussão fora iniciado através do caso *Marbury vs Madison*¹.

Traçadas essas considerações, podemos entender como pontapé inicial do *judicial review* (ou jurisdição constitucional), o julgamento do caso *Marbury vs Madison* que, na análise do caso concreto, aplicou a norma constitucional face a norma infraconstitucional. Ou seja, o caso despertou a necessidade do judiciário controlar a constitucionalidade ou não das leis ordinárias.

¹ Sobre o caso, pode-se resumir da seguinte forma, a partir da obra de Clarissa Tassinari (2013): No ano de 1803, EUA, em deliberação sobre o empossamento ou não de William Marbury como juiz de paz, tendo em vista uma determinação do então presidente John Adams, momentos antes de deixar a presidência, a Corte Suprema, pelo Chief Justice Marshall, elucida, em decisão, que muito embora a nomeação fosse irrevogável, aquele caso em específico não poderia ser julgado pela Suprema Corte. É, então, declara a inconstitucionalidade a seção 13 do judiciary Act - que dava a Suprema Corte Americana a competência para tanto -, com fulcro no argumento de que tal pré-disposição legal ampliava as condições de competência do tribunal para muito além do que já da tivera sido previsto na Constituição, em seu Article III. Assim, fora nessa decisão, no julgamento de um caso, que então surgiu o "Controle de Constitucionalidade" (*judicial review*) norte-americano. Ou seja, a constituição não previa a competência da Corte para julgar questões relacionadas à legislação do Congresso. Fora ai, portanto, que se deu início as discussões sobre o ativismo judicial.

Visto isso, a quebra de paradigmas relacionadas a não vinculação do poder Legislativo às decisões do poder judiciário geraram várias discussões teóricas a partir da decisão do magistrado *John Marshall*, membro da corte suprema americana, que julgou o caso *Marbury vs Madison*.

De um ponto de vista prático, Luis Roberto Barroso nos descreve que ao decidir, o membro da corte suprema americana se posicionou embasado em três grandes verdades fundamentais para justificar o controle de constitucionalidade que fora exercido:

"Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: 'Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação'. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: 'Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo'. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: "É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam". (BARROSO, 2006, p.8)

Assinala-se, portanto, que fora a partir do caso supracitado que uma nova ideia de exercício jurisdicional surgiu no direito norte-americano. Fora, dessa forma, que traçamos os ideais de que as leis precisam, conseqüentemente, estar em consonância com a ordem Constitucional e que, a partir dali, o judiciário trabalharia para junto à defesa dessa supremacia da constituição.

Para Clarissa Tassinari (2013), o marco constitucional dos EUA repercutiu de maneira significativa no plano internacional - mesmo o *judicial review* não encontrando amparo legal-constitucional - na caracterização da supremacia da constituição no sentido desta prevalecer sobre qualquer lei ou ato normativo; e no papel inquestionável que o judiciário assumiu na defesa da ordem constitucional de maneira a anular e invalidar toda a qualquer disposição que contrarie a constituição.

Dessa forma, vimos que a partir da análise de um caso concreto a corte americana despertou, no plano interno e externo, a possibilidade de um exercício jurisdicional que faça valer a constituição como norma fundamental do ordenamento

jurídico. Atitude esta que fora ultrativa e, sem sombra de dúvidas, influenciou o cenário jurídico-mundial como um todo.

1.3 A TEORIA DOS PRECEDENTES: O SISTEMA DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Chegamos ao último ponto deste capítulo e, nele, podemos nos perguntar: o que tudo isso tem a ver com a incorporação do ativismo e suas máculas ao direito brasileiro? A análise histórica da base do instituto se fez necessária para que, neste momento específico, pudéssemos traçar algumas das inúmeras incoerências encontradas pela aplicação do ativismo a partir de uma leitura da teoria norte-americana no sistema jurídico pátrio.

Segundo Maurício Ramires (2010), a teoria dos precedentes, derivada do direito inglês, surgiu na intenção de estabelecer uma homogeneidade entre as decisões proferidas pelo judiciário que exerce seu poder jurisdicional em um sistema jurídico *common law*, de maneira a obrigar juízes e tribunais a priorizar os ditames estabelecidos em julgamentos passados.

O precedente é, portanto, com base no exposto, uma manifestação jurisprudencial-histórica que vincula julgamentos futuros. Impondo, dessa maneira, a sua aplicação de forma análoga ao caso que estiver em epígrafe seja por razões fáticas ou, cumulativamente, por razões de direito.

Insta-nos destacar que, dentro da sistemática norte-americana, o precedente não possui um caráter absoluto (força de lei, por exemplo). Ou seja, a discussão a respeito do caso concreto, a disparidade ou proximidade dentro das razões de direito vai determinar a sua força vinculante ou não. Neste sentido, há a possibilidade de um juiz ou tribunal desrespeitar um precedente invocado.

Assim, Maurício Ramires nos prescreve, sobre a força vinculante ou não do precedente, que:

"A própria noção de precedente resulta da possibilidade de novos juízes darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as possibilidades de distinguir (*to distinguish*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) o precedente, de acordo com as exigências do caso". (RAMIRES, 2010, p. 73)

Neste contexto, podemos afirmar que tudo que fora anteriormente abordado sobre sistema de precedentes ou política de precedentes, evidenciam o quão equidistantes estão as realidades brasileira e norte-americana no exercício da sua jurisdição. A questão em tela é que em alguns pontos teóricos as realidades aproximam-se (na tentativa frustrada de incorporação do ativismo judicial, por exemplo, de maneira avessa ao *judicial activism* norte-americano), como também pelo surgimento de institutos processuais e comportamentos jurisdicionais espelhados aos já evidentes na política jurisdicional americana. Podemos destacar, por exemplo, o emprego das súmulas vinculantes trazidas pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004.

A questão é que, justamente neste ponto, as tradições jurídicas são incompatíveis. A começar do entendimento de que, pelo que podemos ver, os precedentes buscam melhorar a atuação do poder judiciário e não engessá-lo. O que, sem dúvidas, é o que presenciamos no sistema de vinculação das decisões judiciais através das súmulas vinculantes.

Nesta perspectiva, Georges Abboud (2008) nos introduz uma série de diferenciações e impossibilidades de compatibilização do costume jurídico norte-americano junto ao direito brasileiro. Nos ensinamentos de Abboud, diferentemente dos precedentes, a súmula vinculante: a) é dotada de natureza legislativa, e considera o seu enunciado global/abstrato mais relevante e não é editada tendo por base a facilitação da aplicação da problematização do caso concreto para sua aplicação forma análoga; b) nos trás uma aplicação/vinculação obrigatória, inclusive com possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional junto ao STF - Supremo Tribunal Federal - caso não seja cumprida, na medida em que não tocamos essa realidade dentro do sistema de precedentes; c) é intimamente limitada ao seu enunciado normativo (texto), produzida de forma legislativa, limitando seu alcance, o que não ocorre no caso dos precedentes que levam, por exemplo, em consideração a motivação da decisão; d) por fim, que as súmulas vinculantes foram criadas para engessar o judiciário, acelerar o julgamento de processos repetitivos e acumulados, dissonância face ao sistema de precedentes que, por outro lado, no que podemos tocar da história do judiciário norte-americano, aparecem para fortalecer o exercício jurisdicional e dar segurança jurídica dentro do *common law*.

O que temos, evidentemente, é a tentativa de copiar uma tradição jurídica estadunidense que, entretanto, ao adentrar no sistema normativo brasileiro tem sido mitigada e readaptada de forma teratológica. Criamos, dentro do direito brasileiro, institutos de mesma nomenclatura mas que não conseguem aproximar-se da realidade originária dos mesmos.

A questão que nos deixa tais fatos é: até que ponto vai nos cegar a mania de importamos tudo? Começamos pelas placas de "*hot-dogs*", terminamos na segurança jurídica de um país. Nos resta buscarmos entender até que ponto as demandas judiciais tem sido analisadas em sua essência, caso a caso, de forma não genérica e, se essa busca por uma "objetividade/celeridade" no julgamento de demandas repetitivas tem sido eficaz na promoção da justiça, do bem-estar social, da equidade e da garantia das prerrogativas constitucionais.

Queremos acreditar que a atuação do judiciário no Brasil não tem se dado de forma mecânica, descomprometida e engessada. Acreditar que a preocupação pelo garantir direitos tem se sobressaído à vontade de findar processos e, assim, que o exercício jurisdicional brasileiro tem alcançado seus objetivos de forma a preservar a integridade de cada dano sofrido por aqueles que anseiam por justiça.

