

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

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

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

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

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

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

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

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

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais

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

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

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

Eventos:

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

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

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

Comunicação:

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

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

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

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

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

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, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

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. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

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

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

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

AUTORITARISMO JUDICIAL

JUDICIAL AUTHORITARIANISM

Marcos Augusto Maliska ¹
Hewerstton Humenhuk ²

Resumo

O movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

Palavras-chave: Poder judiciário, Voluntarismo jurisprudencial, Autoritarismo judicial, Punitivismo, Direito jurisprudencial

Abstract/Resumen/Résumé

The “Law and Order” movement shifted the Judiciary from a Guarantor perspective to another, of a punitive nature, that is, it incorporated two institutional objectives: combating corruption in public administration and crime in general. The displacement of the idea of a judge bound to the statute, to a judge committed to the effectiveness of the Constitution, led to jurisprudential voluntarism, characterized by the existence of judicial decisions without any concern for the coherence and integrity inherent in so-called jurisprudential law. The combination between the incorporation of institutional objectives of moralization and order, and the jurisprudential voluntarism, degenerated into judicial authoritarianism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial power, Jurisprudential voluntarism, Judicial authoritarianism, Punitivism, Jurisprudential law

¹ Professor de Direito Constitucional do Programa de Mestrado e Doutorado do UniBrasil, em Curitiba-PR. Procurador Federal. Artigo indicado pelo Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil – PPGD/UniBrasil

² Professor de Direito Administrativo da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Advogado. Artigo indicado pelo Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil – PPGD /UniBrasil

Introdução

As transformações políticas recentes ocorridas no Brasil parecem ter também impactado o Poder Judiciário. O movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista. O apoio popular às medidas de combate à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral ganhou espaço na magistratura que incorporou um discurso punitivista em nome do necessário e inadiável restabelecimento “da ordem”. Se os estudos de criminologia demonstram que desde a redemocratização o direito penal brasileiro tem sido sensível aos apelos de maior encarceramento como a principal medida de combate a criminalidade, o movimento político recente de “Lei e Ordem” recrudesceu essa política agregando a mesma um certo desprezo pelas garantias constitucionais. O lema “bandido bom é bandido morto” ganhou espaço institucional e se traduziu no discurso oficial de que algo urgente precisa ser feito, tanto para reduzir a criminalidade, quanto para extirpar a corrupção da máquina pública.

Tendo como pano de fundo esse cenário macro, que criou as condições para um ambiente judicial de natureza punitivista, a análise do desenvolvimento do atuar dos juízes no Brasil demonstra que o deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais que, com o objetivo de efetivar a justiça e resolver o caso concreto, passaram a se orientar livremente, sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito jurisprudencial.

No entanto, o voluntarismo jurisprudencial acabou por se degenerar em autoritarismo judicial, visto que deu as condições para uma leitura punitivista do sistema penal, distante das garantias constitucionais. O direito jurisprudencial comprometido de maneira não sistêmica com a normatividade da Constituição, ou seja, um direito jurisprudencial despido de integridade e coerência, autorizou uma interpretação livre do direito, que criou as bases de um “tudo é possível” na seara jurídica. Esse elemento interno do Poder Judiciário, aliado ao ambiente político macro acima descrito, que determinou a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, implicaram na combinação perfeita para o autoritarismo judicial.

O presente texto inicialmente discorre sobre a importância da compreensão do direito para além da lei e de como se faz necessário fortalecer um direito jurisprudencial íntegro e coerente. No segundo tópico aborda-se o voluntarismo jurisprudencial, como a combinação da busca pela efetividade da Constituição a partir de uma leitura assistemática dos princípios constitucionais criou um direito jurisprudencial disfuncional, fruto exclusivo da vontade

subjetiva do juiz. Por fim, no terceiro tópico, trata-se do autoritarismo judicial, a combinação entre voluntarismo jurisprudencial e objetivos institucionais de moralização e ordem.

1. O Direito para além da Lei

A concepção de que o Direito tem como fonte primeira e principal a lei estatal está vinculada à formação dos Estados Absolutistas modernos, que buscaram a centralização do poder político na figura dos reis.¹ Essa concepção, que tem sua origem no absolutismo político, encontrou respaldo na formação dos Estados de Direito com as revoluções do Século XVIII e continuou a desempenhar papel protagonista na definição do que seria o Direito.²

Essa trajetória de identificação do Direito com a Lei do Estado fortaleceu-se com a Escola da Exegese, uma concepção jurídica que dominou o mundo do direito da Europa continental. Ao lado desse sistema jurídico, o mundo ocidental experimentou dois outros sistemas que não tiveram propriamente a sua gênese assentada sobre a premissa do direito legislado: o direito romano e o direito inglês. Segundo Ehrlich (1989, p. 163), a experiência demonstra que a validade do direito para uma grande extensão territorial depende do Estado. No entanto, isso não pressupõe uma legislação generalizada, que claramente falhou no caso de dois grandes sistemas jurídicos. Os direitos romano e inglês não se desenvolveram por meio de leis. Em Roma, o trabalho era feito pelos juristas. Na Inglaterra, foram os juízes que, durante séculos, buscaram encontrar o direito adequado ao país. O Common Law é fundamentalmente uma obra dos tribunais londrinos. Somente o terceiro grande sistema jurídico, o francês, deve seu sucesso à legislação.

