

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ELIANA MARIA DE SOUZA FRANCO TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Eliana Maria De Souza Franco Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-861-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O presente grupo de trabalho funcionou conjuntamente com o grupo de trabalho Teoria Constitucional. A união das duas áreas revelou-se adequada porquanto os temas tratados não só fizeram referência às questões mais caras à hermenêutica jurídica, notadamente a de matriz constitucional, como também permitiu que os grandes desafios da teoria constitucional pudessem ser abordados a partir da sua longa trajetória, fincada no fenômeno da democracia e na dinâmica do controle de constitucionalidade. Esse encontro virtuoso de textos e expositores estimulados e abertos ao debate, materializou o desenvolvimento de um excelente trabalho de reflexão sobre o atual estágio da Teoria Constitucional e da Hermenêutica Jurídica no Brasil, especialmente, propiciando análises oportunas sobre a realidade nacional, notadamente no que se refere aos direitos sociais, direito à informação, ativismo judicial e inteligência judicial. Temos certeza de que as leituras que compõem o presente Grupo de Trabalho, associado ao de Teoria Constitucional, serão muito úteis para todos aqueles interessados em retomar antigos temas e avaliar novas temáticas a partir de reflexões inteligentes e oportunas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE CIRCUNSTANCIAL JUDICIAL ACTIVISM AND CIRCUMSTANTIAL LEGITIMACY

Renan Scapinele Deróbio ¹
Valter Moura do Carmo ²

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo entender as projeções do ativismo judicial no cenário brasileiro, seus motivos e consequências. Buscou-se nas fontes jurisprudenciais suas ocorrências, assim como em doutrinas, nas quais se verificou presentes as formas de interpretação, na tentativa de esclarecer a importância da separação dos poderes e se de fato o ativismo judicial vem abalá-la. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e qualitativa. Concluiu-se, portanto, que o ativismo judicial é presente na realidade nacional, sobretudo sobre a jurisdição constitucional, porém seus motivos se justificam sobre a inércia das demais funções do poder estatal.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Separação dos poderes, Racionalidade jurídica, Hermenêutica, Decisão política

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper has as objective to understand the projections of judicial activism in brazilian scenario, its reasons and consequences. Accordingly, sought on jurisprudential sources its occurrences, as well in doctrines, where was present the interpretation forms in attempt to enlighten the importance of the power separation and if in fact the judicial activism hits this separation in question. For this, it was used bibliographic and qualitative research. Therefore, it was concluded that the judicial activism is present in national reality, primarily in the constitutional jurisdiction, however its reasons are justified on the inertia of others functions of state power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Power session, Legal rationality, Hermeneutics, Policy decision

¹ Mestrando pela universidade de Marília (UNIMAR)

² Doutorado em Direito pela UFSC (2016)

INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo, o homem viu-se com a necessidade de instituir métodos positivos para pacificar a convivência em sociedade, fundando-se, assim, nos direitos naturais, sem os quais não poderia existir; institui a criação de um contrato, um contrato social, no qual cada acordante se propunha a doar parcela da sua liberdade para se ver resguardado das arbitrariedades dos demais, sendo que estes também deviam dessa mesma forma agir.

Nessa esteira, em uma abordagem bem simplória, faz surgir o direito positivo, dotado de prescrições legais e de imposições genéricas a todos, projetando-se através das leis regidas por um ordenamento jurídico interno e externo.

Embora as normas venham com conotação de imposição, como o nome já traduz, tem-se que garanti-las além da força textual, repelindo e prevenindo beligerâncias em face das regras postas, sob pena de se ver perder a segurança do pacto avençado anteriormente e retornar ao estado anárquico.

Quando se posiciona a norma como cerne de todo ordenamento jurídico, o poder político do estado é a própria lei, posicionando o órgão responsável pela sua confecção em altura hierárquica superior (TAVARES, 2012, p. 1.199). Assim, se há uma hierarquia, induz-nos a existência de outros órgãos, afinal, não se pode ter hierarquia diante de uma unidade. Ainda nos ensinamentos de Tavares (2012, p. 1.199), em sentido conferido pelo iluminismo até início do século XX, assevera que no Estado de Direito de legalidade existiu com a separação dos poderes para garantir a lei, porém sem equilíbrio, uma vez que os poderes trabalhariam em função do centro, este constituído pelo poder legislativo.

