

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

MAGNO FEDERICI GOMES

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Magno Federici Gomes; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-350-4

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 23 a 28 de junho de 2021, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: SAÚDE: SEGURANÇA HUMANA E DEMOCRACIA.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II, realizado em 24 de junho de 2021, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos vinte e um trabalhos, efetivamente debatidos, a partir dos seguintes eixos temáticos: DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA e, por fim, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

No primeiro bloco, denominado DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, iniciaram-se os trabalhos com AS RETOMADAS DEMOCRÁTICAS SEGUIDAS DE AUTORITARISMO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES NO ÚLTIMO SÉCULO: INCURSÕES SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS E SUPRIMIDOS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967 E 1988; o CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: RELAÇÃO SIMBIÓTICA DE FORTALECIMENTO; O ESTADO DE JUSTIÇA SOCIAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO e ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS CÂMARAS MUNICIPAIS: UM ESTUDO NOS MUNICÍPIOS QUE INTEGRAM A 244ª ZONA ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Após, debateu-se sobre ESTADO, RESPONSABILIDADE E DEMOCRACIA: DO AMBIENTAL AO ECOLÓGICO, bem como sobre CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO ORDOLIBERAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS AMBIENTAIS: INTERDEPENDÊNCIAS E REPERCUSSÕES DECORRENTES DA ADOÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO CONSTITUCIONAL ORDOLIBERAL, para fechar com O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DAS DESIGUALDADES: FRENTE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL ESTRUTURAL.

No segundo eixo, chamado CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se por DIREITO CONSTITUCIONAL E O INCENTIVO FISCAL NO ESTADO DO AMAZONAS-AM. Depois, discutiu-se O PODER EXECUTIVO NA CRISE. UM ESTUDO SOBRE O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS; MEDIDAS PROVISÓRIAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA COVID-19 NO MARANHÃO - USO COMO ESTRATÉGIA LEGISLATIVA NA ESFERA ESTADUAL EM SITUAÇÕES DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (2020-2021); SUPREMA CORTE DOS EUA E A PANDEMIA DE COVID-19 UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA; O FEDERALISMO DE DESCOORDENAÇÃO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 E A ADI 6341; e, FRAGMENTOS E A INSTRUMENTALIDADE JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL EM MEIO AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

No derradeiro bloco, intitulado JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, os trabalhos apresentados e debatidos foram: ANÁLISE DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL, A PARTIR DAS GARANTIAS DA DEMOCRACIA, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NA FRONTEIRA DA JURISDIÇÃO; ATIVISMO JUDICIAL NÃO É CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA E SIM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM RISCO A SEGURANÇA JURÍDICA; O COSTUME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO ELEMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; O EFEITO VINCULANTE NA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PROTEGE DIREITOS FUNDAMENTAIS?; e, finalmente, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A TRÍPLICE DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, a partir de um paradigma de

sustentabilidade, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com a Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 05 de julho de 2021.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Coordenador e Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magno.gomes@academico.domhelder.edu.br

Professor Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

paulorbr@uol.com.br

Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer

Docente titular do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

samanthameyer@uol.com.br

**ATIVISMO JUDICIAL NÃO É CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DA
DEMOCRACIA E SIM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

**JUDICIAL ACTIVISM ISN'T CAUSE OF WEAKENING DEMOCRACY, BUT THE
JUDICIALIZATION OF POLITICS**

Rosan de Sousa Amaral ¹

Resumo

Este artigo propõe fazer reflexão sobre o fenômeno ativismo judicial. Apresenta o ativismo judicial a partir de meados do século XX como uma suposta invasão de competência própria do Poder Legislativo que visou a proteção dos direitos fundamentais após os horrores das duas grandes Guerras Mundiais. A partir da teoria crítica este trabalho propõe uma reflexão sobre o tema onde se permite concluir que o termo ativismo judicial é uma indefinição incompleta para este dever-poder que o Constitucionalismo delegou ao Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais. Este trabalho procura distinguir ativismo judicial de judicialização da política, e seu controle.

Palavras-chave: Palavras-chaves: ativismo judicial, Constitucionalismo, Hermenêutica, Judicialização da política, Limites

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes to reflect on the phenomenon judicial activism. Presents the judicial activism after the middle of last century as an alleged invasion of the Legislative's own competence, which aimed at protecting fundamental rights after the horrors of the two great World Wars. Based on the critical theory this work proposes a reflection on the theme where it is possible on conclude that the term judicial activism is an undefination for this duty-power that Constitutionalism delegated to the Judiciary in the defense of fundamental rights. This work seeks to distinguish judicial activism from judicialization of politcs and its control.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: judicial activism, Constitutionalism, Hermeneutics, Judicialization of politcs, Limits

¹ Mestrando pela FUMEC; Graduado em Direito pela UFMG em 1986; Advoga em Belo Horizonte desde 1987.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno *ativismo judicial* é o assunto que ganhou destaque nesta quadra da história, inclusive em outros países.

Através de metodologia fenomenológica e comparativa, de pesquisa bibliográfica e com método jurídico-dedutivo, se deve refletir sobre a doutrina e a hermenêutica adotada pela atividade jurisdicional nestes séculos de evolução da ciência jurídica, bem como os reflexos do *ativismo judicial* nas decisões da Justiça, no enfraquecimento do Poder Político e na democracia.

