

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ZULMAR ANTONIO FACHIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 - Unicritiba - 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Gonçalves da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-711-3

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 20 a 24 de julho 2023, sob o tema geral “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina. Trata-se da sexta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de expressão, história das constituições brasileiras e sistema constitucional latinoamericano também foram temas marcantes do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Zulmar Antonio Fachin

Lucas Gonçalves da Silva

RAÍZES AUTORITÁRIAS DO ATIVISMO JUDICIAL AUTHORITARIAN ROOTS OF JUDICIAL ACTIVISM

Othávio Cardoso de Melo

Resumo

A teoria da relação jurídica processual, adotada pelo ordenamento brasileiro, implicou a publicização do processo, que passou a ter viés finalístico, focado na jurisdição. A busca da concretização da justiça material levou à instrumentalização do rito processual, posicionando o magistrado como figura central e relegando às partes um papel secundário. A centralização do juiz criou um culto à sua figura, que passou a ter bastante projeção social e política. Essa projeção é uma das causas do protagonismo do Poder Judiciário nas decisões políticas. O presente artigo examina como o ativismo judicial, a pretexto do “bem comum” e de ideais de “justiça material”, se distancia da legitimação democrática e se aproxima dos regimes autoritários, nos quais o ordenamento jurídico é utilizado para atender aos interesses do Estado. Apesar de a jurisdição ativista se apresentar como republicana, o comportamento possui traços semelhantes aos regimes autoritários, pois atenta contra a democracia ao ignorar a natureza democrática e autolimitante das normas.

Palavras-chave: Ativismo, Autoritarismo, Legalidade, Autolimitação, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The theory of the legal process relationship, adopted by the Brazilian legal system, resulted in the publicization of the process, which became goal-oriented, focused on jurisdiction. The pursuit of material justice led to the instrumentalization of the procedural rules, positioning the judge as the central figure and relegating the parties to a secondary role. The centralization of the judge created a cult of his figure, which gained significant social and political projection. This projection is one of the causes of the Judiciary's protagonism in political decisions. This article examines how judicial activism, under the pretext of the "common good" and ideals of "material justice", distances itself from democratic legitimacy and approaches authoritarian regimes, in which the legal system is used to serve the interests of the State. Despite presenting itself as republican, activist jurisdiction has traits similar to authoritarian regimes, as it undermines democracy by ignoring the democratic and self-limiting nature of the rules.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activism, Authoritarianism, Legality, Self-limitation, Democracy

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, diversas questões políticas são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, tornando obsoleta a jurisprudência que previa a impossibilidade de decisões judiciais ingressarem no mérito dos atos administrativos. Na medida em que o Ocidente patrocina a chamada judicialização da política, o Judiciário se transforma no bastião dos valores sociais, dando aos magistrados um papel de protagonismo na sociedade pós-moderna, que se vê representada nos valores reiteradamente externados pelas decisões judiciais.

Nesse contexto, o ativismo judicial aparece como vanguarda da judicialização da política. Por meio dele, o julgador transcende a simples solução do litígio e, agindo proativamente, substitui critérios estabelecidos pelo legislador ou pela Administração Pública, a despeito de carecer de legitimação democrática.

Esse modelo de jurisdição poderia ser tolerado em uma corte suprema, cujos membros são referendados politicamente e a atuação constitucional está estreitamente relacionada com os outros poderes, participando diretamente do sistema de freios e contrapesos inerentes ao sistema político. Mas o que dizer de um ativismo praticado em todas as instâncias, circunscrições e competências?

Ao contrário do que preceituava o sistema austríaco, que adstringia o *judicial review* à Corte Constitucional, o controle das decisões políticas hoje está em todas as instâncias. Quando se chega a esse ponto, a matéria requer discussão. Essa forma de atuação encontra respaldo constitucional? Quais circunstâncias levaram ao empoderamento dos juízes? O Poder Judiciário tem legitimidade para assumir tarefa tão relevante?

Amparado em pesquisa bibliográfica, o presente artigo faz uma análise da concepção da teoria da relação jurídica processual, relacionando-a com o ativismo judicial e com os regimes autoritários que efervesceram na primeira metade do Século XX, especialmente na Alemanha e na Itália.

Este trabalho não tem a pretensão de analisar a formação de regimes autoritários, nem de discutir o mérito de decisões judiciais que interfiram no sistema político. O objetivo é provocar uma reflexão quanto aos riscos da utilização do processo como instrumento para realização de interesses estranhos à simples solução do litígio. Pretende-se demonstrar que, em qualquer cenário, a inexistência de limites para a atuação judicial está em desacordo com a natureza autolimitante das normas e com os preceitos básicos da democracia.