Hodiernamente, as concepções de separação de poderes instituídas em maioria nos Estados Democráticos de Direito – especialmente localizados no ocidente – divergem do entendimento iluminista, aderindo convicções voltadas de igual modo à separação, mas também pelo equilíbrio. Segundo Tavares (2012, p. 1.200), capitaneado pelo entendimento de Montesquieu, aduz que o *balance of power*¹ é a adoção da separação e independência das funções como condições para o equilíbrio por seu controle recíproco.

Em outras palavras: as funções dos poderes terão exercício independentemente das demais, mas na mesma proporção manterão fiscalização entre si.

Sucedo, entretanto, que no cenário brasileiro, adepto da repartição dos poderes retro aduzida, há discussões acerca de uma sobreposição do poder judiciário sobre os demais –

¹ Tradução livre: equilíbrio de poderes

executivo e legislativo –, de modo que acaba por exercer atividades alheias àquelas que lhe são conferidas, intervindo na esfera do outro. Para tal ato é atribuído o nome de ativismo judicial, colocando-o em exercício excedente do caminhar jurídico.

Neste ponto faz emergir as seguintes questões: o poder judiciário de fato transpõe os limites de jurisdição fazendo as vezes do órgão legislativo e/ou executivo? Se o faz, quais os motivos e consequências disso? As consequências são positivas ou negativas?

A pesquisa em tela esboça importância sobremodo tendo em vista o quadro da atual democracia brasileira, de forma que proporciona a compreensão de até onde o poder judiciário pode adentrar e se, quando ultrapassa os limites postos, ainda assim age erroneamente ou é como supridor de medidas que deveriam ser tomadas pelos outros poderes, fazendo efetivar direitos fundamentais dos quais a quem competia não os concretizou.

O método atualizado tem alicerce na pesquisa analítica com referência em bibliografias e documentos, que coadunam com o objeto em exposição com o fim de alcançar e solucionar a problemática levantada através de indução.

1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação do exercício do poder tem finalidade precípua de não permitir a sua concentração e, conseqüentemente, evitar marcha rumo ao absolutismo. Os Estados tidos como democráticos de direito trazem em suas constituições a separação dos poderes, também visando a fiscalização de um sobre outro na concretização de objetivos, assim como na contenção de eventuais arbitrariedades, trazendo à tona a conhecida teoria dos freios e contrapesos, onde cada órgão, ainda que autônomo, mantém autoridade para fiscalização.

Os poderes devem caminhar na alimentação do Estado Democrático de Direito, sendo que neste caminho se tem subsídios conferidos a cada qual para fiscalizar uns aos outros, permitindo-lhes que se direcionem e façam direcionar a garantia de direitos.

Dada importância do instituto, não se pode ver um estado de direito desassociado da separação dos poderes, como já vem assinalado desde 1789, especialmente no artigo 16º da Declaração dos Direitos e do Cidadão: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.²

²XVI. *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”.

Coadunando com o pensamento Francisco Lisboa Rodrigues (2013, p. 106), em sua tese de doutorado, assevera:

O princípio da separação de poderes foi de tal forma prestigiado no decorrer da história que alcançou status de relevância nas constituições modernas e nas Declarações de Direito. Cite-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que em seu famoso art. 16, preceitua que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem constituição.

No Brasil não poderia ser diferente, eis que adepto da separação dos poderes em sua constituição, conseqüentemente estabelece o regime de freios em contrapesos, como bem fica verificado nos artigos: 5º, inciso XXXV; 52, inciso I; e 66, §§ 1º, 4º a 7º, todos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Os artigos mencionados mostram forma de controle de um poder sobre o outro, ora do Poder Judiciário fiscalizando atos do executivo, ora legislativo julgando membros do executivo, ora o executivo interferindo no legislativo, dentre distintas normas trazidas pela constituição que neste sentido também se inclinam. Coadjuvante com os entendimentos lançados, nossa jurisprudência também prescreve, senão, vejamos:

EMENTA: A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal

[...]