Como instrumental teórico para a discussão do problema, utilizar-se-á as obras de Cappelletti (1999) e de Streck e Abboud (2013). Permeando estas duas doutrinas, se deve visitar artigos de outros juristas que abordam este mesmo fenômeno e jogam luzes nos matizes na compreensão que cada doutrina tem a compartilhar na análise fenomenológica do *ativismo judicial* bem como da *judicialização da política*.

Mas antes se faz necessário compilar a origem e evolução deste fenômeno a partir do item “2”, com seus elementos e conceituações do marco zero do *ativismo judicial*. Destaca-se que o primeiro marco constitucional dos direitos fundamentais foi há oito séculos com a *Constituição do João sem Terra da Inglaterra* onde se delineou a gênese do Habeas Corpus e do devido processo legal (LORD ACTON, 1997). Também vem do Velho Continente os primeiros enunciados dos *direitos sociais* (que englobam também direito a educação, saúde e segurança e econômicos), através da Revolução Francesa e o movimento denominado de *18 de Brumário*. Até que a evolução do Estado Democrático de Direito onde o mundo *civilizado* buscou salvaguardas as atrocidades humanitárias ocorridas com as Grandes Guerras no Século XX, surgindo a necessidade da proteção efetiva dos direitos fundamentais, conferindo ao Poder Judiciário um poder normativo e finalístico acima dos Poderes Legislativo e Judiciário, apto a moderar o equilíbrio institucional. Este *Constitucionalismo* foi a gênese das Côrtes Constitucionais, tal qual a secular Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte que espelhou a arquitetura do Supremo Tribunal Feral do Brasil.

Como será melhor analisado no item “3”, o suposto *ativismo judicial* é anterior ao *Constitucionalismo* advindo pós Segunda Guerra Mundial e na realidade é inerente ao *dever-poder* do juiz de prestar a sua função jurisdicional ao declarar, ao reconhecer ou negar o direito individual de uma parte em um processo, o que Cappelletti denomina de *criação judicial do direito*, a origem inglesa dos precedentes.

Da mesma forma, em contraponto, será analisado no item “4” por que o *ativismo*

judicial no Brasil, instituído pela Constituição Federal de 1988 e inspirada na Constituição dos Estados Unidos, não tem entregado a prestação jurisdicional e resultados que a sociedade e os indivíduos esperam.

Para melhor abordagem do tema proposto, também se faz necessário transpassar o tema, inclusive os marcos teóricos, abordando pelo instituto da hermenêutica no item “5”.

Este artigo também se propõe analisar no item “6” a relação entre o *ativismo judicial*, o enfraquecimento do Poder Político e o fenômeno da *judicialização da política*. A pergunta que se deve fazer é se o enfraquecimento do Poder Político decorre do fenômeno do *ativismo judicial* ou da *judicialização da política*?

Por fim, na conclusão este artigo reflete sobre a necessidade de controle tanto no *common law* quanto na *civil law*, apontando possíveis soluções e medida protetivas para as instituições e para a sociedade.

2 A ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Em artigo publicado na Revista Meritum, Celio Roberto Correa e Doacir Gonçalves de Quadros fazem uma prospecção histórica, quando abordam em *Teoria Crítica do Direito e a Mudança Paradigmática* - citando Cappelletti e Wokmer -, e apontam que o fenômeno *ativismo judicial* surgiu com o movimento denominado *constitucionalismo* (que os autores adotaram a denominação dada por Cappelletti de “Revolução Constitucional”) na segunda metade do século XX, mais precisamente a partir “de um sistema novo inaugurado nos anos 60 na extinta União Soviética” (CORREA; QUADROS, 2020). Este sistema passou “a questionar de modo contundente o modelo juspositivista que reinava soberano nos meios acadêmicos e institucionais, desmistificando a legalidade da dogmática tradicional, ao passo que introduzia uma análise sociopolítica”.

Cappelletti (1999) confirma que este *ativismo judicial* (que ele denomina de “intensificação da criatividade da função jurisdicional”) é um fenômeno do século XX, ilustrando que os Estados Unidos e outros ordenamentos de *Common Law* indicaram “revolta contra o formalismo do *case method*”, na França, ao contrário, cuidou “sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo ‘científico’ e conceitual” (CAPPELLETI, 1999, p. 32, 19). Esta nova arquitetura das Constituições no século XX aludida pelo autor italiano, também trouxe a expansão do papel do judiciário com finalidade de reforçar o sistema democrático de *checks and balances*.

Porém, a origem da proteção dos direitos fundamentais e sociais é anterior. A origem dos *direitos individuais* foi a 08 séculos com a *Constituição do João sem Terra da Inglaterra* (SILVA, 2014) onde se delineou a gênese do Habeas Corpus, do devido processo legal (garantia de direito individual) e limites de tributação.

Já no final do século XVII, veio uma nova *geração* de direitos fundamentais. Advinda da Revolução Francesa e do *18 de Brumário*, surgem os direitos sociais (que englobam também direito a educação, saúde e segurança), econômicos e foi o estágio consolidado pelo Brasil quando da promulgação da atual Constituição Federal, que também já anteviu o surgimento da *geração 3.0* (direito ao meio ambiente, direito a paz e o direito de desenvolvimento), algo que só estava consolidado nas grandes democracias europeias e norte-americanas.