Por fim, dentro dos ensinamentos de Luiz Lênio Streck (2011), o que vemos através da "imitação dos precedentes" diante das súmulas vinculantes e decisões dos tribunais superiores, no Brasil, nada mais é do que uma forma de agilizar o julgamento de processos sem o comprometimento mínimo com o caso concreto. Decisões que são proferidas tendo por base um enunciado normativo vinculante que, por exemplo, pode ter sido elaborado tendo por base outras circunstâncias, verdades e provas. A atuação legiferante do judiciário no Brasil passa por longe da realidade norte-americana e, a começar deste ponto, longe estamos de uma aplicabilidade essencialmente íntegra dos costumes jurisdicionais estadunidenses.

O capítulo subsequente trata de temas importantíssimos para que, a partir deles, se possa trilhar o caminho de compreensão do real papel do exercício jurisdicional dentro de um Estado Democrático. Por exemplo, partindo da compreensão e diferenciação do ativismo jurisdicional e do ativismo judicial político até alcançar o problema da judicialização da política e seus atentados à Democracia.

CAPÍTULO II

2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O DECLÍNIO DAS BASES DEMOCRÁTICAS NO BRASIL

A proposta deste capítulo é buscar entender em qual ponto o ativismo judicial e a judicialização da política tem minado os princípios democráticos e, cumulativamente, de maneira objetiva, traçar os elementos que corroboram para que a atuação do judiciário dê impulso à formação de uma verdadeira juristocracia².

É certo que se deve considerar pontos indispensáveis para o cumprimento dessa análise: o primeiro é que o Brasil passou por transições políticos-estruturais que, indubitavelmente, influenciaram na forma de exercício jurisdicional que temos hoje - "pós 1988"; em segundo, que essas influências históricas, sociais, políticas e filosóficas estão, de uma certa forma, fixadas de maneira indivisível no que, hoje, chamamos de "exercício da jurisdição como fim de alcance e efetivação de políticas públicas/sociais". O primeiro não teria como ser diferente, tendo em vista que, como vamos passar a ver, o país sofre até os dias atuais com os resíduos autoritaristas. Logo, o segundo, preocupa na medida em que se tem um exercício da jurisdição contaminado com ideais de uma metademocracia³, criada a partir de concepções importadas do modelo norte-americano de forma esdrúxula e que, hoje, tem servido para cumprir um papel também não alcançado pelo poder legiferante como um todo.

Neste capítulo, portanto, que passaremos a compreender porque há uma incompatibilidade da atuação do poder judiciário no Brasil, principalmente sob uma análise da atividade dos tribunais superiores, para com os valores de uma democracia representativa. Ou seja, demonstraremos que a atuação do exercício

² *Juristocracia* ou "*juristocracy*" é um termo utilizado por Ran Hirschl, professor de Ciência Política e Direito da Universidade de Toronto, para elucidar o que chamamos de "direito ditado pelos tribunais" em contraponto às concepções democráticas.

³ *Metademocracia* fora um termo utilizado, aqui, para fazer uma analogia à figura do "metamorfo", criatura da mitologia grega. Todavia, no nosso português não há essa terminologia e, nele, encontramos a expressão "metamórficos" que deriva de metamorfose. Partindo da compreensão de que é da natureza do metamorfo a mudança constante de forma para diferentes seres e criaturas - à depender das suas necessidades - e, cumulativamente, que o conceito de metamorfose se concretiza na materialização de uma mudança de forma ou estrutura (como no caso das borboletas), entendemos por *metademocracia* a forma como o modelo essencial de democracia tem sido, veementemente, ignorado em nosso país. Ou seja, na tentativa de levantar uma bandeira democrática, na manutenção de um Estado de Direito, tem se criado, no Brasil, uma mutação da democracia na medida em que, pelo exercício arbitrário e incompatível da jurisdição, ignora-se as bases essenciais deste modelo de Estado.

jurisdicional, no Brasil, tem sido direcionada a ditar valores, normas, posições e restrições sem que, para isso, tenhamos deliberações democráticas nas discussões de relevante valor social. O que se faz antagônico, levando em consideração o modelo de democracia que o Estado Brasileiro adotou - ou seja, modelo que pressupõe a necessidade de uma representatividade popular em todas essas questões na tentativa de preservar os ideais de uma democracia representativa.

Como veremos, o conjunto de todos os fatores supracitados abre espaço para que se possa questionar: o judiciário brasileiro tem se comportado de maneira a preservar os ditames e princípios constitucionais ou, de certa forma, tem se (in)surgido na implantação de uma "juristocracia"? E, partindo dessa premissa, passaremos a analisar o ativismo como "ato de vontade" do julgador e como isso tem afetado as bases democráticas do nosso país.

2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

É inquestionável a premissa de que, ao longo dos anos, o judiciário no Brasil e no mundo, vem passando por uma série de transformações jurídico-estruturais. Sejam estas quanto ao seu poder de atuação, sejam pelos estigmas históricos de uma democracia relativamente recém-nascida. A transição de constituições e os impactos históricos inerentes à própria condição da estrutura basilar do país influenciaram e influenciam, até hoje, na forma como é exercida a jurisdição no nosso país.

Neste sentido, não há como tratar o ativismo judicial e a judicialização da política como institutos inseparáveis ou, digamos assim, como atuações sinônimas do poder judiciário. É neste ponto, portanto, que se justifica o estabelecimento de uma diferenciação entre os institutos para que, assim, possamos compreender os impactos estruturais que os mesmos trazem à harmonização do estado democrático.

A premissa é justamente essa: é necessário distinguir para entender. Com efeito, na tentativa de entender o fato de que o direito não pode, levando em consideração os princípios democráticos, resumir-se a simplesmente figurar como produto fruto de decisões judiciais. O que já se leva a crer que, neste ponto, as bases democráticas encontrar-se-iam abaladas.

2.1.1 A judicialização da política

Iniciando, portanto, tal diferenciação, entre ativismo judicial e judicialização da política, para Clarissa Tassinari, "a resposta para a pergunta do que seja a judicialização da política passa, de início, pela percepção que se está à tratar da interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário." (TASSINARI, 2013, p. 28)

Ou seja, é necessário enxergar, em primeira análise que, tratando-se de judicialização da política, não há como separar os ideais políticos que cercam os interesses daqueles que se mantém no poder. Assim, não há como dizer que, diante deste instituto, há somente uma análise de um caso concreto apenas do ponto de vista jurídico - como jurista - mas, contudo, há uma espécie de interesse político dentro da atuação jurisdicional.

Nos últimos tempos, a comunidade jurídica mundial passou a perceber uma significativa mudança do poder das instituições representativas para o poder judiciário, seja este de primeiro grau ou em sede de tribunais (HIRSCHL, 2006). E isso deságua, justamente, na compreensão de que a judicialização da política nada mais é do que o enfrentamento, por aqueles que portam a jurisdição, de questões que versam sobre políticas públicas ou de, até mesmo, controvérsias político-institucionais. O fato inquestionável é o de que, de fato, o judiciário é invocado de forma desproporcional para atuar diante das omissões políticas.

É comum se ver manchetes sensacionalistas ou supertendenciosas diante de casos em que, por exemplo, foram prolatadas decisões judiciais importantes face à resolução de controvérsias de garantias esquecidas pela representatividade popular. Temas como união entre pessoas de mesmo sexo, aborto, afetividade, direitos de igualdade, pesquisa científica, etc., que na sua essência, deveriam ser tratados através de uma deliberação que, para tanto, não surgisse no judiciário, mas de onde, estando em uma democracia, deveria de fato insurgir: da representatividade política.

Ran Hirschl (2006), ao escrever seu trabalho sobre "*O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*"⁴ nos elucida que, na

⁴ Obra original: "The new constitutionalism and the judicialization of pure, politics worldwide, fordham law review". v. 75, n. 2, 2006.

maioria das vezes, a judicialização da política é tratada como uma forma genérica do exercício do ativismo judicial quando, na verdade, a primeira se comporta através dos tribunais de maneira a confiar aos mesmos a solução, nem sempre justa, de questões delicadas que envolvem, primordialmente, a identidade coletiva de um povo e que representam o ponto de partida da construção de uma nação.

Com isto, traça-se, portanto, uma característica crucial da judicialização da política que é, neste contexto, a transferência do poder de representatividade e de agir, inerente aos regimes democráticos, daqueles que foram eleitos para aqueles que portam a titularidade do exercício da jurisdição. Na busca, em tese, de uma efetivação de garantias fundamentais ignoradas por este mesmo corpo que, em suma, deveria ser assíduo na representatividade dos interesses populares. Ou seja, nisto, transferindo para o judiciário, celeumas cuja essência é evidentemente política, incluindo, inclusive, relevantes deliberações sobre questões que envolvem a identidade de um povo, seus avanços e costumes.