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

(BRASIL, 1999)

Nota-se que a instituição da separação funcional dos poderes é de suma importância para o desenvolvimento de uma democracia, onde órgãos buscam garantir e manter direitos de seu povo, onde cada qual desenvolve um papel e fiscaliza a atividade do outro. Para manutenção de equilíbrio, são autônomos, porém de convivência harmônica. Inflamar um dos poderes, além de ser ataque direto à própria existência do instituto e ferir cláusula pétrea de nossa constituição (art. 60, §4, inciso III), seria sobrepor um órgão em usurpação de função, que muitas das vezes

pode vir contaminado por viés ideológico, o qual não poderá ser combatido pelos demais, porque se posicionou acima – superior. (BRASIL, 1988)

Entretanto, antevedendo as assertivas já feitas, importa dizer: embora um poder sobreponha-se às funções dos demais, tem-se que analisar os motivos que o levaram assim agir, pois pode ser que as circunstâncias fáticas e jurídicas justifiquem o ato de sobreposição, conferindo-lhe grau de legitimidade para tanto, leia-se: legitimidade circunstancial.

Desta feita, a compreensão acerca da importância da separação dos poderes e seu reconhecimento legal salienta o entendimento que se exporá, vez que da definição de ativismo judicial e os seus motivos chega-se a uma conclusão plausível, ou até mesmo instigações de pesquisas mais profundas.

2 DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JURÍDICO E SEUS EXEMPLOS NACIONAIS

De proêmio, imprescindível distinguir ativismo judicial de judicialização, já alertando que compõem a mesma família, entretanto de origens diferentes. A judicialização tem sua origem direta no modelo constitucional adotado no Brasil, na maneira que foi conferido o atuar do poder judiciário. Assim, quando um juiz se depara com um caso, no qual comporte deduções objetivas ou subjetivas, não há opção, terá que deliberar – aqui totalmente destituído de vontade deliberadamente política. Por outro lado, o ativismo judicial, como a nomenclatura já nos traz, exige uma ação específica do poder judiciário quando da interpretação constitucional, expandindo-a em sentido e alcance. Age proativamente, tem preponderância, vindo, inclusive, a interferir nos outros dois poderes, sendo que para sua configuração observam-se alguns critérios:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 23-32)

Em contrário senso, está a autocontenção judicial, convicção que se afasta da interferência nos poderes, de modo que, conforme prescreve Barroso:

a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos

normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2012, p. 23-32)

Hodiernamente, não é difícil dizer qual o posicionamento adotado pelo nosso Supremo Tribunal Federal, sendo que fica claro em diversos casos seu ativismo velado. Em diversas teses adotadas pelos anos que passaram, inferem-se decisões de cunho expansivo, traspondo o texto legal.

No entanto, essa expansão está longe de ser exclusiva do Brasil. Em vários países se vislumbra o mesmo ativismo judicial, principalmente em se falando de soberanias localizadas no ocidente, ou de cultura ocidental.

Na obra de Ingeborg Maus, traduzida do alemão para o português por Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2016, p. 02), utilizando-se da figura paterna como analogia ao judiciário, aduz:

O retorno mais marcante da imagem do pai parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos da América. Neste país, que já desenvolvera um modo original de controle judicial da constitucionalidade desde o começo do século 19, esse retorno é indicado pelo surgimento de um [sic] vasta literatura a respeito de biografia de juízes. Na visão retrospectiva do século XX a jurisprudência da Suprema Corte americana apresenta-se como obra de marcantes personalidades dos juízes que fizeram sua história constitucional.

Nessa linha, cumpre transcrever os ensinamentos de Oscar Vilhena Vieira:

A expansão dos poderes do STF não é um fenômeno sem paralelo em outras partes do mundo, ainda que com graus distintos. Há hoje uma vasta literatura que busca compreender o fenômeno do avanço do direito em detrimento da política e, conseqüentemente, a ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em relação a parlamentos e governos (VIEIRA, 2018, p.163).