A evolução do Estado Democrático de Direito também decorreu de necessidade do mundo *civilizado* buscar salvaguardas às atrocidades humanitárias ocorridas com as Grandes Guerras no Século XX, surgindo a necessidade da proteção efetiva dos direitos fundamentais, conferindo ao Poder Judiciário um poder normativo e finalístico até superior aos Poderes Legislativo e Judiciário, apto a moderar o equilíbrio institucional. Este *Constitucionalismo* foi a gênese das Côrtes Constitucionais, tal qual a secular Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte que espelhou a arquitetura jurídica do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

3 ATIVISMO JUDICIAL E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

O fenômeno do *ativismo judicial* oriundo do movimento chamado *constitucionalismo* no século passado, conforme relatado no capítulo anterior, não é um fenômeno de criação conjuntural. Na realidade, assim como o direito não existe sem fatos, as instituições jurídicas e judiciais surgem através de anos da evolução da ciência jurídica, da evolução de seus métodos e seus sistemas.

Pela representatividade na doutrina em defesa do fenômeno *ativismo judicial*, artigo de Luís Roberto Barroso publicado no *Conjur* em dezembro de 2008, assim conceitua:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas

públicas (BARROSO, 2008, p. 04).

Como é de conhecimento comum, hoje temos dois sistemas de justiça que vigoram nas nações constitucionais ou que tenham como base o Estado Democrático de Direito: o sistema da *civil law*, que tem como fonte primária do direito a lei – praticados no Brasil e na maioria dos países descendentes da língua latina cuja herança cultural e jurídica vêm do Direito Romano –; e o sistema da *common law*, que tem como fonte primária do direito os costumes e os casos precedentes – Inglaterra e países do Reino Unido, bem como os Estados Unidos.

Seja em um sistema ou em outro sistema, a atividade jurisdicional de um juiz geralmente advém da capacidade criativa do magistrado na interpretação de um texto legal (*civil law*) ou de um *case* anterior (precedente) para julgar ou declarar se a parte tem ou não tem o direito pleiteado no início do processo.

Para melhor entender, observemos em um hipotético processo em um país de *civil law* (como o Brasil): a lei genérica e abstrata que é não declara que determinado indivíduo tem direito a um determinado bem jurídico disposto no texto legal; o cidadão que entender estar enquadrado na hipótese legal pleiteia à Justiça (*actio*) o reconhecimento do seu direito; após a instrução do processo o juiz fará a subsunção do fato a norma utilizando sua capacidade criativa e irá declarar se o indivíduo tem o direito pretendido. A lei não havia declarado o direito do indivíduo porque ela é genérica e abstrata. A criação do direito do indivíduo originou da decisão judicial que fez a subsunção do fato a norma e declarou o direito pretendido, sempre precedida de uma *actio* para que não haja ato jurisdicional *ex officio*. Assim, é pacífico na doutrina o reconhecimento que o ato jurisdicional de um juiz reconhecendo o direito de uma parte é um ato de criação de direito.

O italiano Mauro Cappelletti, por ter lecionado tanto na Universidade de Florença (Itália) quanto na Universidade de Stanford (Estados Unidos) teve o contato com os dois sistemas de justiça (*civil law* e *common law*) que, certamente, desaguou no seu livro “Juízes Legisladores?”. Neste trabalho, o autor reporta este fenômeno como direito judiciário (*judiciary law*) e lembra seus registros há dois séculos:

[...] desejo antes de tudo recordar que a própria expressão direito judiciário (*judiciary law*) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, ‘embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito’ (CAPPELLETI, 1999, p. 17-18).

Toda interpretação exige um certo grau de discricionariedade e de criatividade. E este princípio vale tanto para a *common law* como para o *civil law*. Neste sentido, Cappelletti (1999) quando aborda a *criação judicial do direito* no *common law* é assertivo ao estender este fenômeno também ao *civil law* ao completar que “E essa verdade não se aplica apenas à

interpretação dos precedentes: também é válida para a interpretação da lei (*statutory law*)”.

Assim, não se pode negar que o ato da criação judicial do direito é anterior ao *Constitucionalismo* e que, por consequência, o *ativismo judicial* é inerente ao exercício da função jurisdicional de um juiz mediante um caso concreto.

Porém, para o propósito deste artigo, que é o impacto do fenômeno do *ativismo judicial*, é observar a criação judicial do direito nos tribunais denominada de *precedentes*, tanto na *common law* (de onde surgiu e é requisito essencial da ação jurisdicional naquele sistema há séculos), quanto na *civil law* (que vem sendo utilizada no sistema brasileiro desde o último século, inclusive antes da Constituição Federal como os Enunciados da Justiça do Trabalho).

Cada *precedente* terá um princípio de direito contido na decisão judicial necessário para decidir o caso concreto. Este princípio é uma *ratio decidendi*, a razão de decidir, a fundamentação que será adotada para resolução de casos análogos ou similares. Assim, o precedente oriundo de uma decisão de um Tribunal só o é se ele for de fato seguido na resolução de casos análogos-similares.

Em outras palavras, a *ratio decidendi* (como requisito que é de um precedente) é “o princípio de direito contido nas decisões judiciais e que é suficiente para decidir o caso concreto” bem como também é um instrumento de prevenção a arbitrariedades nas decisões judiciais da *common law*, segundo Streck e Abboud (2013).