Todavia, com isto, não se está apenas afirmando que política e Direito, necessariamente, se relacionam, mas que, a partir do entendimento dessa relação, pode-se afirmar que o enlace não figura como álibi legítimo para um elemento justificador do uso dos “decisionimos” no Direito. Assim, não se pode atrelar um exercício ativista/moral do direito à uma ligação indissolúvel entre Direito e Política. De fato, os fins não justificam os meios.

O problema, principalmente quando tratamos da política como um fator que se coloca em contraponto ao Direito, é que na maioria das vezes ela deixa de ser um motivo para garantir a normatividade constitucional e a estabilização da democracia e passa, infelizmente, a ser uma espécie de argumento reformador do Direito posto.

Lenio Streck, na sua obra *"Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito"* vem nos esclarecer que a Política, hoje, ocupa um papel de *predador externo da autonomia do direito*, bem como a Moral e a Economia (STRECK, 2011). Assim, neste ponto, se percebe que a judicialização da política tem-se, muitas vezes ou na maioria delas, se sobreposto à autonomia e hiperatividade do direito na medida em que, no exercício jurisdicional, o direito deixa de ser o ponto de partida para toda e qualquer interpretação sendo maculado por posições políticas.

Vejam os como, para o autor, o direito, dentro da atividade jurisdicional, tem sido ofuscado pelas posições políticas:

"A autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída - e esse perigo ronda a democracia a todo tempo - exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente 'estado de exceção', o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do 'império do direito' (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?)". (STRECK, 2011, p. 370)

Sem mais delongas, é possível encarar que a judicialização transpassa o simples fato da inoperância do poder público. E que, assim, por conta da extensa consagração de direitos e garantias constitucionais, atrelados à esta inércia da representatividade popular, resulta em uma enxurrada de demandas que, hora ou outra, desaguarão no poder judiciário.

Com tudo isso, dentro dos ensinamentos de Clarissa Tassinari (2013), podemos afirmar que não se trata apenas de uma posição política adotada pelos julgadores mas, contudo, figura-se como uma questão *intimamente social*. Ou seja, a caracterização desse fenômeno não depende tão somente das vontades do órgão julgante mas, em dissonância à isso, está interligada a uma série de situações que essencialmente são alheios ao poder jurisdicional, que possuem suas origens em um caminho que passa, necessariamente, pela necessidade de um maior e mais abrangente reconhecimento de direitos, passeia pela omissão do Estado em garanti-los/implementá-los e findam no aumento da litigiosidade/judicialização.

Para Roberto Basile Leite, quanto à judicialização da política "o juiz não a escolhe; não é o juiz que promove; ela é produto da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais". (LEITE, 2014. p. 180)

Entende-se, portanto, levando em consideração todos os fatores supracitados, que o combate à judicialização não depende tão somente das medidas ora adotadas pelo Poder Judiciário - já que estamos diante de um predador externo da autonomia do direito - mas, contudo, envolve uma série de ações que exigem um maior comprometimento de todos os poderes atuantes e constituídos dentro de um sistema democrático. Esta (in)surge, portanto, diante da hipossuficiência dos demais

Poderes, em um determinado tempo/contexto social, independentemente dos juízes ou tribunais.

2.1.2 O ativismo judicial

O primeiro capítulo da presente pesquisa dedicou-se a demonstrar, em síntese, a construção histórica que nos trouxe ao que hoje podemos classificar como ativismo judicial. Onde, agora, já se parte da concepção de que o instituto resguarda suas origens no direito norte-americano.

Passou-se, também, no decorrer do trabalho até presente tópico, pela compreensão de que não há como tratar *ativismo judicial e judicialização da política* como institutos sinônimos. Observando, para tanto, que a segunda se refere a fatores externos ao poder jurisdicional e, cumulativamente, à necessidade de um povo que cumula no aumento da litigiosidade/judicialização.

Outrossim, a primeira característica do ativismo que podemos destacar é o fato, justo contraponto ao fenômeno da judicialização da política, do mesmo se tratar de uma tomada de decisão por parte do estado juiz. Ou seja, na medida em que a judicialização da política independe da atuação do judiciário, o ativismo materializa-se como um impulso subjetivo do órgão julgador.

O problema do ativismo está, justamente, no contratempo da sua incorporação pela doutrina brasileira e pelos juízes e tribunais. Ora, como vimos no primeiro capítulo, estamos diante de uma impossibilidade de compatibilização do instituto com o modelo de sistema jurídico ora adotado pelo Brasil.

Prosseguindo, é indubitável o entendimento de que o *judicial activism*⁵ tem sua origem basilar no controle de constitucionalidade e que, ambos, partem de uma cultura jurídico-institucional norte-americana que tem como base princípios de um direito construído a partir dos costumes, o *common law*.

A questão, neste ponto, não é, portanto, questionar a legitimidade do controle de constitucionalidade - visto que, mesmo por influência do sistema norte-americano, o mesmo encontra-se instituído pela carta magna de 1988 - mas, por

⁵ expressão inglesa que remete ao "ativismo judicial".

outro lado, questionar a forma como ele tem se dado ou em que termos ele tem sido exercido, no Brasil. O que, para tanto, não exclui a sua legitimidade.

Para Clarissa Tassinari, sem dúvida, não dá pra olhar para o instituto sem, por trás disso, enxergar que "*o ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova*". (TASSINARI, 2013, p. 34)

Este é o ponto. Podemos dizer que o controle de constitucionalidade encontra sua máxima concretizada na Constituição, tendo o dever de atribuir as demandas à ele apresentadas soluções constitucionalmente coerentes; logo, se o controle é feito a partir de uma moralização do Direito ou, digamos, partindo da vontade ou da consciência do julgador este, por consequente, não figura uma materialização das premissas constitucionais mas, sim, o seu desvirtuamento/decadência - e isso, consequentemente, é, também, ativismo judicial.

Ocorre que, em meio às indefinições do que seria de fato o ativismo judicial no Brasil, a doutrina pátria o define da seguinte maneira: a) como uma consequência do poder de revisar - neste contexto, o exercício do controle de constitucionalidade; b) como sinônimo de uma maior interferência do poder judiciário de maneira a caracterizar uma proatividade face às celeumas apresentadas; c) como porta de entrada para discricionariedade no exercício da jurisdição; e, por exemplo, d) como uma espécie de aumento do leque de competências do julgador para, assim, gerenciar a máquina processual. Todavia, percebe-se que, diante das definições apresentadas, há uma dificuldade de encontrar um posicionamento que seja fiel às origens do instituto.

Em concordância, para Marcus Paulo Veríssimo (2008), o que temos hoje é um ativismo judicial "à brasileira" e que, este, decorre do problema da judicialização. Esta que, sem dúvida, passa uma impressão de descontrole pela quantidade de demandas e, assim, tem como resposta um judiciário ativista que, em nenhum momento, sente-se envergonhado em exercer suas competências de maneira cada vez mais amplas.

Todavia, o pensamento do autor supracitado não se faz coerente na medida em que, este, transfere para fenômenos externos a (in)surgência do ativismo judicial

quando, na verdade, já vencemos o entendimento de que esses casos estão interligados ao que chamamos de judicialização da política.

Primeiro, há uma confusão sobre o que de fato é ativismo no Brasil. Em segundo, muitas vezes este é invocado quando, na verdade, estamos diante da judicialização da política. E, em terceiro, este se figura muito mais, no nosso país, através de um uso desenfreado da moral, da política, da discricionariedade e do livre convencimento para, dessa forma, se exceder no exercício das suas funções reais.

Na sua árdua tarefa de diferenciar o ativismo da judicialização, Lenio Luiz Streck (2011), na sua obra "*Verdade e Consenso*", nos ensina que um juiz ou tribunal pratica ativismo quando, este, decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando para isso, o direito é de, certa forma, substituído pelas convicções pessoais de cada julgador ou órgão julgador.

Dessa forma, abraçando a abordagem doutrinária do autor supramencionado, entende-se que ativismo judicial é, portanto, no Brasil, todo e qualquer comportamento concretizado por parte do poder judiciário que seja revestido de autoridade e supremacia, fruto de competências que, constitucionalmente, não lhes são atribuídas, conhecidas ou determinadas. É, portanto, o exercício da jurisdição tendo por base motivações pessoais, morais, externas, políticas, filosóficas que, sendo assim, violam ou são uma deturpação do sistema jurídico pré-definido.