O direito romano desenvolveu-se e ganhou prestígio graças ao trabalho do jurista romano, que na sua função criadora do direito desempenhou papel fundamental para o desenvolvimento das inúmeras categorias jurídicas que, após a recepção pela Escola de Bolonha, se universalizou entre os países de tradição jurídica romano-germânica. A jurisprudência romana encontrava-se, no início de sua formação, diante da tarefa de derivar da vida real as disposições jurídicas gerais, generalizando de forma consciente, enfática e

¹ Segundo Ehrlich (1925, p. 83 e 91), historicamente, foi a concepção estatal do direito que promoveu a substituição da vinculação ao preceito jurídico (concepção mais abrangente da ideia de formalização jurídica que se contrapõe ao direito empírico) pela vinculação à lei. Com o Estado Absolutista a vinculação à lei ganhou novo sentido, o de ser expressão da plenitude do poder estatal e um meio de colocar o juiz a serviço de finalidades estatais.

² “A grande Revolução Francesa completou a tarefa do absolutismo francês com o desenvolvimento da burocracia estatal” (EHRlich, 1925, p. 93).

inteligente aquilo que observava na ordem interna das relações, transformando suas formas de pensamento e suas teses em normas. (MALISKA, 2015).

O direito inglês, por sua vez, foi obra do gênio dos juristas ingleses, que se fecharam à influência do direito romano e puderam desenvolver um direito sob categorias próprias, fortemente assentado na experiência jurídica do povo inglês. O fechamento dos ingleses à influência do direito romano teve como uma das principais causas, segundo Radbruch (2010, p. 32), a existência, na Inglaterra, de uma classe de juristas, que soube reservar para si a formação dos juristas na seara do direito pátrio. Quando a Inglaterra foi ameaçada pelo direito romano ela então já possuía uma classe de juristas e os primórdios de um direito jurisprudencial.

A ideia de que o direito provem da lei e que ao juiz é confiada a função de expressar a sua vontade, o juiz como a boca da lei, negou ao jurista o papel de criador do direito, retirando da função jurídica toda grandeza vista nos dois outros sistemas jurídicos.

A experiência do positivismo extremo, que desvinculou o direito da moral e deu características próprias ao sistema jurídico, assentado sob normas com caráter vinculante que possuem a sua validade formal em razão de provirem de uma autoridade estatal competente, cumpriu historicamente um papel de avalista de regimes políticos que violaram o consenso moral sobre os quais o direito deveria estar assentado.³ Essa violação dos fundamentos do direito, o consenso básico de uma sociedade bem ordenada, assentada em princípios de justiça e dignidade humana, levou à redefinição do conceito de direito o vinculando à moral, por meio dos princípios constitucionais estruturantes do sistema jurídico.⁴

Nesse contexto, a vontade da maioria na elaboração da lei passou a depender também da harmonia dessa lei com esses princípios fundadores do direito, assentados na Constituição. Esse fenômeno reforçou a jurisdição constitucional, ou seja, a competência do Poder Judiciário de velar pela observância desses principais constitucionais fundadores do direito.⁵

Ao lado desse fortalecimento da jurisdição constitucional, o recuo da ideia de que o direito provém da lei, pode ser explicado também pela ampliação da complexidade social das sociedades modernas, que não mais seriam passíveis de serem entendidas a partir de um código, ou seja, um sistema jurídico legislado abrangente, pronto a responder as mais diversas demandas sociais.⁶

³ Sobre o tema, o conceito de “injusto legal” de Radbruch (1946, p. 105-108).

⁴ Sobre a fundamentalidade e o conteúdo moral dos direitos humanos, ver: BARBOZA, 2014, p. 129 e seg.

⁵ Sobre essa temática e os desafios da jurisdição constitucional brasileira, ver: CLÈVE e LORENZETTO, 2016.

⁶ Segundo Neves (2009, p. 59-60), a partir de uma análise sistêmica, “a Constituição importa um nível reflexivo do código lícito/ilícito no interior do sistema, o código constitucional/inconstitucional. (...) O direito autofundamenta-se constitucionalmente. (...) a Constituição estrutura a abertura cognitiva do sistema jurídico, delimitando-lhe a capacidade de aprendizado e reciclagem”.