Na conceituação dada por Streck e Abboud (2013, p. 42), o *stare decisis* é o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* teve no século XIX nos tribunais da Inglaterra e dos Estados Unidos, a partir do surgimento de fontes confiáveis de reprodução das decisões judiciais. Ou seja, a doutrina dos *precedentes* (que surgiu no século XVII) é anterior à doutrina do *stare decisis*, e a partir do século XVIII passou “a aplicação repetida do Judiciário para casos análogos suspensos anteriormente como a melhor prova de sua validade provável”, completou os autores.

4 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E AS SÚMULAS VINCULANTES

Feita esta compilação dos direitos individuais e sociais acolhidos nas Constituições contemporâneas pós Segunda Guerra Mundial como direitos fundamentais, bem como demonstrado por Cappelletti (1999, p. 146) que o *Ativismo Judicial*, ou criação judicial do direito, é inerente a função jurisdicional de um juiz, se constata que este fenômeno não é uma ocupação ilegítima do poder pelo Judiciário, e disso não há como discordar da constatação a que também chegou os autores Celio Roberto Correa e Doacir Gonçalves de Quadros no artigo publicado na Revista Meritum citado anteriormente.

Na realidade, a Constituição Federal de 1988 convocou o Judiciário a ter atividade de poder definitivo na guarda dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como direito a vida, a liberdade, a um processo justo com ampla defesa na proteção da sua liberdade e de seu patrimônio, bem como deu ao Judiciário a palavra final sobre a legalidade das decisões dos administradores públicos quando requerido pela cidadania conforme exegeses dos artigos 37 §2º, 5º XXXV-LV-LXXIII.

Como é taxativa a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello quando aborda sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos - em seu *Curso de Direito Administrativo* -, “trata-se de exigência impostergável à ideia de Estado de Direito” e em seguida, quando analisa o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal:

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando as suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso (MELLO, 2015, p. 975).

Não há de se falar em *deficit* de legitimidade do Judiciário para o *ativismo judicial* porque a outorga desta legitimidade foi concedida pelo legislador constituinte de 1988.

Partindo deste direito posto, a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para exercer este poder de criação judicial do direito principalmente e explicitamente do Supremo Tribunal Federal, se deve observar a formação dos precedentes, súmulas e as súmulas vinculantes.

Para análise do *precedente judicial* como instituto, que é um instituto característico da tradição jurídica inglesa do *common law*, Streck e Abboud (2013, p. 42) glosam em seu livro a importância de compreensão do gênero *tradição jurídica*, que consiste em um conjunto de práticas, costume e hábitos culturalmente consolidados sobre a natureza do direito, do papel do direito a respeito da organização de um sistema legal e seu aperfeiçoamento como forma de criar, aplicar e ensinar o direito.

Inicialmente, os autores começam a diferenciar as tradições e diferenças entre *direito consuetudinário* (direito originário dos costumes e como forma a oralidade) e *direito escrito* (direito romano ou direitos especiais aplicados prioritariamente e, naturalmente, como forma a escrita) (STRECK; ABBLOUD, 2013, p. 26).

No entanto, Streck e Abboud observam que a presença do *direito romano* não é critério bastante para distinguir as duas tradições ou sistemas porque o direito romano também estava presente no *direito consuetudinário* de forma subsidiária aos costumes, enquanto no *direito*

escrito o direito romano era fonte principal em países como França e Alemanha onde a ocupação do Império Romano consolidou este sistema jurídico.

Os autores registram que “O *common law* inglês é fruto da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra” e é um Direito de processualistas e de práticos, sendo juízes oriundos dos práticos e não professor da Universidade que só era frequentada por minorias. O ponto fundamental apontado pelos autores para o desenvolvimento atual do *common law* na Inglaterra foi a “centralização da jurisdição nas mãos do rei” no século XIII, quando uma prática dos condados fez surgir a figura do *precedente judicial* (é que os juízes dos condados confiavam nas decisões locais anteriores de casos semelhantes). Mas as decisões de casos concretos eram tomadas por um júri (STRECK; ABOUD, 2013, p. 19).

Diferindo os dois sistemas, Streck e Abboud (2013) citam a principal característica do sistema adotado no Brasil: “Já o *civil law*, por possuir sua formação relacionada ao direito romano canônico e o direito alemão medieval entre suas formas de criação legislativa, destaca-se o legislativo, alçando a lei uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito” (STRECK; ABOUD; 2013, p. 27-28).

A influência na formação de cada uma destas ciências jurídicas também é distinguida da seguinte forma: enquanto a doutrina dos romanos (ciência do direito) exerceu menor influência na ciência jurídica do *common law*, que se utiliza de um método de análise caso a caso (*case method*) na sua formação, já no *civil law* é utilizado o método dedutivo de interpretação fundado na evolução histórica das suas instituições jurídicas para a formação da sua ciência jurídica (STRECK; ABOUD; 2013, p. 29).

Compreendida a evolução do instituto dos *precedentes* nos sistemas judiciais (seja no *common law*, seja no *civil law*), se volta a análise deste fenômeno *ativismo judicial* no nosso sistema legal (*civil law*) adotado pela Constituição Federal de 1988 com a adoção dos precedentes nos Tribunais, inclusive a adoção das súmulas vinculantes previstas no artigo 103-A da CF, através da Emenda Constitucional n. 45/2004, que assim dispõe:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A discussão de precedentes, jurisprudência e súmula vinculantes é uma questão de hermenêutica. Segundo Streck e Abboud (2013, p. 49), “não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação. Isso porque não há um descobrir a norma, a partir de um significado já contido dentro de seu texto, mas um produzir/atribuir sentido à norma diante da

problematização”. No entanto, se analisará hermenêutica no próximo capítulo.