Por fim, enquanto a judicialização tem sua (in)surgência de maneira independente da vontade do poder julgador, o *ativismo judicial* confere uma postura que parte da subjetividade do poder judicante para além dos limites que legalmente ou constitucionalmente lhes são impostos.

2.1.3 O fenômeno da judicialização como sintoma decorrente da síndrome da inefetividade das normas constitucionais

O termo "*síndrome da inefetividade das normas constitucionais*" decorre de uma classificação doutrinária para justificar a presença de normas constitucionais incapazes de produzir, de plano, todos os seus efeitos essenciais. Por exemplo, as normas de eficácia limitada e os princípios institutivos.

Assim, para Pedro Lenza (2011), a síndrome é uma doença decorrente de uma omissão do poder público na efetivação de garantias fundamentais, seja na falta de elaboração de uma norma regulamentadora capaz de tornar viável o exercício destas ou, simplesmente, pela existência dessa no seu caráter limitado.

Partindo desse ponto é necessário, portanto, que se faça um levantamento histórico, principalmente no tocante à inclusão dessas garantias no ordenamento jurídico pátrio para que, assim, possa-se traçar o liame entre a ausência de efetivação dessas garantias para com o fenômeno da judicialização da política.

O direito contemporâneo é circunscrito por um protagonismo desenfreado da atuação judicante. As diversas transformações sociais e históricas, principalmente no tocante à Declaração dos Direitos do Homem, foram fatos circunstanciais para a reforma no pensamento e na elaboração das constituições pelo mundo.

Com o término da II Guerra Mundial, segundo Marcelo Novelino (2012), nasce um novo modelo de Estado que tem, como premissas principais, a incorporação de novos mecanismos de busca pela efetivação dos direitos fundamentais e extensão do conceito de Democracia.

Ou seja, pode-se afirmar que as transformações advindas pós-guerra proporcionaram, ao direito constitucional contemporâneo, uma tipificação de direitos fundamentais ao passo em que, também, passaram a influenciar na forma de interpretar e garantir esses direitos. Para Clarissa Tassinari, "com isso, o fenômeno da judicialização da política aparece, especialmente no cenário jurídico brasileiro, como um problema a ser enfrentado". (TASSINARI, 2013, p. 37)

Com isso passa-se pelo perigoso entendimento de que, uma vez consagrados os direitos e garantias fundamentais - digamos assim, numa espécie de "aparelhamento constitucional"⁶ - resta, apenas, ao poder judicante aplicá-los. Não há como ignorar o fato de que o sistema jurídico atual demonstra uma dependência do judiciário para o cumprimento das normas constitucionais; todavia, se pode falar em "aparelhamento" das garantias fundamentais também é possível afirmar que, em certas posturas ativistas, o judiciário tem esquecido dos seus utensílios básicos para

⁶ O termo "aparelhamento constitucional", aqui, foi usado para fazer uma alusão à materialização dos direitos e garantias incluídos no texto constitucional em um momento "pós-guerra" que deveriam ser tratados como ferramentas básicas no exercício de suas funções.

o exercício de suas funções, neste caso, agindo de maneira à ignorar a ferramenta constitucional.

Sem dúvidas, o período subsequente à Segunda Guerra Mundial foi um marco divisor de águas para o direito em todo o mundo. De todo modo, se pode afirmar que a vivência das atrocidades dessa época trouxe uma espécie de reestruturação na forma de pensar e construir o direito, principalmente voltada para a ideia de instituir novas garantias.

Fora, então, segundo Luis Lenio Streck (2011), a partir dessas mudanças que se cria, então, a noção do que hoje entendemos por *constitucionalismo democrático*, que findou, inclusive, numa reforma do conceito de Direito. Ou seja, o marco histórico não fora influente tão somente na mudança de uma estrutura política em vários países pelo mundo mas, também, na concepção de como ver e aplicar o direito. Tudo isso por intermédio da materialização de ideias como: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), do seu caráter prospectivo que, de fato, condiciona materialidade e legalidade; b) a incorporação das garantias e direitos fundamentais, dentre outras questões.

Neste momento se faz importante ressaltar que, embora estejamos diante de uma explanação voltada pra segunda guerra (continente europeu), na sequência do fim desse marco, o Brasil também estava à sofrer golpes ditatoriais (1964). O que também nos faz perceber que, infelizmente, essa ascensão dos direitos e garantias em ordem interna tardaram em nosso país, vez que só se pode enxergar de forma mais incisiva no texto constitucional de 1988.

Muito embora tenha-se vivenciado esse momento de restrição total de direitos, Clarissa Tassinari (2013) ensina que, com o advento da carta magna de 1988, a denominada "Constituição Cidadã", o constitucionalismo pátrio passou a assimilar os avanços advindos das lutas europeias no momento pós-guerra.

Destarte, com a análise dos marcos supracitados, chega-se a um ponto indispensável para que entendamos o porque da existência dessa patologia denominada como "*síndrome da inefetividade das normas constitucionais*".

O direito Brasileiro, influenciado pela doutrina Portuguesa, mais especificadamente, norteado pelos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho (2001), instituiu o entendimento o que se pode chamar de

"*constitucionalismo dirigente*". Nesta perspectiva, numa espécie de tentativa de vinculação do poder legislador para com a ideia de elaboração de programas que tenham como fundo principal o exercício e garantia de preceitos fundamentais.

É, portanto, indiscutível que essa forma de enxergar o direito corroborou de maneira incisiva para que, assim, (in)surgisse um direito baseado no compromisso constitucional resultando, para tanto, em uma maior interferência do poder judiciário para efetivação destes, levando em consideração uma obrigatoriedade no cumprimento das disposições constitucionais por influência, também, da ideia de força normativa da constituição.

Ou seja, de todo modo, todos esses fatores corroboraram para que, a nível mundial, a atuação do judiciário estivesse com as atenções voltadas à normatividade constitucional e, cumulativamente, na obrigatoriedade de efetivação dessas garantias.

Para Clarissa Tassinari, na sua obra "*Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*", sobre essa influência histórica como marco impulsionador da judicialização da política, o surgimento dos textos constitucionais no período pós-guerra:

"Ao agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das constituições, que, como já mencionado, passaram não apenas a ser concebidas como um elemento organizacional, mas também a influir diretamente na política governamental a partir de uma noção de irradiação constitucional pelo sistema jurídico". (TASSINARI, 2013, p. 44-45)

As constituições passaram, portanto, a não serem mais instrumentos meramente políticos e, com isso, abriu-se o leque de normatização dos direitos do cidadão ao tempo em que, por outro lado, transferiu para o Estado uma obrigação de efetivação (dever de cumprir) imediata para com este programa constitucional.

É sensato, portanto, entender que tudo isso já seria motivação suficiente para, diante de uma omissão da representatividade popular, o judiciário mais vezes como uma espécie de instrumento⁷ de efetivação e concretização de tais direitos previstos mas, todavia, ignorados pelos demais poderes.

⁷ O termo "instrumento" foi utilizado no seu sentido literal (como sendo um objeto/ferramenta).

Entretanto, não dá pra diagnosticar a *síndrome da inefetividade* olhando, apenas, para a inclusão dessas garantias à ordem constitucional. Seria, portanto, insensato ignorar o fato de que, muito além desses programas constitucionais, lidamos com as diversas transformações sociais. Assim, existe uma espécie de adequação do direito pela mutabilidade social. E, esses dois fatos, agregados a uma situação comportamental instigada pela promulgação dessas garantias: a litigiosidade.

Outrossim, Clarissa Tassinari (2013) enfatiza que, diante dessa forma de fragilização do Estado - levando em consideração suas omissões - que é, em regra, fruto da influência dos elementos externos de modificação da forma de funcionamento do direito (economia, moral, etc.), o meio social encontra-se, assim, submerso à uma onda de litigiosidade por também desacreditar no modelo de democracia representativa.

Assim, por essa onda de fatores, o cidadão passa a querer transferir para o judiciário todas as discussões que, essencialmente, tem cunho político. Passa a ser, portanto, parte do dia a dia das pessoas a reivindicação desses direitos e garantias, transferindo para o poder judicante o poder de lidar com celeumas que, em regra, deveriam ser deliberadas pelo poder legiferante.

Todas essas questões acabam por desaguar no *sintoma da judicialização*, também, porque elas também tratam de uma reestruturação do acesso à justiça. Ou seja, o caráter garantidor da Constituição de 1988 não se limitou e instituiu, por exemplo, a inafastabilidade da jurisdição. Essa ideia de que, portanto, não estará excluída da apreciação do poder judiciário toda e qualquer violação a direito. Assim, a ideia de que a justiça só olha por aqueles que podem arcar com seus custos fica, nesta análise, vencida.