A ausência de limitantes, o uso do processo como instrumento de concretização de políticas públicas ou consecução de interesses ideológicos, qualquer que seja a finalidade, é prejudicial ao interesse público e pode trazer prejuízos irreparáveis ao Estado Democrático de Direito.

2 A TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

O Século XIX foi marcado pelo Darwinismo, por descobertas e pelo desenvolvimento da ciência. No direito, a efervescência científica levou à classificação do processo civil como uma matéria independente, que deveria ser estudada à parte. Surgiu assim a teoria da relação jurídica processual, uma inquestionável evolução, que passou a abordar o processo de forma autônoma, distinta do direito material. A teoria capitaneada por Oskar von Bülow revolucionou o estudo do direito processual, como é reconhecido pela doutrina brasileira (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2011, p. 139):

Ali, entre 1856 e 1858, travava-se histórica polêmica entre dois romanistas alemães, Windscheid e Muther, acerca da *actio* romana e do sentido que devia ser emprestado modernamente à ação. Ali, e sempre na Alemanha, escrevera-se uma obra verdadeiramente revolucionária, que haveria de tornar clara aos olhos de todos os juristas a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação de direito material que as partes trazem para ser apreciada pelo juiz (trata-se de famoso livro de Oskar von Bulow, do ano de 1868). Ali, a partir desses trabalhos pioneiros, houvera uma efervescência de ideias e de doutrinas, especialmente sobre a natureza da ação, que veio a colocar o direito processual definitivamente como verdadeira ciência, com objeto e método próprios, libertando-o da condição de mero apêndice do direito privado.

Ante seu viés finalístico, a teoria da relação processual tinha a jurisdição como seu principal objetivo. A relação triangular posicionava as partes sob a coordenação de uma figura central: o Estado personificado na figura do juiz. O processo, que de início constituía uma proteção dos particulares contra o arbítrio dos governantes, passou a se transformar em um instrumento do Estado-juiz em busca da concretização da justiça material, novo escopo da jurisdição.

Assim, o processo se transformou em um poderoso instrumento para a consecução de ideais de justiça. Essa visão inspirou Franz Klein (1854-1926), então ministro da justiça, na edição do Código de Processo Civil do Império Austro-Húngaro (*Zivilprozessordnung*, 1895), que apresentava viés instrumentalista, conforme acentua Raatz (*et al.* 2020, p. 320):

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, autor que defendeu, a partir da teoria do “formalismo-valorativo”, ter desenvolvido a “quarta fase metodológica”, dizia, sob notável influência da Franz Klein, que, ao colocar o processo no centro da

teoria do processo, “o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança –, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação”. E, desse modo, “o fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso”. Nessa nova fase, “o juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo”. Este “juiz cooperativo”, contudo, já era defendido por Franz Klein no final do século XIX e era uma decorrência da desonestidade das partes e dos advogados e juízo. Não é por acaso que Nicola Picardi, com o qual Álvaro de Oliveira manteve constantes relações acadêmicas, considera que Klein prefigurava uma forma de cooperação entre o juiz e as partes (Arbeitsgemeinschaft – comunidade de trabalho), de modo que o aumento dos poderes instrutórios do juiz corresponderia, na ÖZPO, a uma acentuação dos deveres de comportamento das partes.

O instrumentalismo representou a publicização do processo, que deixou de ser uma ferramenta para concretização do direito material à disposição das partes para se transformar em uma ferramenta do Estado-juiz na busca de seus interesses. Mas isso não representava uma novidade, conforme leciona Raatz (*et ali.* 2020, p.319):

A proposta da instrumentalidade do processo – de abertura do sistema processual para os influxos publicista – nem mesmo representa uma novidade, mormente se for considerado que Chiovenda, no início do século XX, já defendia que o processo servia à consecução dos interesses do Estado e que o segredo das reformas processuais estaria na adaptação do processo às necessidades sociais. Por sinal, muitos elementos da doutrina da instrumentalidade do processo já estavam presentes nas bases do processualismo “científico”, notadamente em Oskar Bülow que, sob a influência de Rudolf von Jhering – para quem as partes no processo judicial estariam numa relação de subordinação em relação ao juiz, cujas normas aplicadas estariam postas ao atingimento de um fim social, emergindo aí a necessidade de um pensamento teleológico – delineou a concepção de processo como instrumento da jurisdição, compreendendo, no ofício judicial, uma atividade de criação do direito ao lado da lei. Também em consonância com o pensamento de Jhering, Franz Klein considerou o processo como uma instituição de bem estar social e, por esse caminho, atribuiu ao processo a função de realizar escopos sociais e econômicos, conferindo à jurisdição perspectivas meta-jurídicas.