Porém é preciso entender que as súmulas, sejam as comuns ou as súmulas vinculantes, não são precedentes *in stricto sensu*.

Streck e Abboud (2013, p. 52) glosam que “o texto é diferente da norma”, não devendo “haver confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma”. Afinal, continuam os autores, a norma nos casos judiciais não é algo abstrato e anterior à decisão judicial. Na realidade a norma é resultado da interpretação judicial, consubstanciada no dispositivo da sentença.

Para uma melhor compreensão observa-se: um precedente (seja súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é também um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. E é a especificidade que diferencia ou não um precedente da sequência decisional que vem sendo seguida por um Tribunal. Assim, sempre haverá um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade, promovendo o surgimento de novas normas na medida em que novos casos forem decididos.

Porém, advertem Streck e Abboud (2013, p. 56), “se o *precedente* é uma súmula vinculante, o que *vincula* a norma a ser dele extraída?” Para em seguida apontar que os Tribunais Superiores estariam previamente definindo os limites do sentido do texto, inclusive o próprio sentido desses limites, bloqueando o necessário dever interpretativo. Assim, teoriza os autores, “a elaboração de súmula vinculante, já que ela é abstrata, e sua aplicação é *pro futuro*, poderia ser aplicada de maneira entificada, isto é uma categoria a partir da qual se farão deduções e subsunções. Afastando o equívoco do pensamento jurídico dominante (que equipara o texto a norma), súmula não é norma em si e ela pode ser interpretada por mais objetiva que seja.

Em seu livro, Streck e Abboud (2013, p. 58) descrevem que a súmula é um produto de um conjunto de outros textos. Quando o STF institui um enunciado assertórico, como é uma súmula vinculante, não para resolver determinado caso concreto, mas para resolver todos os demais casos, esta surge para resolver “todos os casos futuros”, esta circunstância a diferencia fortemente do precedente do *common law*.

No entanto, os autores novamente advertem:

[...] devemos questionar se é legítimo ao Poder Judiciário decidir as questões jurídicas com fundamento em institutos originários exclusivamente do Judiciário (precedente/súmula vinculante). Esse é um ponto crítico que tem sido ignorado por nossa doutrina. Vale dizer, em sistema vinculado ao *civil law*, perante o qual existe previsão constitucional expressa do princípio da legalidade, seria lícito ao Judiciário solucionar suas questões com base tão somente em seus próprios atos? Em função dos

graves defeitos que assolam o Poder Legislativo brasileiro, é legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentárias para a esfera de decisão do Judiciário? (STRECK; ABOUD, 2013, p. 58).

O **conteúdo** é fundamental para se compreender que a súmula vinculante adotada no sistema brasileiro não guarda correlação com o *stare decisis*. É que a súmula vinculante é um texto normativo exarado pelo tribunal constitucional brasileiro (STF), o *precedente* deve ser identificado com o caso decidido, e o *stare decisis* somente se garante como *precedente* após um intenso contraditório e fundamentação decorrente da evolução dos precedentes anteriores.

Ainda quanto ao conteúdo, enquanto a súmula vinculante vem da exclusiva interpretação constitucional do STF de determinado objeto que é um dispositivo legal – em amplo sentido –, no regime do *stare decisis* é aplicado em menor força nas causas de direito constitucional do que as de direito comum.

Streck e Abboud (2013), quando expõem a diferença entre o sistema *common law* e *civil law*, a partir do julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos do caso *Burnet v. Coronado Oil* (1932), assim observaram: “Apesar do *stare decisis* ser a pedra angular do sistema legal, ele tem menor poder nos casos constitucionais” (STRECK; ABOUD; 2013, p. 69).

Em recente artigo individual Streck (2021), abordou a importância da *ratio decidendi* na formação dos precedentes para aplicação futura e glosou o afastamento do *stare decisis* no sistema brasileiro, *vg*:

[...] não é a autoridade do Tribunal Superior que torna uma decisão judicial um precedente, e sim a utilização para o futuro da *ratio decidendi* de uma decisão A que é replicada em casos concretos B,C,D, etc., desde que estes casos possuam idêntica facticidade jurídica que permite, em nome da coerência, estabilidade, integridade (CPC, art. 926, *caput*) e isonomia, receber a mesma decisão A. Definitivamente, o CPC brasileiro não instituiu o *stare decisis* em sentido forte em nosso país. Afinal, e sobretudo em se tratando de um sistema de *civil law*, o que é vinculante num precedente não é ‘o precedente’, mas é *a lei a que se refere o precedente*. O ‘precedente’ é um padrão, claro, que deverá ser ‘observado’ – e isso diz o código, e diz já por si mesma a exigência de isonomia, de coerência e integridade –, mas o que vincula é *a lei*. O precedentalismo forte não se sustenta nem no ordenamento, nem na ‘família’, nem na lógica própria do direito brasileiro (STRECK, 2021, p. 02).