Aqui, conceitos como heterogeneidade social, pluralismo e diversidade possuem impacto direto na noção de direito. Formas de autorregulação social passam a disputar espaço na seara própria do direito. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 1451), “a consideração das objeções multiculturais obriga a teoria da Constituição a insistir numa nova função da lei fundamental: a função de estruturar e garantir um sistema constitucional pluralístico”.

De igual forma, a internacionalização do direito, ou seja, a criação do direito tanto por organismos internacionais com abrangência global, quanto regionais, bem como por organismos supranacionais, dão novos contornos às fontes do direito.⁷ Aqui, inclusive, merece referência a criação de tribunais internacionais, cuja jurisdição passa a concorrer com a jurisdição dos tribunais nacionais.⁸

Diante desse novo cenário, o direito passou a ser compreendido para além da lei. No caso específico brasileiro, a busca por efetividade da Constituição relativizou o papel da lei em nome da Constituição. O Poder Judiciário passou a desconsiderar a lei quando em confronto com a Constituição e com os objetivos nela constantes. Os princípios constitucionais passaram a guiar a ação dos juízes, que passaram a assumir maior protagonismo na definição do direito.

A nova jurisdição constitucional passou a conferir ao juiz o protagonismo na criação do direito. O juiz passou a ter um papel político importante, pois ele assumiu a função de efetivar a Constituição, vincular o direito à moral, buscar efetivar a ideia de justiça. Segundo Binenbojm (2004, p. 9-10), o projeto constitucionalista pretende “erigir um governo que respeite, a um só tempo, a soberania popular, expressa pela regra da maioria, e os princípios consagrados na Constituição. À jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas”.

No caso brasileiro, esses objetivos todos se desenvolveram sem uma metodologia própria. O judiciário foi exercendo o seu papel segundo a concepção de cada juiz. Uns mais arrojados que outros, sempre muito preocupados em realizar a justiça no caso concreto e de como melhor resolver o problema apresentado, a jurisdição constitucional brasileira foi se ampliando significativamente, constitucionalizando os diversos ramos do direito (civil, penal, processual, trabalhista, administrativo etc.)

⁷ Nesse sentido, entre outros, MERRY, 2014, p. 108–122: “O campo jurídico global é constituído por uma ampla gama de direitos, diretrizes, recomendações, práticas e padrões que são impostos de maneira múltipla, sobreposta e às vezes inconsistente”.

⁸ Sobre a concorrência de jurisdições, ver MAZZUOLI e GOMES, 2015.

A ideia romântica de um retorno à lei, no sentido do positivismo clássico, parece dá mostras de que é incompatível com a complexidade das sociedades atuais, que marcadas por um processo de globalização tecnológica, rompeu territórios, línguas e hoje se apresenta como um desafio para as organizações políticas, em especial, para a forma democrática de exercício do poder.⁹ Como a democracia irá se estruturar nessa nova realidade é uma pergunta ainda sem resposta.

De todo modo, sob o ponto de vista político e democrático, a pluralização das fontes do direito ainda passa pelo monopólio do exercício da força pelo Estado. O Estado ainda detém a última palavra sobre o que é o direito e sobre a sua força vinculante, pois ele ainda é a única associação social com legitimidade para impor a força física. Concordando com Ehrlich (1989, p. 163), a validade do direito em um grande espaço territorial pode não mais depender da lei estatal, mas dificilmente deixará de depender do poder do Estado. É nesse contexto que entra o papel do juiz nessa nova configuração do que seja o direito. O juiz é a autoridade estatal que dá validade ao direito em casos de conflito. O direito existe onde existe sociedade e ele é por ela criado. No entanto, em casos de conflito, a autoridade estatal é chamada para impor o direito contra aquele que não o cumpre. Se esse direito provém da lei estatal, dos costumes, das normas das associações, do direito internacional, enfim, das diversas fontes jurídicas, trata-se de uma tarefa do judiciário observar qual direito irá regular o caso. No entanto, a criação do preceito jurídico pela norma de decisão judicial impõe ao judiciário o dever de previsibilidade de suas decisões.

2. Do Voluntarismo Jurisprudencial....

O processo de expansão da jurisdição constitucional brasileira promoveu inicialmente aquilo que nesse artigo iremos chamar de “voluntarismo jurisprudencial”. O voluntarismo jurisprudencial significa a existência de decisões judiciais que, no afã de efetivar a justiça e resolver o caso concreto, orientam-se livremente sem se preocupar com a *ratio decidendi*¹⁰ do julgado, o que acaba por levar a um sistema jurídico de não observância de precedentes.¹¹

⁹ Segundo Runciman (2018), um dos fatores que distingue a crise atual das outras que a democracia enfrentou no passado encontra-se na revolução da informática, que “alterou por completo os termos em que a democracia precisa operar. Passamos a depender de formas de comunicação e compartilhamento de informação que escapam tanto ao nosso controle como à nossa plena compreensão”.