O acesso à justiça pode ser considerado, então, um direito fundamental que tomou por espelho conquistas advindas da proclamação dos direitos humanos, fruto dos inúmeros tratados e convenções ratificados que, como se sabe, ganharam espaço com o término da Segunda Guerra Mundial. Ou seja, a ideia de que não se possa apenas proclamar esses direitos, contudo, garanti-los. Aumentando, para tanto, a intimidade da relação entre cidadão-judiciário.

Todavia, todos esses efeitos - com a intenção de proporcionar um acesso igualitário à justiça, criação de mecanismos menos burocráticos, a concepção de que o judiciário é o instrumento hábil à solução dessas omissões estatais - aumentam a preocupação quanto à atuação legítima do poder judicante sem que, para esta, sejam violados os princípios básicos dentro do estado democrático.

É preciso refletir, portanto, se de fato, diante do aumento da litigiosidade como fruto da ineficácia das normas constitucionais ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "erosão da consciência constitucional"⁸ (ADI 1442), é a maneira mais coerente com a estrutura democrática do nosso país, transferir, para o poder judiciário, todo o encargo de fazer valer os programas constitucionais de maneira à acomodar aqueles que tem esse ônus.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O SURGIMENTO DE UMA JURISTOCRACIA E OS ATENTADOS AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Agora é possível perceber que, em contraponto à estrutura democrática de um sistema, o mundo passa por uma concepção perigosa do entendimento de que é do judiciário toda a credibilidade para decidir questões determinantes e paradigmáticas que dizem respeito aos anseios sociais.

Pode-se, assim, enxergar uma transformação das ideias de compreensão da democracia como "vontade da maioria" pela atuação de uma força contramajoritária movida pela litigiosidade, enfraquecendo a estrutura política e que, assim, tem o poder judiciário como seu maior aliado.

O Brasil vem de um histórico de ruptura de regimes ditatoriais, sendo possível afirmar, dentro dos ensinamentos de Clarissa Tassinari (2013), que a explicação para uma ascensão tão significativa do poder judiciário está ligada, em tese, na caracterização de uma crise institucional que vai desde um ambiente de tensão entre os Poderes (invasão de competências, etc.) até, por isso, a figura de uma crise democrática.

Essa tensão entre os poderes é definida, por José Luis Bolzan de Moraes (2011), como a tentativa de compatibilizar uma espécie de política de inclusão

⁸ Termo utilizado para fazer alusão à omissão estatal na efetivação e cumprimento das premissas constitucionais.

(democracia social, reflexo dos avanços advindos com a constituição cidadã) com uma política de exclusão (o capitalismo).

Ou seja, a impossibilidade de harmonização desses interesses que circunvizinham a democracia brasileira gera, no povo, uma onda de insatisfações fundada na ausência de cumprimento dessas garantias e que, por conseqüente, acabam dando ao poder judiciário uma figura de idolatria sacra.

Destarte, a descrença na representatividade popular (executivo e legislativo) e uma maior proximidade do povo com o judiciário (dentro dos anseios de efetivação dessas garantias) acaba criando um rompimento entre a Democracia e a manutenção do Direito. Assim, entramos no estigma de lidarmos com situações em que as decisões esquecem os critérios jurídicos e ganham por fundamento argumentos morais e políticos.

Não se está aqui pretendendo desvirtuar a atuação do judiciário, principalmente na figura das cortes superiores, quanto à efetivação e fiscalização do garantismo constitucional. Todavia, é importante destacar que essa atuação exclusiva gera, com relação aos poderes competentes para representação popular, uma espécie de comodidade e inércia. Ora, se eu tenho um judiciário para impor regras porque elaborar projetos de lei? Entretanto, o direito ditado pelos tribunais, figura uma espécie de desestruturação do pacto federativo que vai de encontro aos conceitos básicos de democracia já abordados.

É de suma importância destacar que essa centralização do judiciário não só é maléfica à segurança jurídica, mas também, viola, de maneira evidente, o pacto democrático. A ideia de harmonização dos poderes, portanto, fica, assim, esquecida.

Não se pode, na busca por cumprimento de programas constitucionais, institucionalizar um "direito ditado pelos juízes" ou um "governo dos juízes", porque é princípio basilar a ideia, por exemplo, de preservação da vontade moral do legislador. Essa espécie de comportamento ignora, inclusive, toda uma construção teórico-doutrinária do direito.

Para Clarissa Tassinari (2013), uma compreensão da atuação jurisdicional, neste sentido, provocaria, no mínimo, duas conseqüências: a) o simbolismo presente na formação de uma espécie de direito mundial a partir de decisões

judiciais; e, por segundo *b*) o problema da intervenção judicial que trata mais de uma questão de opinião, nestes casos, do que de uma questão de direito.

Assim, e por fim, não podemos substituir os papéis dos poderes constituídos. Muito se lutou para chegar ao que, hoje, temos por democracia. Isso envolve desde massacres até o suor de vários povos, políticos e gerações. Para José Afonso da Silva (SILVA, 2012), para termos um regime democrático é preciso que se considere a construção social de um povo e, cumulativamente, que seja possível evidenciar as escolhas políticas e a representação da vontade de uma maioria. Ou seja, não há como enxergar esses elementos em um direito que se baseia na confusão entre moral, valores e vontades de um órgão arbitrário.

2.2.1 O ativismo judicial como "ato de vontade" do órgão julgante

No início do capítulo foi feita a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Demonstrou-se, para isso, a importância de não os tratar como institutos sinônimos, tendo em vista que um atua de maneira externa e o outro é uma patologia interna.

Neste sentido, há uma importância peculiar ao reforçar o argumento de que, de fato, por constatação, o ativismo é uma vontade inerente àquele que exerce, naquele dado momento, o exercício do poder jurisdicional.

Ou seja, a partir das reflexões feitas pelo presente capítulo, ver-se que, muito embora a judicialização da política aja de forma externa ela tem, contudo, suas origens internas ligadas ao caráter compromissório e programático assumido pelas constituições pós Segunda Guerra Mundial. Assim, embora a sua ascensão esteja ligada à uma predisposição legal, assim, que se manifesta no âmbito jurídico de uma forma geral, este instituto não é próprio do direito, até porque já demonstramos que ele é um sintoma fruto da síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Entretanto, dentro da realidade abordada por Clarissa Tassinari (2013), o ativismo é uma conduta essencialmente jurídica. Diz respeito a uma conduta adotada por juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Assim, o ativismo caracteriza-se por ser decorrente de uma determinada postura assumida pelo órgão julgante, na tomada de decisão, que por sua vez é dotada de juridicidade. Há,

portanto, um afastamento da análise intimamente político-social e se atrela a uma questão jurídico-sistemática na forma de exercer o direito.

Assim, por tudo isso, o ativismo se apresenta como uma patologia intimamente jurídica (em outras palavras, criada pelo próprio Direito), todavia, com consequência em todos os outros polos de poder, estruturas sociais, etc.

O ponto que distancia o ativismo da judicialização da política é, para Clarissa Tassinari (2013), justamente, o emprego da discricionariedade, da subjetividade e da vontade do julgador. Fatores que agem de dentro pra fora, em contraponto ao que já observamos por judicialização.

Por fim, o ativismo se mostra como um problema puro do direito, na consideração da sua teoria geral, com problemas relacionados à teoria da interpretação (hermenêutica), na medida em que os atos proferidos em uma decisão ativista dizem respeito aos prejuízos de um exercício jurisdicional movido por um ato de vontade do julgador, baseado em uma espécie de valorização do direito que contrapõe toda uma construção histórica do real papel do juiz dentro da democracia.

O capítulo subsequente tem o intuito de, em cumprimento ao objetivo central da pesquisa, com base em tudo que já fora abordado, estabelecer alguns limites à atuação do poder judicante para com a sua atuação ativista diante do problema da *síndrome da inefetividade das normas constitucionais* de maneira a demonstrar, nesta perspectiva, a possibilidade de uma atuação que garanta a harmonização do estado democrático e, contudo, a preservação da autonomia do direito face aos problemas encontrados nos predadores externos de sua integridade.

CAPÍTULO III

3. O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO DENTRO DE UMA IDEIA DE PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO: UMA RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA EM PROL DA HARMONIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Considerando uma visão ampla sobre os relevantes fatores abordados pela pesquisa até o presente momento, deve-se considerar que, no Brasil, a (re)leitura sobre a teoria norte-americana no tocante ao instituto do ativismo judicial, pela doutrina, se dá de maneira muito peculiar. Que, conseqüentemente, entre idas e vindas, oscilam, sem quaisquer cuidados, entre uma cultura estigmatizada de interpretação do Direito no Brasil e o costume jurídico Estadunidense.