Exemplos de ativismos no Brasil, atrelado aos apontamentos para a configuração exposta por BARROSO, nota-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 700.227-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 31.5.2013).

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil

pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido**” (AI 708.667-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe). (BRASIL, 2012).

Nota-se da decisão que converteu embargos de declaração em agravo de instrumento, imposição de políticas públicas em face do executivo, esboçando verdadeira ingerência nas escolhas da administração.

No mais, expandindo conceitos, tomou, por meio da decisão proferida no ADO, que as garantias constitucionais, contidas no art. 5º, inciso LXI e LXII, deveriam se projetar para também assegurar aquelas pessoas que compõem o segmento Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros + (BRASIL, 1988). Senão, vejamos:

[...]Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). (BRASIL, 2019)

Traduz-se em verdadeiro ativismo judicial, utilizando de prescrições jamais expressas na constituição para tipificar condutas como ilegais, com efeitos – como se viu e como comporta a via – *erga omnes* e vinculante, fazendo valer a deliberação sobre todos órgãos judiciais e administrativos.

É possível, nessas explanações, encontrar resposta clara à primeira pergunta exarada inicialmente no que tange se de fato o judiciário ultrapassa os limites de suas funções, entrando nos limites do legislativo e executivo. Evidenciado está o ativismo judicial brasileiro quando colocado com os entendimentos que cercam o caso em par com a hermenêutica utilizada. Porém, falta-nos a compreensão das indagações pendentes, esclarecendo os motivos e consequências das utilizações dos atos.

3 MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial pode tomar desdobramentos diferentes daqueles que o constituem, pois, embora atue extramuros de sua competência a olhos nus, pode-se dizer estar

suprindo atividade da qual competia a outra função, fazendo valer garantias e direitos fundamentais como legitimado do povo.

Todavia, entendimentos persistem no sentido de aduzir que o ativismo judicial é um verdadeiro ataque à democracia na medida em que os agentes que o compõem não seriam representantes diretos do povo. Pauta-se, assim, em razão de inexistir sufrágio para investidura dos cargos, ao passo que o legislativo tem representatividade por 594 votados e o executivo eleito por maioria absoluta dos votos compreendidos no âmbito nacional (BARROSO, 2012).

Em contrapartida, é levantado que o judiciário, quando dentro de sua atuação, fazendo valer garantias e aplicação de políticas que compreendem o anseio do povo, estaria, em verdade, fazendo valer o que os setores eleitos pretenderiam formalmente. Formal porque estampados nos idealismos criados constitucionalmente e que, em tese, deveriam ser obedecidos por todos os órgãos nele acoplados.

Em verdade, as discussões erigidas muito condizem com uma errônea realidade sobre o que hoje paira sobre o instituto da hermenêutica jurídica, quando a decisão atende anseios estritamente políticos ou debruça-se às efetivações de garantias, o que, neste último caso, valeria sua legitimidade de atuação.

Nessa linha, assevera Anderson Vinchinkeski Teixeira:

Entretanto, o problema vai muito além de uma ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes: estamos diante de uma confusão conceitual e funcional entre Direito e Política. O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. (TEIXEIRA, 2012, p. 42)

Para compreensão a fundo do ativismo judicial em confronto com um dos fundamentos estruturais do Estado Democrático de Direito, separação dos poderes, devem-se observar as diferenças que circundam os métodos de interpretação, sobretudo no que tange a jurisdição constitucional.

De proêmio, faz-se mister a distinção entre princípio, regra e norma. Nessa esteira, assevera Robert Alexy (1993, p. 82-83):

La distinción entre reglas y principios no es nueva. A pesar de su antigüedad y de su frecuente utilización, impera al respecto confusión y polémica. Existe una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante.

A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el

concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que, reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas³.

Desse modo, a norma pode ser tomada como gênero de princípio e regra, de modo que se vislumbre o acontecimento de subtópicos: normas-regras e normas-princípios.

Por questões cronológicas, é necessário, ainda, entender o termo enunciado, mais restrito ao signo fixado através do texto legal e ponto de partida para designação da norma.