Aos poucos a publicização do processo posicionava as partes em uma condição subalterna, passando o magistrado a dirigir a lide como instrumento de criação do direito ao lado da lei. Através da jurisdição, o Estado-juiz buscava a pacificação social e a concretização da justiça material, uma finalidade meta-jurídica.

Ocorre que a busca pela realização de escopos meta-jurídicos implicou a concessão de poderes ao juiz, em detrimento da liberdade das partes, que têm o comportamento cada vez mais limitado. Esse modelo acentua o caráter autoritário do processo.

Justamente por conta do fortalecimento da autoridade do Estado e da limitação das faculdades das partes que o código de processo civil austríaco acabou influenciando o direito processual alemão pós-primeira guerra, possibilitando a implementação da ideologia nazista através da simples nomeação de juízes fiéis ao sistema, conforme leciona Beneduzi (2018, p. 26-27):

O processo alemão sofrerá, na primeira década do século XX, e mais marcadamente após o fim da Primeira Guerra, a influência do processo austríaco (de que símbolo o Código de Franz Klein, entrado em vigor em 1898). Este novo processo afasta-se dos cânones liberais que inspiraram a promulgação da ZPO de 1877 e seus primeiros intérpretes (como Adolf Wach) e caracteriza-se pela restrição da autonomia das partes (Parteiherrschaft) e pelo correspondente aumento dos poderes do juiz. Põe-se também em evidência a função social do processo, em contraposição à ideia liberal de que ele deve servir, essencialmente, à tutela de direitos individuais.

(...)

O controle nazista sobre o processo acabou se dando de modo predominantemente indireto, através da nomeação de juízes fiéis à ideologia nazista, da demissão de infiéis, da supervisão estrita dos que restaram e da sua integral submissão, na interpretação da lei substancial, aos cânones do regime.

Nesse contexto, se consolidava a teoria da relação jurídica. O processo civil passou a ser estudado como matéria de direito público e o *iter* processual perdeu as características de instrumento das partes para concretização do direito material, para se torna instrumento do Estado para a consolidação de seus interesses, que se distanciavam cada vez mais da simples aplicação das normas.

No Brasil, a teoria da relação jurídica processual só chegaria em 1940, através de Enrico Tulio Liebman, que foi admitido como professor visitante e deu início a um movimento científico denominado Escola Processual de São Paulo (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2011).

Na mesma linha de raciocínio, Dinamarco (2016, p. 398), o principal expoente da Escola Paulista, é categórico ao afirmar que a relação jurídica processual deixa as partes em uma espécie de sujeição à vontade do Estado-juiz, conforme se pode observar da seguinte passagem, *verbo ad verbum*:

Falar em solução imperativa é pressupor o exercício do poder. O Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões (definição de poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade de anuência dos sujeitos. A situação destes perante o Estado que exerce a jurisdição é de sujeição – conceituada esta como impossibilidade de evitar os atos alheios ou furtar-se à sua eficácia (Carnelutti). Esse é o significado da afirmação da jurisdição estatal como função pública, regida por normas de direito público. Também a jurisdição arbitral é exercida com fundamento em um poder mas, diferentemente do que se dá com a jurisdição

estatal, a fonte do poder do árbitro não é o imperium soberano, como a do Estado-juiz, mas a vontade bilateral das partes que houverem optado pela arbitragem, sem a qual esta não será admissível.

Nesse correr, a teoria da relação processual implicou a publicização do processo e a sobreposição do magistrado, que assumiu um papel central, apto a dirigir as diversas fases do litígio, impondo obrigações às partes em busca de uma solução ideal que mais se aproximasse aos escopos meta-jurídicos do Estado.

O sistema processual brasileiro foi estabelecido sobre as bases dessa teoria, concentrando poderes no Estado-juiz e colocando as partes em verdadeira sujeição. Uma das decorrências desse modelo de processo foi o culto à figura do magistrado.

3 O CULTO À FIGURA DO MAGISTRADO

A teoria da relação jurídica deu ao Estado-juiz a função de dirigir o *iter* processual com a finalidade de criar o direito. Essa concepção teve como consequência o aumento dos poderes do magistrado, cujas funções tinham uma relevância ímpar, conforme se observa de passagens da obra de Bülow (1885, p. 4)

Também é importante se perguntar se não seria correto lhes prover um local abaixo de homens que desempenham serviços para a comunidade apenas com seu trabalho mental, ciência e sabedoria, pois aos juízes são dadas as muito honrosas, porém muito difíceis, missões de, acima de todos os outros representantes da ciência, responder questões em sua área de jurisdição com um definitivo “sim” ou “não”. Não lhes é dado a opção de não julgar.