Assim, criou-se, no ambiente judicante brasileiro, não somente uma utopia quanto à compreensão de como pode ser entendido o exercício jurisdicional mas, contudo, tem-se influenciado de forma direta a atuação de juízes e tribunais na atual conjuntura. O que leva a crer não ser precipitada a afirmação de que, no Brasil, surgiu uma forma própria de lidar com o instituto do ativismo judicial, um ativismo à brasileira.

É, portanto, objetivo do presente capítulo traçar um caminho para o exercício da jurisdição dentro de uma ideia de preservação da autonomia do direito e do estado democrático, tendo em vista que o cenário em que se exerce o poder jurisdicional brasileiro é marcado por uma hipervalorização do poder judiciário que, chamada de ativismo judicial, precisa ser combatida e colocada em cheque. Porque, como se pôde constatar no capítulo anterior, a síndrome da inefetividade das normas constitucionais tem minado as bases democráticas do nosso país ao transferir, para o judiciário, questões que devem ser amplamente deliberadas dentro de um contexto de preservação dos princípios basilares de uma sociedade essencialmente democrática.

3.1 ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA: UMA CONVERSAÇÃO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Como já se viu, há no modelo de atuação jurisdicional brasileiro uma tentativa (im)pura de incorporação de institutos que são, essencialmente, de uma cultura judicante norte-americana. E isso passa, inevitavelmente, pela compreensão de que há uma incompatibilização entre a cultura brasileira e a estadunidense, bem como na forma de elaborar, aplicar, priorizar e transformar o direito. De um lado, o direito baseado nos costumes e, de outro, uma cultura baseada na predominância das leis.

Assim, é possível elencar pontos de distanciamentos entre essas duas culturas para que, portanto, possa-se compreender o que se intitula por "ativismo judicial à brasileira", na tentativa de estabelecer uma resistência a deturpação de uma teoria pura que faz parte, essencialmente, do próprio instituto.

Em primeiro, Clarissa Tassinari (2013) enfatiza que as essências sistemáticas norte-americanas, principalmente no tocante à diferença entre as tradições, mostram várias inconsistências da teoria do direito brasileira, por ser esta desenvolvida em um país onde a Ordem Jurídica - o direito - está assentada na predominância de lei (e da Carta Magna), e por insistir em centralizar o papel da jurisdição.

Outrossim, um fato é o de que, como já se viu neste trabalho, o ativismo norte americano surgiu de maneira conservadora e, assim, em contraponto à postura brasileira que, por si só, enaltece o ativismo na defesa de uma maior intervenção do estado-juíz ou, por outro lado, uma forma do Judiciário se sobressair às competências do poder Legislativo.

Ou seja, partindo dessa compreensão, o ativismo no Brasil tem adotado uma postura adversa (mesmo sendo usado, muitas vezes, com o pretexto de preservação da ordem constitucional) da norte-americana, vez que, na maioria dos casos, a atuação judicante tem se dado com finalidades políticas - o fenômeno da judicialização da política.

Dentro dos ensinamentos de Clarissa Tassinari (2013), muito embora o *judicial activism* tenha colaborado com diversas discussões relacionadas ao constitucionalismo norte-americano, essas deliberações ocorrem, preponderantemente, para que se saiba, em tese, a competência do poder Judiciário

em face dos demais poderes. Contudo, há nos EUA uma liberdade maior para uma atuação proativa do judiciário, vez que há uma constituição bem mais sintética que a promulgada e vigente em nosso país.

Assim, além de muitas vezes ignorar o caráter normativo da ordem constitucional, o judiciário brasileiro tem usado um conceito de ativismo como álibi para o emprego dos chamados "juízos de valor", da discricionariedade desenfreada e para ser, erroneamente, resposta aos anseios sociais. Distanciando-se, portanto, inclusive nesse ponto, da cultura estadunidense. Sendo perigosa essa forma de atuação, tendo em vista que o direito tem sido aplicado de acordo com o senso de justiça de cada julgador e não em uma ideia de preservação da autonomia do direito.

3.2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: OS DESAFIOS IMPOSTOS AO PESAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Prima facie, é imprescindível elencar que o termo "Constitucionalismo Contemporâneo" fora extratido dos ensinamentos do renomado jurista Lenio Luiz Streck, em sua obra "Verdade e Consenso" (2011), que nos remete ao movimento que insurgiu nas constituições por todo o mundo em um momento pós-guerra, que se faz presente na nossa atual conjuntura e que, a doutrina majoritária vem chamar de "neoconstitucionalismo".

Ainda à respeito do Constitucionalismo Contemporâneo, o jurista Lenio Luiz Streck, nos prescreve que:

"o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado de da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da teoria da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos)". (STRECK, 2011, p. 37)

Ou seja, todos esses avanços na teoria do direito - bem como os de ordem estruturais na organização estatal - devem ser considerados como uma continuação

da evolução histórica do Constitucionalismo, evidenciando ainda a intenção desse movimento na valorização dos preceitos fundamentais e do exercício da cidadania.

Destarte, é a partir do pensamento de Lenio Streck que pode-se enxergar a necessidade de um enfrentamento do problema envolvendo o ativismo judicial e que o atual sistema jurídico brasileiro passa por três grandes desafios: *a)* a batalha contra a discricionariedade jurisdicional; *b)* o combate em desfavor das concepções teóricas erroneamente incorporadas; e *c)* a tentativa de preservação da autonomia do direito e harmonização do Estado Democrático.

Percebamos com o decorrer da pesquisa que, todos, sem exceção, dentro das concepções extraídas da obra de Lenio Luiz Streck (2011), são interligados, não se excluem, complementam-se e subsistem.

3.2.1 O combate em desfavor das concepções teóricas erroneamente incorporadas

A priori, é necessário entender que - por vários fatores históricos - o direito brasileiro passou a ser terra fértil para implantação de condutas adotadas, pelo judiciário, tendo por base culturas jurídicas estrangeiras. Para muito além, essa incorporação, como se viu, se deu, muitas vezes, de forma equivocada.

O primeiro capítulo, intitulado de "Elementos para a (pré)compreensão dos elementos centrais da obra" de que trata a obra "Verdade e Consenso" do Jurista Lenio Luiz Steck (2011), vai enfatizar justamente o fato de que o ativismo judicial estadunidense, em conjunto com a jurisprudência dos valores e a ideia de ponderação, é uma das três concepções jurídico-teóricas erroneamente incorporadas pela tradição brasileira.

Dentro do enfoque do trabalho, elencando o ativismo judicial, percebe-se que, no que preceitua Clarissa Tassinari (2013), das concepções norte-americanas de ativismo retirou-se a ideia de governo dos juízes e, conseqüentemente, a afirmativa de que o ativismo judicial é algo bom para democracia quanto, para isto, é direcionado à efetivação de garantias.

Com isso, percebe-se que a postura proativa do poder judicante - *judicial activism* - passam a ser compreendidas de forma dúplice, como uma normalização

de uma maior intervenção do poder judiciário (em uma tentativa de ampliação de suas competências originárias) e, em segundo, como já vimos, essa atuação que se confunde com a judicialização da política. Ocorre que, dito isto, vê-se que há um distanciamento significativo entre a mutação dessas teorias em território brasileiro, levando em consideração, portanto, a incompatibilidade de tradições jurídicas entre as duas nações.

Dentro dessa perspectiva, o que há em comum entre estes fatores? Observe-se que, no final das contas, todos estes - inclusive o ativismo - estão voltados à uma preponderância da atuação interventiva do poder jurisdicional. Ora, pela ponderação (Alexy) abre-se espaço à vontade do aplicador da lei diante, por exemplo, de uma colisão entre princípios constitucionais; pela jurisprudência dos valores, os juízes e tribunais se desvirtuam-se de atuar com base na lei (Constitucionalismo Alemão); e, por fim, com o ativismo judicial (experiência norte-americana), no Brasil, o judiciário assume um papel de total intervenção política na solução de demandas.

Para Clarissa Tassinari (2013), de uma forma ou de outra, por uma vertente ou por outra, tudo se coaduna para uma maior concessão de poderes aos aplicadores da lei que, infelizmente, acaba por culminar no ativismo judicial, colocando em cheque a democracia, seus princípios basilares e sua harmonização no tocante à separação dos poderes.