Para questões pragmáticas, cumpre destacar o enunciado estampado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual prescreve: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. (BRASIL, 1988). O enunciado nada mais é do que o texto legal em si, simplesmente o descanso de tinta sobre um papel precedido de formalidades legais – processo legislativo.

De outra banda, a norma é produto da interpretação do enunciado, de modo que uma única norma pode ter como ponto de partida diversos enunciados. Nota-se que do enunciado citado é possível extrair a norma-princípio da presunção da inocência.

Assim, pode-se dizer que norma é o enunciado constituído de sentido, levando-se em consideração diversos pontos interpretativos e, no caso citado, percebe-se o histórico - uma evolução histórica nacional contra arbitrariedades ditatoriais, onde não se respeita o devido processo legal- que recai sobre o seu tema. Nessa ocasião, aliás, emerge mais uma norma dele proveniente: o devido processo legal, deduzido do enunciado-exemplo.

Diz-se tratar de norma-princípio, tendo em vista que a norma é tida como gênero perante as regras e princípios. Deste modo, têm-se normas-regras e normas-princípios (DWORKIN, 2002, p. 120). O fruto da interpretação contido na norma reveste-se ou de regra ou de princípio. Em sucinta explanação, as regras estão atinentes à regulamentação de certo âmbito factual e têm caráter determinado, ao passo que os princípios ostentam grau de

³ Tradução livre: A distinção entre regras e princípios não é nova. Apesar de sua idade e seu uso frequente, a confusão e a controvérsia prevalecem a este respeito. Existe uma variedade desconcertante de critérios de distinção. A delimitação em relação a outras coisas, como valores, é obscura; a terminologia, vacilante. Muitas vezes, eles não se opõem a regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máximo. Aqui, as regras e princípios serão resumidos sob o conceito de norma. Ambas as regras e os princípios são normas porque ambos dizem o que deveriam ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas básicas de obrigação, permissão e proibição. Os princípios, como as regras, são razões para julgamentos concretos do ser, mesmo quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre dois tipos de normas.

generalidade e indeterminação, dependendo de interpretação mais apurada (DWORKIN, 2002, p. 123).

Exemplifica-se: notando a balbúrdia que se encontra em sua sala, certo advogado pede à sua faxineira para que realize a limpeza do local. Entretanto, após a limpeza, notou que só fora feito o serviço na parte superficial dos imóveis, esquecendo-se de abrir armários e gavetas para o trabalho. Visto isso, o advogado, no dia seguinte, especifica à sua empregada o trabalho a ser realizado, elencando o que deve limpar dentro dos armários e no interior das gavetas. Das ordens dadas, infere-se que a primeira se tratava de princípio, pois genérica a espécie. Delimitou o local, mas sem determinar os objetos. Noutra face, as especificações feitas constituem-se de regra, por serem regulamentadoras do ato e aptas a determinar o objeto do serviço.

Os princípios expressam grau elevado de abstração e dependem de atenção para sua aplicação, de interpretação coerente e racional com o ordenamento jurídico no qual se inserem, ao passo que as regras inclinam-se à aplicação do tudo ou nada, pela aplicação da subsunção, em que, verificada a premissa menor (factual) e a premissa maior (legal), automaticamente teremos sua natural aplicação (DWORKIN, 2002, p. 39). Por manter abstração sobremodo, os princípios são os instrumentos de adequação social ao texto legal, assim como norteiam de forma flexível – dentro do campo de sua abstração racional em consonância com o ordenamento jurídico – o julgador. Neste último caso, permite ao aplicador do direito enfrentar os denominados casos difíceis, cuja resolução não se satisfaz com a técnica de subsunção.