Esse trabalho que o juiz desempenha para o estado e para a ordem judicial não é meramente um trabalho mental. A decisão que o juiz toma não é meramente um julgamento no sentido lógico da palavra. É algo mais, mais significativo e mais poderoso do que aparenta.

Dessa forma, o criador da teoria da relação jurídica insinuava que a tarefa do magistrado não consistiria em uma simples operação lógica, mas em algo superior, uma verdadeira dádiva, como acentua Bülow (1885, p. 6), senão vejamos:

Atrevo-me a levantar apenas uma mera presunção quanto à forma como a nossa tradição linguística pode ter chegado ao selecionar e fazer uso da expressão "Urteil" para a decisão judicial, uma vez que esse termo não é característico em seu sentido próprio e equívoca na sua generalidade. "Urteil", "Ordal", "ordeal", é uma palavra antiga de origem germânica, que anteriormente era utilizada exclusivamente para as decisões judiciais, e, como tantas outras formas também possíveis e até favorecidas para se referir a decisão (oath - God's judgment) não mostra relação especial para operações lógicas.

A crença na superioridade de suas atribuições, que transcendiam qualquer operação lógica, deu aos magistrados um papel preponderante na sociedade e legitimou sua atuação criativa, livre das amarras da lei. O respeito ao ofício da magistratura ganhou contornos de veneração religiosa, como acentua Maus (2000, p. 185):

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.

Investidos na função de “sacerdote-mor” (MAUS, p. 196), os juízes começaram a entender o processo como instrumento para afirmarem suas convicções e realizarem as suas perspectivas de justiça. Não tardou para que essa dádiva passasse a menosprezar a própria atividade legislativa. Bülow (1885, p. 16) acentuava que os juízes seriam mais aptos a criarem o direito do que o próprio Poder Legislativo:

Certamente, o direito é mais perspicaz que o seu autor, o código é mais sábio que o legislativo! Com outras palavras mais moderadas e, provavelmente, mais precisas, frequentemente é possível atribuir aos juízes o crédito por uma visão jurídica melhor e maior do que a do pessoal do legislativo. É com muito mais frequência do que se poderia pensar, que o legislador abertamente confere esta verdade ao juiz. Ele mesmo se abstém de sua própria opinião e interpretação do mundo jurídico e deixa a cargo do juiz a determinação do verdadeiro significado e o anúncio daquilo que ele reconhece como certo para as partes envolvidas, que podem não concordar com o significado do ordenamento como a expressão final da vontade do Estado.

Em busca de liberdade criativa e fugindo das amarras do ordenamento jurídico, os juízes assumiram a tarefa de extrair o “verdadeiro sentido” da norma. Assim, passaram a ignorar a necessidade de legitimação democrática, agindo de acordo com suas capacidades e vivências diferenciados, conforme pondera Bülow (1885, p. 20-21)

Para se extrair de lá o direito, é preciso um trabalho sério, amplo conhecimento e um espírito afiado e instruído, para moldar de acordo com a medida do ordenamento. Isso exige um senso jurídico afinado e delicado para que se possa obter o correto preceito legal dentro dos limites do ordenamento e é preciso vontade firme constantemente direcionada para a lei, para administrar justa e imparcialmente esta atividade de grande responsabilidade! A visão e a habilidade para a criação da lei são adquiridas através da educação na ciência jurídica. A única maneira de pensar é a aquisição da construção do caráter moral. Feliz é o país cujos juízes tem feito os dois inteiramente bem! Um povo que não pode confiar na visão legal e na justiça de seus juízes está condenado e perdido, apesar dos melhores ordenamentos. Não apenas o ordenamento, mas o ordenamento e o judiciário criam o direito para o povo.

A crença em uma capacidade diferenciada e em uma moral superior levaram à ascensão dos magistrados a uma posição de bastante prestígio na sociedade e no cenário político. Como consequência, o Poder Judiciário passou a se posicionar acima das leis, que passaram a funcionar como meras premissas sobre as quais a decisão judicial é concebida, como ensina Maus (2000, p. 193):

A ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos tribunais, por um método de aplicação do direito que em face das representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios como as inverte detalhadamente. As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias. Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do "método adequado" entre outras concepções concorrentes.

Agora vistos como seres diferenciados, dotados de superioridade moral, os juízes recebem o sistema normativo como simples orientações, enfatizando interpretações teleológicas, finalísticas e valorativas. Essa ênfase em outras concepções encontra respaldo na imprensa e na opinião pública, levando ao empoderamento dos magistrados, que não mais consideram a norma fundamento de validade de suas decisões.