Em seguida, Streck e Abboud (2013) observam esta particularidade e contradição do sistema brasileiro quando se adota um sistema misto como foi a partir da Constituição Federal de 1988, como se glosa a natureza legislativa da súmula vinculante:

A natureza legislativa da súmula vinculante é o fato de que este instituto, ao contrário das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, que não podem ser impugnadas, alteradas ou revogadas em razão da estabilidade da coisa julgada, pode ser revogado ou revisado em decorrência de sua natureza legislativa. A característica essencial da legislação é que o legislador pode revogar ou substituir por outra em sentido até contrário (*lex posterior derogat ...*) e essa revogabilidade não existe no âmbito da jurisdição em razão da coisa julgada (STRECK; ABOUD, 2013, p. 72).

É de se observar que apesar de toda evolução normativa e jurisprudencial perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal com finalidade de se cumprir sua função de controle constitucional concentrado, apesar das instituições de súmulas, de súmulas vinculante e da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores, estas medidas não têm atingido a meta de reduzir o *excesso de judicialização* do sistema brasileiro.

Este fenômeno de *judicialização* é incontroverso pela excessiva quantidade de ações e recursos pendentes de julgamento pela Justiça. Note que a Suprema Corte dos Estados Unidos sequer julga cem processos por ano.

O *ativismo judicial* no Brasil tem pontos ocultos a serem desvendados como, por exemplo, a enorme quantidade de Embargos de Declaração pendentes de julgamento em todas as instâncias da Justiça brasileira. Este débito também demonstra que há um *ativismo judicial* institucionalizado (com o empoderamento outorgado pelo legislador constituinte do juiz na definição dos litígios individuais e, inclusive, nos litígios institucionais entre os Poderes constituídos) com falhas estruturais em sua prestação jurisdicional.

A vultuosa quantidade de decisões (sentenças e acórdãos) omissas, contraditórias e obscuras demonstra a carência institucional para que o Judiciário cumpra a sua nova função de *ativismo judicial*.

Mesmo com as novas disposições do CPC instituídas pela Lei 13.105/2015 quanto as exigências de fundamentação da sentença dispostas no art. 489, §1º (inclusive nulidade por “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), a Justiça ainda tem produzidos decisões com as mesmas falhas: omissão, contradição e obscuridade.

Ao que tudo indica, toda esta evolução jurisprudencial e normativa ainda não resolveu o fenômeno da alta judicialização do sistema judicial brasileiro porque, apesar da quase impossibilidade de se fazer chegar ao STJ ou ao STF os recursos especial e extraordinário, a combatividade dos advogados o contornam na seara criminal através dos *Habeas Corpus*, segundo a observação de Streck e Abboud (2013, p. 11-12), que concluíram esta evolução dizendo que “passamos a discutir teses jurídicas e esquecemos as causas e as coisas” que “só servem para estandardizar mais ainda o direito”.

No mesmo livro, os autores afirmam que “cada verbete esconde um caso”, ou seja, que a tese esconde o caso concreto – e observam que esta tendência legislativa brasileira de dar prioridade aos precedentes do direito do *common law* –, a ausência de motivação e fundamentação nas decisões judiciais resultam nesta disfunção e se constata a imensurável

quantidade de embargos de declaração sendo praticada.

A partir desta indicação de falha generalizada na base da Justiça, os autores correlacionam a necessidade da busca de uniformização a partir das decisões dos tribunais para, assim, padronizar entendimento de teses e adiantar às partes já na primeira instância a solução que eles haveriam de receber anos depois.

Apesar de não atingir todas as metas (inclusive as do CNPJ) e até a falha na formação jurídica básica dos operadores do direito, o *ativismo judicial* no Brasil é legítimo, constitucional e ocupa um espaço institucional tanto para o equilíbrio *checks and balances*, quanto na garantia dos direitos fundamentais explícitos e implícitos na Constituição Federal.

5 A HERMENÊUTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Para uma melhor compreensão deste artigo, bem como pelo fato de ter ele como objeto de análise um fenômeno jurisdicional, se faz necessário uma breve visita à hermenêutica.

Se há ato jurisdicional, há que se ter interpretação. Consequentemente, para todo processo da construção jurisdicional o principal instrumento é a hermenêutica. Seja no sistema da *common law*, ou seja, no sistema da *civil law*.

A hermenêutica é um instrumento fundamental para uma análise de decisões judiciais, precedentes, jurisprudência e súmulas vinculantes.

Como é de conhecimento consolidado, já houve a superação da *hermenêutica clássica* (interpretação onde se busca “os sentidos intrínsecos ao texto jurídico”) - o *Auslegung*, pela *hermenêutica do século XX* que trocou aquela *extração de sentido* pela *atribuição de sentidos* no texto jurídico – o *Sinngebung*.

A partir desta premissa, e segundo a abordagem de Streck e Abboud (2013, p. 51), é

[...] necessário cuidado que devemos ter em relação àquilo que tem sido entendido como fazendo parte de ‘novos paradigmas interpretativos’. Entender que não são a mesma coisa texto e norma não é suficiente para suplantar a relação sujeito-objeto e tampouco para superar a (dogmática e metafísica) equiparação entre texto e norma, ainda predominante no sentido comum teórico dos juristas.

Os autores arrematam em seguida afirmando que

a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), dado que norma surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício, e consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionarem casos *pro futuro*. A norma não, porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há textos sem normas: não há normas sem texto (STRECK; ABBoud, 2013, p. 52).

Para em seguida fecharem com a expressão: “*Súmula não é precedente*” (STRECK; ABBoud, 2013, p. 52).