Nesta esteira, em discurso sobre o neoconstitucionalismo e a interpretação dos juízes, no que tange a adaptação dos princípios à evolução social, leciona Lenio Luíz Streck:

A importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os princípios, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por Kelsen e Hart). Dito de outro modo, esse mundo prático – seqüestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemo-metodológicas – centra-se no “teatro do sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, coerentes, sensivelmente concebíveis”, proporcionando um “grande exorcismo da realidade”, mantendo-a distanciada, “nada querendo saber dela”. (STRECK, 2009, p. 6)

Quando da presença de casos difíceis é que surgem as possibilidades de interpretação. Adverte-se que da interpretação principiológica inexistem soluções corretas ou incorretas, existem possibilidades. Assim, perante a aplicabilidade no *hard case*, deve-se

escolher a possibilidade que convier – conveniência em sentido de racionalidade jurídica, tendo em vista que o convencimento pessoal deve existir, mas sempre em harmonia com a racionalidade –, dependendo de exímia fundamentação para sua justificativa.

O ativismo judicial começa a marcar presença quando da interpretação de princípios, haja vista, como ventilado, conferir maior liberdade ao aplicador do direito.

Resgatando o exemplo do tópico anterior, no que diz respeito à interpretação extensiva do crime de racismo àqueles contra a comunidade GLBT+, assim como pela sua qualificação dentro do delito de homicídio, nada mais ali ocorre do que ativismo judicial proporcionado pela interpretação de princípios.

Em consonância com o lançado está o voto do Relator do caso, Edson Fachin:

De acordo com esse entendimento, o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual esta Corte tem reconhecido que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicado pelo texto constitucional. (BRASIL, 2019)

É notório que no impasse de um caso no qual resta verificada a omissão do poder legislativo, o Supremo Tribunal Federal, em atitude ativista, fez valer a interpretação de princípios – no caso, da igualdade –, escolhendo a possibilidade que coaduna com racionalidade jurídica do caso, embasando-se em inúmeros precedentes e entendimentos internacionais para restringir o grau de abstração inerente à natureza principiológica.

Ante o aqui exposto, sabe-se que o ativismo judicial, na medida em que oferece mecanismos de otimização das garantias constitucionais, também coloca em xeque a máxima da democracia: separação dos poderes. Porém, ainda nos é precoce afirmar a profundidade dos danos, ou se existem.

Para atingirmos o núcleo em questão, faz-se necessário entender as interpretações acerca do embate de princípios, para só assim precisar quais as consequências do ativismo judicial, assim como entende se de fato existe ativismo judicial ou mera técnica de interpretação.

Uma falsa percepção sobre a técnica de interpretação e análise dos casos levar-nos-ia a dois fatores: o primeiro, em obscurecer o caso fazendo valer a dúvida se há ativismo ou racionalidade jurídica; e já o segundo, em olvidar as definições de decisão política e racionais-jurídicas.

Já em advertência, aqui, a racionalidade jurídica deve ser vista como parâmetros jurídicos, ou melhor, fronteiras jurídicas impostas ao interpretador que, de modo jurídico-

racional imporá ao caso concreto a decisão racional. A decisão, dotada de racionalidade, pautar-se-á nos bens juridicamente tutelados, seja por questões principiológicas, seja por norma-regra, sendo que na aplicação de princípio, como destacado, dá-se a interpretação dentre os aspectos e ânímos jurídicos. Fale-se, oportunamente, de ativismo positivo.

Além do arquétipo limite à disposição do aplicador do direito, para se falar em racionalidade jurídica dentro do ativismo judicial positivo, deve-se, quando do impasse de interpretação de princípio, observar que o núcleo jurídico destacado à aplicação do caso corrente encontre guarida em garantias fundamentais, asseguradas pela constituição.

Coadunando com o exposto, estão as declarações de Celso de Mello:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. (MELLO, 2008)

Quando o judiciário se põe à frente dos demais poderes para garantir direitos fundamentais, desde que respeitando a racionalidade jurídica, não prejudica a organização estatal, sobretudo por ser legitimado circunstancial perante a morosidade dos demais poderes. Inexiste razão para uma função – judiciária – emanada de um poder único, que é o Estado, quedar-se inerte por insuficiência de seus parceiros – legislativo e executivo –, que hoje enraizados, sobretudo no Brasil, em decisões políticas que, quando do judiciário, aí sim, atingem catastróficamente a democracia.