Desprovido de condicionantes e reiteradamente demandado a julgar questões políticas, o Poder Judiciário parece ter aceitado o relevante papel de administrador dos valores morais da sociedade, buscando soluções que atendam à população, ainda que elas representem a negação do direito legislado. No momento em que a busca de soluções ideais contraria ou ignora o arcabouço normativo, surge o ativismo judicial.

4 O ATIVISMO JUDICIAL E O AUTORITARISMO

Ativismo judicial é definido como a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário. O termo foi empregado pela primeira vez em 1947, numa reportagem em que historiador norte-americano Arthur Schlesinger traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte americana (GOMES, 2009, p. 42).

A origem do instituto é incerta: alguns estudiosos apontam a criação do controle judicial de constitucionalidade das leis federais norte-americanas, outros apontam as gestões de E. Warren

e W.E. Burger na Suprema Corte norte-americana, entre os anos de 1953 e 1973 (IGNACIO JUNIOR *et al*, 2011, p. 132).

Independentemente do momento em que o ativismo judicial foi reconhecido como fenômeno jurídico, é inegável que sua origem está associada à teoria da relação jurídica e ao posicionamento do magistrado como figura central do processo, que levaram a exigências de flexibilização e de independência.

No início do século XX, enquanto a teoria da relação jurídica influenciava a codificação do processo, os magistrados começavam a recusar o papel de meros aplicadores das leis. Aqueles que outrora serviam de contrapeso aos poderes do Estado, agora passariam a ser instrumento de seus ideais. Weber (2004, p. 146-147) pontua a existência de reivindicações de uma atividade jurídica criativa:

Paralelamente a essas influências sobre o direito e a prática jurídica, condicionadas pelas reivindicações sociais da democracia, por um lado, e da burocracia monárquica voltada para com o bem-estar, por outro, andam também certas ideologias profissionais internas dos práticos do direito. A situação de um autômato jurídico, limitado à interpretação de parágrafos e contratos, no qual se introduzem, em cima, os fatos mais os custos para que solte, embaixo, a sentença e suas explicações, é vista como subalterna pelos práticos jurídicos modernos, e precisamente a universalização do direito formal codificado a torna cada vez mais desagradável para eles. Exigem a atividade jurídica "criativa" para o juiz, pelo menos ali onde falham as leis. A doutrina do "direito livre" encarrega-se de demonstrar que essas falhas representam, em princípio, o destino de todas as leis diante da irracionalidade dos fatos, isso é, que em muitos casos a aplicação da mera interpretação é pura aparência, e a decisão, na verdade, é e deve ser baseada em avaliações concretas e não em normas abstratas.

Por mais que os anseios de liberdade criativa pareçam inofensivos, é importante atentar para o fato de que as conquistas da Revolução Francesa e os ideais de soberania popular estavam materializados no ordenamento jurídico. Assim, abrir espaço para a criação de direito por órgãos sem representação democrática constituía a própria negação dos valores conquistados.

No Brasil, apesar da pouca maturidade institucional, a liberdade de atuação do Poder Judiciário é vista com naturalidade, muitas vezes com aprovação da mídia e da sociedade civil. Pode-se dizer então que em “*terrae brasilis*” o tema é ainda mais preocupante, como adverte Streck (2013, p.29):

Aliás, aqui parece ser o momento ideal para esclarecer uma questão que tem sido tratada de forma superficial em *terrae brasilis*. Trata-se do modo *tabula rasa* como tem sido empregado o termo ativismo judicial. Note-se: nos Estados Unidos, a discussão sobre o governo dos juizes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Quanto a isso, basta recordar que o mesmo Marshall

que instituiu o precedente que consagrou a *judicial review* foi também quem iniciou, no case *McCulock v.s. Maryland*, a tradição do *judicial self restraint*. Sintomático, também, que a segunda decisão em sede de controle de constitucionalidade nos EUA só se deu cinquenta e dois anos depois da primeira.

Certamente, a falta de amadurecimento histórico torna o ativismo judicial ainda mais preocupante, pois seus reflexos não foram avaliados e a falta de representação democrática no Poder Judiciário impede uma discussão plural. A adoção da postura ativista sem o necessário debate pode trazer prejuízos irreparáveis ao Estado brasileiro, especialmente por conta da cultura do autoritarismo, enraizada por anos de ditadura, e de uma experiência democrática recente.