Portanto, é regra fundamental da hermenêutica que não pode o hermeneuta contrariar o texto da lei. É o princípio da intervenção mínima enunciado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 54: “Não se deve o conteúdo da decisão alterar a redação dada pelo legislativo”.

6 A JUSTICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Diversamente da conclusão a que chegaram Corrêa e Quadros (2020), não é o *ativismo judicial* a causa do enfraquecimento da democracia ou do enfraquecimento do Poder Político.

Como se procura demonstrar a seguir, foi a judicialização da política a partir da década de 1990 que tem levado a perda de credibilidade no sistema político representativo e no enfraquecimento da democracia. Afinal, a judicialização da política traz uma ilegal e inconstitucional *jurisprudência moral*.

Este fenômeno do *ativismo judicial* e o fenômeno da justicialização da política também provoca debates até na maior democracia do mundo. Agora em outubro de 2020, o *New York Times Company* apresentou coletânea de opiniões de juristas relativo a crise desencadeada pela nomeação pelo presidente Donald Trump da nova juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos Amy Coney Barrett, onde se encontra a opinião de Lerry Kramer, ex-reitor da Stanford Law School, sob o título “Empacote os tribunais”, que assim critica a tentativa de se forçar pela Justiça a implantação ou recusa de políticas públicas propostas pelo Executivo e pelo Legislativo:

A democracia depende tanto das normas quanto da lei, e respeitar as normas estabelecidas é essencial em uma sociedade diversa. As normas que se sobrepõem às leis são o que permitem que grupos com ideias e objetivos fundamentalmente diferentes vivam e trabalhem juntos. E se a década passada nos ensinou alguma coisa é que uma política de abandonar as normas para vencer a batalha de hoje está mutilando nossa democracia.

Partindo para a judicialização da política no Brasil, há a recente decisão do STF no julgamento do Habeas Corpus nº 164.493 ocorrido em março/2021 que julgou a parcialidade de um juiz de piso por subversão a ordem constitucional (garantias constitucionais) e legal (CPP) de um paciente, com reconhecimento de que o magistrado declarado parcial teve motivação política, o que nada mais é do que corrupção do sistema judicial.

Da mesma forma, houve uma inegável judicialização da política no Brasil quando o STF, embora provocado, se imiscuiu em Reforma Política realizada pelo Legislativo (Lei nº 9.096/1995) que visava reduzir o número de partidos (*cláusula de barreira*) posto que numerosa

representação partidária era incompatível com o sistema de governo Presidencialista, conforme decisões na ADIs nº 1351 e 1354 (o Ministro Relator Marco Aurélio entendeu que esta *clausula de barreira* contrariava as disposições do artigo 17 da CF).

Tal decisão do Supremo Tribunal Federal levou o Legislativo a promulgar a Emenda Constitucional nº 17/2017, que alterou o artigo 17 da Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição.

Incontroverso que após aquela decisão do STF a proliferação de partidos no Brasil (hoje com 33 partidos registrados, conforme informações disponíveis no site do TSE) tem comprometido o equilíbrio de sustentação do Executivo e a necessária política de coalisão do Presidente da República posto que nenhum partido consegue atingir a maioria do Legislativo com tanta pulverização partidária.

Visitamos Streck (2015), que assim ilustrou a judicialização da política pelo STF no julgamento do MS 3326, bem como assim fez uma importante advertência:

[...] o STF (...) criou, a partir de argumentos metajurídicos, uma hipótese nova no ordenamento. Ou seja: o STF, em nome de argumentos morais, legislou. Como superego (Über-Ich) da nação (utilizamos a expressão de Ingeborg Maus), o ministro relator arvorou-se no direito de corrigir não somente a atitude do Congresso, mas, também, a própria Constituição. Reescreveu a Constituição, dizendo, em outras palavras, que toda a perda do mandato de um parlamentar condenado a prisão não é automática, 22 a não ser nas hipóteses em que ele descreve (STRECK, 2015, p. 52-60).

O *ativismo jurídico* tem excessos técnicos, mas são corrigíveis dentro do próprio sistema judicial e pelo Legislativo.

Já a judicialização da política é que tem enfraquecido Poder Político na medida que enfraquece a credibilidade da representação política e eleitoral dos demais poderes cuja origem é o sufrágio universal da sociedade como um todo.

7 CONCLUSÃO

O historiador inglês (embora nascido na Itália) Lord Acton, em carta de abril de 1887, advertiu o seguinte: *The power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*¹ (LORD ACTON, 1997).

A partir deste lembrete, se faz necessário assentar os limites e o controle para que o

¹ Em tradução livre: “o poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe de maneira absoluta”

ativismo judicial seja eficaz (no sentido de cumprir a missão que o legislador constituinte lhe outorgou), equilibrado e não seja instrumento de desvio pela aplicação de *jurisprudência moral* que tem levado a judicialização da política.

Para Cappelletti (1999, p. 24), “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*”, ainda lembrando o *Princípio da sujeição à lei* disposto no artigo 101 da Constituição italiana. E continua o autor:

[...] o verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o de *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito na obra dos tribunais judiciais (CAPPELLETTI, 1999, p. 21 e 23).

O juiz é um servidor da Justiça, que, embora pareça livre para dizer o direito, tem atuação moldada por normas cogentes, além dos dispositivos constitucionais, que estruturam o Poder Judiciário e o devido processo legal, inclusive procedimentos regimentais.