Lograr êxito em romper com tais influências, hoje tão entranhadas em nossa teoria do direito, que dão uma ênfase suprema à atuação jurisdicional dentro do Estado Democrático, se faz uma tarefa árdua nos tempos em que "veste-se a camisa do ativismo judicial".

3.2.2 A batalha conta a discricionariedade jurisdicional: uma necessária limitação de poder

Existem dois lados de compreensão de como o poder discricionário do juiz passou a fazer parte do direito brasileiro e, conseqüentemente, da forma de interpretar/aplicar o direito por parte destes. O tópico se deterá à compreensão do positivismo de Kelsen. O fato é: qualquer uma delas levam às compreensões basilares do positivismo jurídico.

Hans Kelsen (1999) - sendo um dos mais influentes positivistas na atual conjuntura - ao tratar da aplicação da lei em seus ensinamentos, na sua obra "Teoria Pura do Direito", fez três importantes colocações: a primeira, que enfatiza o caráter vinculado que a interpretação da lei tem com os atos de vontade do órgão julgante; a segunda, que, se há lacuna para algum impulso cognoscitivo, a interpretação se dá em relação ao cabimento ou não de incidência de outras normas; e, por terceiro, que a aplicação da lei se dá discricionariamente nos moldes da própria lei ou, inclusive, fora desta, podendo criar o direito.

Ou seja, dentro dos ensinamentos supracitados, é necessário compreender que os critérios de discricionariedade - muito embora Kelsen tenha isso como um problema jurídico-político - e de escolha remetem, sempre, à concepção de uma subjetivação do intérprete ao decidir.

Portanto, o ápice deste ponto é entender que, este modo de proceder no ato de decidir está intimamente ligado com os ideais de ativismo judicial que, nesta mesma perspectiva, figura um ato de vontade daquele que irá aplicar a lei - ou deixar de fazê-lo.

Para Lenio Luiz Streck (2012), na sua obra "O que é Isto - decido conforme a minha consciência?", o combate à discricionariedade, ao ativismo, ao positivismo, sendo estes as várias faces do subjetivismo, implica afirmar compromisso com uma Constituição e com um sistema jurídico democraticamente construído.

Assim, perceber-se que a luta contra a discricionariedade é constante e sempre nova. É necessário, portanto, manter-se em uma contraposição quando o problema for o *super-heroísmo* dos magistrados dotados de *super poderes* e, daí, analisar de maneira crítica e incisiva a viabilidade de incorporar ou não institutos incompatíveis com a tradição jurídica brasileira.

Para Clarissa Tassinari (2013), a figura de um judiciário livre das amarras do ativismo judicial demanda, prioritariamente, a superação do entendimento de que os juízes e tribunais possuem poderes discricionários e liberdades de interpretação.

Portanto, se vê que só será possível uma harmonização dos princípios basilares e conceitos fundamentais da democracia brasileira quando, para isso, se possa tocar em uma reestruturação das bases e uma efetiva valorização dos ideais de um constitucionalismo democrático. É necessário retornar o barco para o porto

inicial, onde havia uma clara distinção de atribuições e harmoniza na atuação dos poderes constituídos. Não há como, portanto, estabilizar a democracia, no Brasil, sem limitar a atuação do poder judicante.

3.2.3 A tentativa de preservação da autonomia do direito e harmonização do Estado Democrático

Neste cenário de diversas confusões na incorporação de tais teorias estrangeiras, percebe-se que por influência destas - mesmo que incorporadas em uma modalidade "mixada" -, pelas concepções de um positivismo mal interpretado e, contudo, com uma atuação jurisdicional embasada em uma ideia de liberdades exacerbadas do judiciário no tocante às suas competências originárias, temos um real problema: a preservação, no Brasil, da autonomia do Direito.

Diante do que já se pôde perceber - no decorrer da pesquisa - quando tratamos do fator "autonomia do direito", se está voltado, necessariamente, das relações entre Direito e Moral, Direito e Economia e Direito e Política.

Contudo, como produto de todo esse somatório, temos o que Lenio Streck (2011) vem denominar de "predadores externos do direito". Ou seja, fatores que se inter-relacionam com o direito e que, no exercício decisório, enfraquecem o sistema jurídico por jogarem, para o julgador, o poder de decidir segundo o que lhe convém. O que, para Streck, figura como a perda do DNA do Direito, na ideia de que, ao estar sob a influência de tais fatores (Moral, Economia e Política), o Direito acaba por perder sua real identidade como, essencialmente, vertente jurídica.

São estes fatores que, de fato, fazem com que preservar a autonomia do direito, em tempo de ativismos, se faz um verdadeiro desafio. Ou seja, o problema iminente de utilização do protagonismo decisório para, ao final, aplicar convicções pessoais embasadas em uma promessa de efetividade de garantias pleiteadas.

Assim, a harmonia do Estado Democrático, é uma tarefa quase impossível de se tratar quando os predadores externos à autonomia do direito figuram como protagonistas no exercício jurisdicional. Vez que, no Brasil, por muito o judiciário tem assumido posturas incompatíveis para com a preservação da competência dos poderes constituídos.

3.2 UMA RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA EM PROL DE UMA ESTABILIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO: DEVOLVENDO A AUTONOMIA DO DIREITO

O cenário no qual o exercício jurisdicional brasileiro encontra-se inserido é inundado de opiniões teóricas voltadas ao protagonismo do poder judicante, e de posturas adotadas pelos tribunais que passaram a ditar a forma desenfreada de como o judiciário, a partir de agora, pode(ria) agir diante de conflitos entre omissão legiferante, direito e moral, economia e direito e direito e política.

Ou seja, na atual conjuntura, a preocupação não está voltada para invocar o judiciário, tirá-lo da inércia ou qualquer coisa dessa natureza. As atenções devem, por outro lado, estar voltadas para uma limitação à essa atuação que, hoje, figura como um câncer na teoria geral do direito.

Para Clarissa Tassinari (2013), é certo que o judiciário passou por significativas mudanças no seu cenário. Mudanças estas que, de plano, o levou a tomar posições na esfera que, em suma, pertencem ao Executivo e ao Legislativo, como por exemplo a efetivação de políticas públicas, figurando assim o fenômeno da judicialização da política.

Hoje, mais do que nunca, levando em consideração que muitas vezes essa atuação proativa nem sempre está diante de uma omissão dos demais poderes - sendo uma espécie de impulso *ex officio* -, deve-se repensar a atuação do judiciário no Brasil.

Acima de qualquer coisa, Lenio Luiz Streck (2011) diz ser necessário entender que a Constituição assume um papel significativo no cenário pós-guerra, dotada de limitações ao poder estatal e, conseqüentemente, de normatividade. É preciso, portanto, enxergar o caráter normativo da Carta Magna, para que se possa distanciar o uso desenfreado da discricionariedade.

Pra o ilustre Marcelo Cattoni (2007), a Constituição não é propriedade do Supremo, do Presidente ou do Congresso Nacional. Nenhum destes, sem distinção, pode entender que o exercício de suas funções substitui o papel da soberania popular em uma democracia, sob o risco de retomar tradições autoritaristas com as quais a própria Carta Magna vem romper. Assim, a Constituição nos pertence

(cidadãos), e vigora como um projeto em andamento de construir uma sociedade igualitária e livre; salvo contrário, não é Constituição.

Destarte, no contexto de combater o ativismo judicial - principalmente no tocante aos predadores externos do direito - é necessário entender que, de forma indispensável, faz-se justa a desvinculação da teoria do direito para com tantos institutos erroneamente internalizados.

Neste sentido, dentro do pensamento do Dr. Lenio Luiz Streck (2011), é necessário resgatar as origens da interpretação do direito. De maneira a entender que, assim, os limites à discricionariedade, aos ativismos e as incorporações passam pela compreensão da normatividade dos princípios. Não podendo, o julgador, confundi-los com valores ou achismos. É necessário integrar os princípios dentro de uma normatividade constitucional, atribuir status de norma jurídica e, através disso, tocar em uma racionalidade prática que dá, neste contexto, uma interpretação embasada em uma moralidade política. Tendo caráter normativo, não há de se falar em discricionariedade, ponderação ou internalização de teorias jurídicas. Por isso, portanto, os princípios passam, nesta concepção, a serem uma limitação ao poder discricionário e devolvem, ao direito, sua autonomia.

Por consequente, do entendimento supracitado, percebe-se que a solução da incompatibilidade entre ativismo e democracia (na tarefa de devolver a autonomia do Direito) está interligada aos seguintes fatos: *a)* o ativismo, da forma como vem sendo empregado no Brasil, é embasado em um ato de vontade do julgador que, a partir daí, considerando fatores muitas vezes (ou na maioria delas) alheios à legalidade, passa a confundir suas próprias convicções de justiça e valores com princípios, na tentativa de efetivar direitos; e *b)* todavia, em contraponto, vimos que o resgate às concepções puras do direito sobre normatividade principiológica, por parte do órgão judicante, afasta, de plano, o uso da discricionariedade.