Segundo o artigo 1º da Constituição Federal, o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Isso quer dizer o primado da lei é um dos pilares da atuação dos poderes, especialmente por conta da representatividade do Poder Legislativo. Assim, a despeito da relevância do Poder Judiciário e da inegável qualidade intelectual de seus membros, consentir que suas decisões ignorem o arcabouço normativo traz sérios riscos a um Estado de Direito, no qual o primado da lei é princípio basilar, conforme leciona Bandeira de Mello (2015, p. 327):

Deveras, as leis provêm de um órgão colegial – o Parlamento – no qual se congregam várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social, de tal sorte que o Congresso se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica, as leis – que irão configurar os direitos e obrigações dos cidadãos –, necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum temperamento entre as variadas tendências. Até para a articulação de uma maioria são necessárias transigências e composições, de modo que a matéria legislada resulta como o produto de uma interação, ao invés da mera imposição rígida das conveniências de uma única linha de pensamento.

Ao ignorar o fundamento legal, o ativismo judicial representa a expressão de vontades individuais ou, quando muito, de colegiados compostos por membros indicados pelo Chefe do Poder Executivo, sem representatividade democrática. Ao aceitar que as decisões judiciais utilizem fontes estranhas à legislação, assume-se o risco de adentar no campo do “Estado de Não-Direito”, como bem acentua Canotilho (1999, p.4):

Facilmente se intuem as consequências trágicas desta identificação do direito com uma hipotética “utilidade social” ou com uma abstracta razão de Estado. A “razão de Estado” – com este ou com outros nomes, como, por exemplo, “amizade do povo”, “bem da nação”, “imperativos da revolução”, “interesses superiores do Estado” – justificou campos de concentração, pavilhões psiquiátricos e mesmo genocídios colectivos para os adversários políticos ou para os povos a que estes pertencem. O “bem do povo” e os “interesses do Estado” são (e foram) invocados a torto e a direito para dar cobertura a privilégios de classes dirigentes,

insinuando-se a escandalosa identificação dos interesses das castas político-governantes com o bem comum dos cidadãos.

Ora, assim como o “bom senso” e o “bem comum” podem servir de fundamento para decisões “justas”, observa-se que, historicamente, estes mesmos argumentos serviram de pretexto para a realização de atrocidades. Tal situação caracteriza, em verdade, um Estado de Não-Direito, como nos regimes fascistas em que os direitos humanos eram ignorados. Maus (2000, p. 196) relaciona o uso de “fórmulas comunitárias” e “determinações superiores” como fundamento para desprezar direitos fundamentais:

Em tais formulações morais fica ao mesmo tempo claro que o "saudável sentimento popular" introduzido pelo direito penal nacional-socialista — com terríveis consequências — não é de modo algum empírico. O juiz não atua mais como arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção "saudável" a um povo "doente" — exatamente nisso consistindo sua função de superego. Também o conceito implícito de povo não é empírico: quando o juiz é investido — de acordo com as "Cartas aos Juizes" (Richterbriefe) distribuídas pelo Ministério da Justiça a partir de 1942 — na condição de "protetor dos valores de um povo [...] e aniquilador dos falsos valores", o povo torna-se "unidade", "verdadeiro" povo, objeto da representação e produto da atividade decisória judicial.

Certamente, ainda que instituídas democraticamente, as normas podem conter arbitrariedades, mas, segundo Canotilho (1999, p. 6), os regimes autoritários são caracterizados pela inexistência normas autolimitantes, o que possibilita a utilização de diversos meios para atingir as finalidades do Estado, ainda que isso implique violação de direitos fundamentais:

Embora pareça paradoxal, alguns autores chegaram a falar de “Estado de direito fascista” para significar que também neste Estado havia uma ordem jurídica, um “Estado legal”, uma “segurança jurídica”. O Estado fascista é, porém, uma institucionalização totalitária diferente do Estado de direito. Em primeiro lugar, o Estado não é um esquema organizatório limitado pelo direito. É, sim, uma realidade transcendente, uma realidade suprema. Perante ele, os direitos individuais assentes na dignidade da pessoa humana cedem porque em primeiro lugar estão os interesses do Estado. O Estado de direito pressupõe uma certa distância e uma inequívoca separação da sociedade civil perante o Estado. O Estado fascista elimina a distância e a separação, incluindo na realidade estatocrática o indivíduo e os grupos sociais. Por último, o Estado fascista é um Estado de não direito porque, como realidade que se justifica a si própria, não carece de legitimação. Foge da legitimação democrática.

Seja pela ausência de autolimitação, seja pela indiferença dos agentes públicos à legitimação democrática, os regimes autoritários estabelecidos na primeira metade do século XX pecaram justamente por colocarem a autoridade do Estado acima dos direitos fundamentais, especialmente o primado da lei como expressão da democracia, como pontua Maus (2000, p. 199):

Como demonstrado de modo eloquente pelo regime nazista, o terror político aberto encontra no direito formal um obstáculo. Todos esses desencontros do debate atual conduzem, dentro dos modelos alternativos, à redescoberta dos mesmos padrões da "religião civil". Assim, a Justiça, a primeira de todas as funções do Estado, aparece ocasionalmente como "instituição" social que decide acerca do real emprego dos recursos psíquicos de força por parte do Estado.