No Brasil há dois critérios de controle jurisdicional de constitucionalidade: o Controle Concentrado, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal com natural efeito vinculante; e o Controle Difuso, por todos os componentes do Judiciário com um sistema denominado de “*elevação da causa*” por *exceção* ou *incidente* arguido na defesa do réu, via ADIN ou via juiz dentro de um processo ordinário.

Em uma república, todo Poder tem que ter controle conforme lembra Vieira (2008, p. 441-464), citando o ex-Ministro Celso de Mello: “Como aponta o próprio Ministro Celso de Mello, em uma república, nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles”.

O próprio STF já acendeu o alerta em face a judicialização da política e tem aplicado recentemente em ações contra a política pública do Executivo o *princípio da reserva de administração*.

Em recente decisão do STF na ADI 5501, que teve como objeto o fornecimento do medicamento fosfoetanolamina sintética (Lei 13.269/2016; *Pilula do Câncer*), se destaca voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que tem a doutrina brasileira mais completa do *ativismo judicial*, se posicionando em respeito às fronteiras limites que separa o Poder Judiciário para as competências do Executivo como gestor do orçamento.

Para se evitar os excessos de juízes de piso e até de tribunais regionais, inclusive em hipóteses como a ilustrada no capítulo anterior (HC 164.493; STF), o Legislativo aprovou a Lei 13.964/2019 (que já foi promulgada pela Presidência da República) o *juízo de garantia*. Este é um instrumento para salvaguardar o equilíbrio institucional, na medida em que se cria um

obstáculo a atuações baseadas em oculta e ilegal *jurisprudência moral*, esta geralmente apartada do preceituado expressamente na Constituição da República e na lei. Temos que registrar que a implantação do *juízo de garantia* foi suspensa por liminar do então Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (Ministro Luiz Fux), que ainda não indicou quando irá pautar a matéria.

Outra forma de controle dos excessos do *ativismo judicial*, que também se espalhou até para os órgãos de acusação, é um projeto de lei 5282/2019 que tramita no Senado da República de autoria do Senador Antônio Anastasia com coautoria do Lenio Streck. Ali se pretende legislar sobre uma coisa muito simples: o dever de o MP colocar na mesa tudo o que tem, inclusive o que for favorável, à defesa do réu ou investigado. Em suma, o projeto visa proibir o que sempre esteve proibido: o escondimento de provas que possam favorecer os réus. Isso está no Estatuto de Roma, no artigo 160 do CPP alemão e no art. 3º do CPP austríaco. Nos EUA, desde 1963 o MP tem a obrigação de mostrar o que tem, a partir do precedente *Brady v. Maryland*.

Caminhando para o final, Streck e Abboud (2013) também apontam a necessidade da busca de uniformização a partir das decisões dos tribunais para, assim, padronizar entendimento de teses e adiantar às partes já na primeira instância a solução que eles haveriam de receber anos depois. Os autores também criticam esta aposta dos legisladores atuais em apostar em mecanismo vinculatórios porque o problema está na decisão jurídica, na fragmentação do direito como método de aplicação jurisdicional. A instrumentalização das formas fundamentada desde os precedentes da *common law* até a vinculação sumular e arremata: “apenas uma **teoria da decisão** soluciona esta hiperbólica busca da distribuição de justiça no nosso Estado Democrático de Direito” (STRECK; ABBoud, 2013, p. 14-15). A aplicação de uma teoria da decisão é medida que se deve ser implantada inclusive nos cursos das Faculdades de Direito.

REFERÊNCIAS

ADI n. 1341 e ADI n. 1354. STF, 29/06/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1626351>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ADI n. 5501, 01/12/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966501>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ADPF n. 54. STF, 30/04/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Conjur**, dezembro 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacaoativismolegitimidadedemocratica?pagina=4>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 32 e 19.

CORREA; QUADROS, O Ativismo Judicial e o Enfraquecimento do Poder Político: Crise Efetiva ou Mudança Paradigmática? **Revista Meritum**, v. 15, p. 130-148, Jan./Abr. 2020.

HABEAS CORPUS. STF, 23/03/2021. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5581966>. Acesso em: 05 abr. 2021.

LORD ACTON. Letter to Bishop Mandell Creighton, April 5, 1887. In: FIGGIS, J.N.; LAURENCE, R.V. **Historical Essays and Studies**. London: Macmillan, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OPINION, **The New York Times Company**. Coletânea de Opinião de juristas: How To Fix The Supreme Court, 27/10/2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/10/27/opinion/supreme-court-reform.html>. Acesso em: 20 fev. 2021.

SENADO FEDERAL, Projeto de Lei 5282/2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>. Acesso: 06 abr. 2021.

SILVA, Evander de Oliveira. **A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33931/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>. Acesso em: 08 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O Problema do Ativismo Judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, UniCeub, v. 1, n. 05, p. 52-60, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O que vincula em uma decisão judicial? Ainda sobre precedentes, súmulas e *ratio decidendi* – ABDPRO # 166, **Empório do Direito**, 2021. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-166-o-que-vincula-em-uma-decisao-judicial-ainda-sobre-precedentes-sumulas-e-ratio-decidendi>. Acesso em: 10 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O Que É Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 43-44, 46.

TSE. Partidos Políticos registrados no TSE. **TSE**, 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>. Acesso em: 23 mar. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, Conclusão. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, Dez. 2008.