Quando o auto se contém diante de situações que clamam por efetivações de direitos, ainda que não prescritos, nada mais está sendo do que inconstitucional, mais do que aqueles que ficaram ao sabor da escolha política.

As decisões políticas advindas do judiciário, em esclarecimentos, ocorrem quando o magistrado tende por interesse a beneficiar certo bem tutelado em vinculação com os seus súditos – leia-se: súditos políticos –, de modo que antes da decisão já traz um fim pré-constituído. Para tanto, deverá encontrar fundamentos, aqui irracionais, pois, ainda que coincidam com a racionalidade jurídica, contaminam-se desde o início com a pré-constituição de sua escolha, fazendo, aqui, então, o ativismo nocivo ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido a doutrina assevera:

Do ponto de vista estrutural, se a racionalidade jurídica possui um quadro normativo determinado dentro do qual está orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, o mesmo não ocorre com a racionalidade

política: esta encontra diversos setores da sociedade que possuem bens próprios, frequentemente conflitantes com os bens de outros setores concorrentes, e dependem da escolha política para fazer valer seus interesses. A decisão política não considera tão somente o bem-em-si e a sua necessidade de tutela, mas avalia os seus impactos sociais, interessados na sua proteção ou garantia, e a vinculação desse bem ao setor da sociedade que dá legitimidade a quem tem o poder de decidir. (TEIXEIRA, 2012, p. 47-48)

Quando o ativismo jurídico vem precedido de pretensões políticas, em nenhuma hipótese se convalida de racionalidade.

Dentro do ativismo positivo, pode-se dizer ainda que o judiciário tem legitimação para garantir os direitos fundamentais desta forma agindo, por vislumbrar que a separação dos poderes mantém status de importância equânime às garantias, pois constituidoras, como aquele, do Estado Democrático de Direito. Não só, dada a isonomia de suas colocações, é possível notar do art. 60, §4, da Constituição Federal, na qual se constituem as cláusulas pétreas, a presença de ambos. Nota-se:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

(BRASIL,1988)

Deste modo, as consequências do ativismo judicial, saltam, de fato, da existência de julgamentos políticos, ao passo que o ativismo judicial positivo traz, em verdade, enaltecimento do Estado Democrático de Direito, muitas vezes esquecido pelas funções paralelas do poder. Convindo com o estado político – política negativa – dos demais órgãos, política essa segregadora de setores, seria coautor da mora. Calando-se ao simples agir de sua competência institucional, faria derrubar a sua própria estrutura. Tem-se que o ativismo judicial seria maneira instintiva de manutenção do Estado e sua força constitucional, agindo, em verdade, em sua legítima defesa.

Ao atingimento das duas perguntas restantes da pesquisa, embora diluídas implicitamente na dissertação, cumpre destacar que os motivos que levam o judiciário a agir proativamente está, além do molde institucional adotado – judicialização –, na mora dos demais poderes. As consequências que advêm dessa “ingerência” só poderiam ser verificadas quando diante de decisões cuja natureza seja política, sendo que o ativismo ativo é legitimado à manutenção das garantias estruturais do Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De toda a pesquisa realizada, é possível extrair que o homem, desde o início, buscou garantias perante um ente que garantisse liberdades relativas para que a paz pudesse reinar entre todos. Para tanto, fez surgirem as funções do Estado – legislativo, executivo e judiciário –, emanadas de um único poder.

As funções, em todo Estado democrático de direito, mostram-se em separação, significando que devem agir dentro de seus limites, mas também reservando parcela de fiscalização entre os outros, parcela esta conferida pelo próprio Estado constitucional, o que poderíamos chamar de atividades atípicas institucionalizadas. Com este modelo, denominado de freios e contrapesos, ofereceram-se ao poder judiciário imposições de fiscalização de atos dos demais poderes, recebendo o nome de judicialização.

A separação dessas funções emerge em grande importância para a efetivação do Estado, tendo em vista que garante que uma função não se coloque frente a outra, assim como impede que aja com arbitrariedades.

Entretanto, em ligeira percepção, nota-se no cenário brasileiro ativismo judicial, de modo que algumas decisões por vezes abalroam atividades das outras funções. Tal situação é sobremodo observada quando da interpretação de princípio, o qual ostenta caráter de abstração maior, permitindo flexibilidade de sua aplicação.