Mais do que uma consequência, a falta de limitação normativa é um pressuposto dos regimes autoritários, que dificilmente conseguiriam, através de um debate plural, formar maioria para perpetrar arbitrariedades. Por essa razão, o posicionamento do Estado-juíz acima da legislação é tratado com preocupação pelo mundo jurídico, como bem observa Streck (2013, p.74):

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial. O juiz decide por "livre convencimento"? Mas, o que é isto, "o livre convencimento"? A decisão não pode ser "o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo". Daí a minha indagação: de que adianta afirmar um novo modo de "gestão da prova" se o sentido a ser definido sobre o "produto final" dessa "gestão probatória" permanece a cargo de um "inquisidor de segundo grau" que possui "livre convencimento"?

Portanto, os regimes autoritários e o ativismo judicial têm em comum o desrespeito ao caráter autolimitante do ordenamento jurídico, pressuposto fundamental do Estado de Direito e da subsistência dos direitos e garantias fundamentais, cuja observância se torna casuística em um sistema em que os critérios são escolhidos subjetivamente pelas próprias autoridades envolvidas.

A doutrina processualista brasileira trata com bastante naturalidade essa insubordinação às normas jurídicas. Fidélis (1997 *apud* STRECK, 2013, p. 53) assevera que "para assegurar a imparcialidade do Juiz, é ele dotado de completa independência, a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior. No exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobre-po-nha. Nem a própria lei...".

No mesmo sentido, Portanova (1997 *apud* STRECK, 2013, p. 54) pontua que "é difícil acreditar em algo que possa restringir a liberdade do juiz de decidir como quiser. É preciso reconhecer realisticamente: nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador".

Ainda que o objetivo do Poder Judiciário seja adotar as melhores soluções, em boa parte dos casos as decisões judiciais não surtirão os efeitos desejados, pois o "ideal regulatório" fica distante das condições reais, conforme esclarecem Arguelhes e Leal (2011, p. 28-29):

Fazendo uma analogia com o pensamento econômico, os autores observam que, se em certas condições, não é possível atingir o estado de coisas mais eficiente, a

máxima eficiência possível não será necessariamente atingida se tivermos o estado inatingível como um “ideal regulatório” e nos pautarmos por ele. O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a estratégia “ideal” (“first best”). Aplicando esse modelo à função jurisdicional, fica evidente que, em muitos casos, juízes “reais” (operando em condições reais) podem se sair melhor aplicando teorias que não levariam aos resultados mais justos e mais precisos em condições “ideais” (que pressupõem tempo e recursos infinitos, imparcialidade absoluta, capacidade intelectual e conhecimento jurídico sobre-humanos, por exemplo).

A liberdade de atuação e a busca de um ideal regulatório nem sempre levarão a soluções perfeitas. Desse modo, abrir mão do principal instrumento de manifestação democrática, fruto de diversas revoluções, para ampliar a margem de atuação do Poder Judiciário pode trazer resultados desastrosos. Abordando a judicialização da política, Hirschl (2012, p. 33-34) enxerga a sobreposição do Poder Judiciário como um conflito de visões e preferências, ou uma simples luta por poder político, em contradição à pretensa busca de um ideal regulatório:

Considera-se que os principais catalisadores da judicialização da megapolítica são as lutas concretas por poder político, os interesses das elites e de outras pessoas poderosas com interesses políticos, bem como conflitos entre visões de mundo e preferências políticas. A deferência política estratégica ao judiciário lado a lado com o comportamento judicial politicamente sagaz compõem a fórmula explosiva aqui.

Argumentos como “interesse público” e “dignidade da pessoa humana” são capazes de encobrir moralmente o decisionismo, haja vista “a extrema generalidade da ótica moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade” (MAUS, 2000, p. 186).

A falta de uma baliza normativa e o desrespeito ao caráter autolimitante das normas são traços característicos de regimes autoritários. Desse modo, ao ignorarem preceitos discutidos e aprovados em meio a deliberações democráticas para agirem conforme suas consciências, os membros do Poder Judiciário realizam uma forma de coerção, como acentua Maus (2000, p. 202):

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece

consistir tanto na única proteção contra sua perversão como também em obstáculo para a unidimensionalidade funcionalista.

De certa forma, o Poder Judiciário está se apropriando do julgamento moral e da definição dos valores que devem permear a sociedade. Para alguns, a Justiça é vista como um contrapeso importante aos outros poderes, que muitas vezes são dominados por interesses políticos ou econômicos. Para outros, o Judiciário está invadindo a esfera de valores e costumes que devem ser decididos pela sociedade como um todo, por meio de um debate democrático. É inegável que o ativismo judicial é uma forma de abuso de autoridade e abriga mais interesses institucionais do que propriamente a busca de uma sociedade justa, livre e solidária.