Assim, de acordo com Clarissa Tassinari (2013), tudo isso contribui para com a batalha travada em desfavor do ativismo judicial que, por estar vinculado à um ato de vontade não condicionado à predisposições jurídico-normativas (e sim pelo achismo do julgador), apresenta-se como um câncer a ser enfrentado, ainda mais no contexto atual onde tem-se transferido para o judiciário questões de caráter intimamente políticas, pelo excesso de judicialização, na tentativa de garantir direitos.

Outrossim, partindo dos entendimentos elencados por Lenio Streck e Clarissa Tassinari, a devida compreensão do importante papel da atuação normativa dos princípios como limitação à discricionariedade jurisdicional entrelaçada nas decisões judiciais, figura um importante e significativo avanço na estabilização das bases democráticas, na defesa da soberania popular e na devolução da autonomia do Direito.

Por fim, desvincular a concepção de princípio dos valores pessoais (como elemento discricionário) para passar a compreender o ato decisório à luz da integridade física do Direito é, claro, um dos caminhos viáveis pelo qual se faz tangível minar e colocar em cheque o que denominamos, durante toda a pesquisa, por "papel de protagonismo assumido pelo poder judiciário no Brasil".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem feita por esta pesquisa trás à tona os diversos e vastos dilemas que hoje cercam a atividade jurisdicional no Brasil. Principalmente no tocante ao crescimento do exercício jurisdicional, resultante em um protagonismo exacerbado do poder judiciário. Razão que surge, para o Direito, como desafio à repensar suas raízes teóricas na tentativa de evitar um declínio das bases do Estado Democrático.

Diz respeito, portanto, à uma análise crítica das posturas adotadas pelo judiciário brasileiro face ao fenômeno da "síndrome da inefetividade das normas constitucionais", trazendo a reflexão de que, mesmo que de forma bem intencionada, o ativismo precisa ser combatido e o poder judicante limitado.

Destarte, da elaboração do trabalho, *em primeiro*, pode-se concluir que, em si tratando da doutrina brasileira, há um certo dissenso quanto aos conceitos do ativismo judicial, gerando assim o entendimento de que o mesmo é permissão para uma atuação de intervenção exagerada por parte do poder Judiciário (no meio social) - onde o mesmo se confunde, neste prisma, com a judicialização da política -, ou até mesmo pode ser usado como álibi para decisões aleatórias, com critérios embasados no subjetivismo.

Neste sentido, *em segundo*, pode-se dizer que a compreensão do exercício da atividade jurisdicional passa, necessariamente, pela criteriosa diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, de maneira a não os tratar como institutos sinônimos. Ao passo em que, a primeira, mostra-se como um fenômeno essencialmente político e provocado por fatores alheios à vontade do órgão julgador, o segundo diz respeito à um ato de vontade, ou seja, um critério não normativo/jurídico, emanado de juízes ou tribunais, que proferem seus entendimentos testando as limitações de suas atuações.

Ainda no tocante à judicialização da política, fora possível perceber, da elaboração do trabalho, além de ser um fenômeno essencialmente social, que ela fora marcada por diversos fatores: a) o surgimento de um novo constitucionalismo, que inseriu nas constituições um caráter amplo de direitos e garantias; b) pela compreensão do surgimento de uma constituição programática/digirente; c) pelo significativo aumento no processo de judicialização e litigiosidade; d) por uma crise

no Estado Democrático, diante de uma omissão dos poderes representativos (Legislativo e Executivo); e, por consequência se tudo isso, e) pela facilitação do acesso à justiça para fins de pleitear garantias violadas por uma omissão/ação destes mesmos poderes.

Em terceiro, fora possível também compreender que a conduta do Poder Judiciário em adotar uma postura ativista é fruto, na maioria das vezes, de julgamentos proferidos a partir de uma escolha do próprio julgador (ato de vontade), não estando condicionada, portanto, à fatores normativos e essencialmente jurídicos. Mesmo que, muitas vezes, essa prática transpareça uma ideia de respeito à juridicidade.

Por conseqüente, passou-se também pela explanação dos pontos de oscilação entre o costume estadunidense e o brasileiro - no tocante as suas tradições jurídicas - para entender que: *a)* nos EUA, com o a primeira forma de ativismo (*judicial review*), o mesmo não surge como sinônimo de maior interferência do poder judiciário, principalmente no tocante às questões políticas; e *b)* por se tratar de tradições jurídicas distintas, há portanto uma incompatibilidade na incorporação do instituto pelo Brasil, vez que esta incorporação ultrapassou os conceitos de controle de constitucionalidade e tem justificado a mitigação da separação dos poderes.

Ainda, *em quarto lugar*, viu-se que o problema da síndrome da inefetividade das normas constitucionais está, essencialmente, ligado à Erosão da Consciência Constitucional, patologia daqueles que, por obrigação política, deveriam buscar meios de garantias sem que, para isso, provoquem um excesso de litigiosidade face ao caráter social da Carta Magna de 1988.

Em quinto lugar, com a pesquisa, foi possível verificar que a incorporação mixada de um ativismo judicial à brasileira gerou uma série de problemas ao pensamento constitucional brasileiro: *a)* uma maior fragilização da teoria pura do direito brasileiro, tendo por motivação a incorporação confusa de institutos de diversas tradições jurídicas espalhadas pelo mundo; *b)* a defesa do ativismo e da discricionariedade, que macula toda e qualquer compromisso com os princípios democráticos bem como a responsabilidade jurídica no ato de decidir, o que o torna ainda mais grave, vista a valorização de um protagonismo exacerbado do poder judiciário; e, por fim, *c)* a perda da identidade e da autonomia do direito, levando em

consideração os fatores e predadores externos (Economia, Política e Moral) - trazidos pelo Dr. Lenio Luiz Streck -, que ensejam no exercício da jurisdição embasado em fundamentos não normativos/jurídicos.

Em ultimo lugar e, cumulativamente, em resposta ao objetivo geral da pesquisa, fora possível constatar que é necessário limitar a atuação do poder judiciário dentro do nosso contexto democrático, tendo em vista a vasta confusão na aplicação pura da teoria do direito e a violação constantes dos princípios democráticos face às omissões estatais. E, para vencer o ativismo, constatou-se que: a) só é possível afastar a discricionariedade quando reconhecido o caráter normativo dos princípios, de maneira que as soluções partem, assim, de um contexto jurídico e não mais de um ato de vontade do julgador; e, dito isso, b) a necessidade de considerar o caráter normativo e intransigente da Constituição Federal, de maneira a considerar, de plano, a nossa tradição jurídica e a necessidade da promoção de uma segurança jurídica embasada em um garantismo normativo.

Assim, diante dessa necessidade de promoção da estabilização dos princípios democráticos e da segurança jurídica tendo por base a luta travada contra o ativismo judicial à brasileira.

Para concluir, me faço valer das sábias palavras do Professor Fábio Luiz Bragança Ferreira, na sua obra "A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015 (2018) ao dizer: nem tão ao mar, nem tão ao sol. Que, àqueles que exercem o poder jurisdicional no Brasil, encontrem suas veredas sob à proteção da legitimidade institucional e com os olhares voltados à força normativa da Constituição e na Democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos.** Revista de Processo, São Paulo, ano 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado.** - 2ª ed. - Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** - 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** - 2 ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas.** - 2ª ed. - Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.27.

CANTTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. - 4ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 358-363. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/361794807/Os-grandes-sistemas-do-Direito-Contemporaneo-Rene-David-pdf>>. Acesso em: 26/11/2017 às 13:57 horas.

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. **A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015.** Salvador: JusPodivm, 2018, p. 131.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** - 6. ed. - São Paulo : Atlas,2008.

HIRSCHL, Ran. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, Fordham Law Review,** v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** - 15ª ed. - rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.

MERRYMAN, Jhon Henry; PÉREZ-PREDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/nmUnw9>>. Acesso em: 26/11/2017 às 13:51 horas.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. - 7 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Finatex, 2011.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.65.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. - 36ª ed. rev. atual. - São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: ADI 1442. Relator: Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2004. STF, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094673&base=baseAcordaos>.

STRECK, Luiz Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. - 4ª. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. - 10 ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Luiz Lenio. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. - 3. Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

VERÍSSIMO, Marcus Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"**. Revista Direito GV, São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>.