Para não restar dúvidas sobre o tema, lecionou-se sobre a diferença entre ativismo e judicialização, sendo este último conferido pelo próprio texto de lei por meio do instituto denominado de freios e contrapesos, passo que aquele reside nas técnicas de interpretação. Não olvidando as exposições acerca da autocontenção, que nada mais é do que a abstenção por parte do poder judiciário no julgamento de casos que, ao seu entendimento, não lhe competiam por infração à separação dos poderes.

Embora tenha flexibilidade, sua interpretação não pode se dar em caráter discricionário, mas deve, sim, observar a racionalidade jurídica, ou seja, ser aplicada em âmbito de técnicas de hermenêuticas.

Nessa toada, restou demonstrado no artigo que o ativismo judicial precisa ser segmentado em interpretações que obedecem à racionalidade jurídica e àquelas que são constituídas de interesse políticos, sendo esta distinta daquela por ter finalidade pré-constituída ao julgamento, visando agradar interesses estritamente políticos, favorecendo uma parcela da sociedade somente.

Deste modo, a pesquisa forneceu elementos suficientes para a compreensão de que de fato o judiciário age transpondo seus limites, vindo a militar nas áreas de outra função, porém o faz dentro dos limites de racionalidade. No mais, os motivos que o levam a assim agir descansa na morosidade das outras funções em concretizar direito mínimo em sociedade, o que faz enfraquecer o Estado Democrático, assim como se estivesse em desobediência à separação dos três poderes.

O poder judiciário, quando verificada a morosidade das demais funções, toma para si legitimidade circunstancial – autorização para ingerir nos demais órgãos e assim controlá-los –, de modo a assegurar a efetivação de direitos primários resguardados constitucionalmente, porém, nesta oportunidade, não se pode colocar como deliberador político – em verdade, nunca pôde –, sob pena de estar em igual irregularidade com o órgão violado. Na mesma medida que a separação dos poderes serve de alicerce para o Estado Democrático de Direito, as garantias individuais também assim o são, até mesmo por localização topográfica dentro da constituição, consideradas como cláusulas imutáveis.

As consequências de sua ingerência mostram-se positivas no momento que obedece aos preceitos da racionalidade jurídica, fazendo interpretar com cautela diante de um caso difícil, porém se mostram negativas quando decide sob os anseios políticos, destinado a um fim pré-constituído. Neste caso, os efeitos mostram-se mais catastróficos do que a abstenção de julgar – aqui fundamentando que não compete ao judiciário certa questão por estar transpondo seus limites de apreciação, para que fique claro não se tratar de violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição –, pois esta proativamente busca lesar a instituição jurídica.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Disponível em:

<http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 708.667**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2605841>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452**. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: presidente da comissão parlamentar de inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Rio de Janeiro, 16 set. 1999. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+234>

52%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c2r5pma. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Espírito Santo. Relator: Min. Edson Fachin. Impetrante: Associação brasileira de gays, lésbicas e transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Espírito Santo: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. MELLO, Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em: 23 abr. 2008. Disponível em: www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf. p. 11. Acesso em: 20 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, jan./jun., 2012. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 03 ago. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. **Ativismo judicial nas cortes constitucionais - direito, política e democracia no constitucionalismo contemporâneo**. Fortaleza: Unifor, 2013. Disponível em: https://www.unifor.br/btdtd?p_p_id=unifor_btdtd_btdtdPortlet_INSTANCE_XBblFAsO7Svx&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_unifor_btdtd_btdtdPortlet_INSTANCE_XBblFAsO7Svx_mvcRenderCommandName=defense_details_render&_unifor_btdtd_btdtdPortlet_INSTANCE_XBblFAsO7Svx_course=569&_unifor_btdtd_btdtdPortlet_INSTANCE_XBblFAsO7Svx_registration=924264. Acesso em: 21 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Anima**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1, p. 6, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun., 2012. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 04 ago. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Cia das Letras, 2018.