A apropriação dos espaços jurídicos livres e a monopolização dos valores morais de uma sociedade para implementar interesses institucionais é a verdadeira pecha que macula o ativismo judicial. Como toda forma de poder, o Judiciário tenderá a cometer abusos. Diante da veneração popular e da roupagem moral atribuída a tais decisões, dificilmente a sociedade terá como controlar os desígnios de um Poder Judiciário que atua acima e ao arripio de instrumentos democráticos erigidos sobre o suor e o sangue das revoluções populares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da relação jurídica trouxe grandes avanços para o direito processual, especialmente pela abordagem científica do processo, que possibilitou o estudo e a criação de instrumentos relevantes à garantia *due process of law*. Entretanto, a natureza publicista da ação exerceu forte influência na distribuição dos poderes e prerrogativas processuais. Nesse cenário, o magistrado assumiu um relevante papel: caberia a ele extrair o “verdadeiro sentido” da norma para encontrar a solução que mais se adequasse aos interesses do Estado-juiz.

Como ensinou Montesquieu, quando um grupo detém poder, é comum que tendam a abusar dele até que encontrem resistência ou limitações impostas por outras instituições. No exercício de sua nova missão, o Poder Judiciário não encontra resistência e, gradualmente, invade as atribuições dos demais poderes: define políticas públicas no lugar do Executivo e inova na ordem jurídica no lugar do Legislativo.

É certo que as políticas públicas privilegiam fins eleitorais e deixam parte da população marginalizada. É certo também que a velocidade das transformações sociais impede que o ordenamento jurídico regule todas as situações de vida. Mas é importante atentar para o fato

de que a soberania das deliberações populares é fruto de muitas revoluções e foram necessários milhares de anos para que a humanidade conquistasse o primado da lei.

Nesse contexto, na falta de uma solução normativa específica, a integração do ordenamento deve ser buscada na própria legislação, pois não é compatível com o Estado Democrático de Direito a substituição de critérios estabelecidos pelo legislador, ainda que sob fundamento de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

O Poder Judiciário tem um papel importante na criação do direito, mas suas propostas devem ser discutidas em órgãos colegiados e levadas, o mais breve possível, para deliberação dos poderes democraticamente instituídos. Em hipótese alguma, essa criação deve provir de decisões isoladas sem qualquer controle ou participação da coletividade.

Ressalte-se, por oportuno, que o texto constitucional tem mecanismos para enfrentar a omissão de legisladores ou a desconformidade da norma com as garantias constitucionais. Nas hipóteses de omissão legislativa, o Mandado de Injunção. Na impertinência da norma, o controle de constitucionalidade. O que não se afigura possível é ignorar os mecanismos concebidos para criar atalhos e soluções mágicas, sob qualquer pretexto.

Alternativas estranhas aos institutos previstos na Carta Magna são perigosas, ainda que a solução venha camuflada de defesa de princípios e garantias fundamentais. Afinal, na contramão das deliberações democráticas se esconde o terrível monstro do autoritarismo, que, na falta de limitantes, pode causar atrocidades que certamente a maioria da população, conscientemente, não gostaria de reviver.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao Processo Civil Alemão.** 2ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 26-27.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales.** Buenos Aires: EJE, 1964.

BÜLOW, Oskar Von. **Direito Positivo e a Função Judicial**. 1885. Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://eadsp.unichristus.edu.br/pluginfile.php/837850/mod_resource/content/1/02.%20Direito%20Positivo%20e%20a%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20Judicial.pdf. Acesso em: 27 jun. 2022.

CANOTILHO, José J. Goes. **Estado de direito**. Imprensa: Lisboa: Gradiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 10ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, ano 13, n. 2164, 4 jun. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12921>. Acesso em: 27 jun. 2022.

HIRSCHL, Ran. **A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos**. Tradução: Adauto Vilella. Livro Judicialização da Política, org. Luiz Moreira. São Paulo: Editorial 22, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In* Novos Estudos CEBRAP n. 58, nov. 2000, pp. 183-202.

SANTOS, Ernane Fidelis. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

SÉCULO XIX. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2022. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=S%C3%A9culo_XIX&oldid=63865269>. Acesso em: 27 jun. 2022.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Pág. 132.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAATZ, Igor. *Et ali*. **Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, Ano 14, Volume 21, Número 3, Setembro a Dezembro de 2020, p.296-327.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIANNA, Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 295.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Vol. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UnB, 2004.