¹⁰ Segundo Barboza (2014, p. 217), “a *ratio decidendi* é uma decisão dada por um juiz de modo expresso ou implícito que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pela argumentação das partes em um caso, sendo um ponto necessário à fundamentação da decisão no caso”.

¹¹ “Pode-se definir como regra geral que o precedente é a parte da decisão de um Tribunal que vincula Tribunais de mesma hierarquia ou Tribunais inferiores, ou seja, seria aquela parte cujo enunciado contenha a razão ou o

São inúmeros os casos que podem aqui ser referidos para exemplificar esse voluntarismo jurisprudencial. No artigo “A Justiça como Caridade do Sábio”, publicado no Jornal Gazeta do Povo, de 02 de setembro de 2010, Maliska (2010) tratou de uma questão judicial que demonstra bem esse voluntarismo jurisprudencial. Tratou-se de candidato que não efetuou o pagamento da taxa de inscrição de processo seletivo público, o que, segundo o edital, era condição para a efetivação da inscrição. A decisão judicial liminar, fortemente impactada pela situação dramática resultante do confessado esquecimento do candidato em realizar o pagamento da taxa, autorizou o candidato a participar do certame. Os argumentos utilizados na liminar para deferir o pedido (direito à educação) foram refutados pela Sentença de mérito, que expressamente reconheceu que o juízo tem sempre respeitado as condições editalícias. No entanto, a Sentença manteve a liminar sob outro argumento, a perda de objeto da ação decorrente de fato consumado, ou seja, a aprovação do candidato no certame.

Nesse caso específico, o Judiciário se sensibilizou com os argumentos do candidato de que estava estudando muito para o certame e que em razão disso havia esquecido de realizar o pagamento da taxa, e discricionariamente deferiu a sua participação no processo seletivo. Por certo que essa decisão não servirá de referência futura para outros casos, visto que provavelmente se um advogado alegar a sobrecarga de trabalho no escritório como argumento para o esquecimento de interposição de um recurso de apelação sob o fundamento do direito de acesso à justiça, é bem provável que o seu recurso não seja conhecido, por intempestividade.

Uma vez a decisão não servir como referência para outros casos, ela remanesce como expressão do voluntarismo jurisprudencial, ou seja, é compreendida dentre aquelas decisões que acabam sendo fruto direto do poder de dizer o direito sem o compromisso normativo futuro das suas consequências.

Se esse entendimento jurisprudencial é justificável sob o ponto de vista do Estado paternalista, ele encontra dificuldades insuperáveis sob o ponto de vista do Estado de Direito Constitucional, assentado sob a ideia de igualdade. No dizer de Barboza (2014, p. 239-240), “a igualdade é base da segurança jurídica, assim como o é a justiça. (...) É necessário (...) que o princípio da igualdade, como atributo da segurança jurídica, prevaleça nos tribunais no sentido de que casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante”.

Aqui não se trata de suposta simples violação do princípio geral de igualdade, mas de um tratamento singular que não tem consistência para reger casos futuros. O voluntarismo

princípio segundo o qual a questão foi decidida perante a Corte. Esse princípio que fundamenta a decisão e forma a parte impositiva dela, formando um precedente, é que é considerado a *ratio decidendi*”. (BARBOZA, 2014, p. 217).

jurisprudencial é incompatível com o Estado de Direito, pois ele vem descompromissado com a universalização da *ratio* que o embasa. A preocupação é usar o poder de dizer o direito para resolver o caso concreto que se apresenta.

A universalização das razões de decidir se apresenta como um eficiente instrumento de controle sobre a criação do direito, pois com ela se tem a observância dos precedentes jurisprudenciais vinculantes tanto verticalmente quanto horizontalmente na estrutura do Poder Judiciário. A reflexão mais abrangente do juiz quanto aos argumentos jurídicos lançados e a sua universalização para casos futuros se apresentaria como um elemento importante de previsibilidade e limite a essa função criadora do direito.¹²

No entanto, a experiência demonstra que o judiciário brasileiro está ainda distante da compreensão do significado da ideia de direito jurisprudencial. Em um sistema jurídico de direito jurisprudencial nem sempre o juiz tem mais liberdade, visto que se ele não está vinculado à lei, ele se encontra vinculado ao precedente, que muitas vezes, ao estar inserido nos elementos fáticos do caso concreto, restringe ainda mais a liberdade do juiz.

Se o voluntarismo jurisprudencial estava imbuído da realização da justiça, com vistas a efetividade dos direitos fundamentais assentados na Carta Constitucional, ele acabou se degenerando em autoritarismo judicial, quando o Poder Judiciário politicamente incorporou dois objetivos institucionais, consistentes na cruzada contra a corrupção na administração pública e contra a criminalidade em geral.¹³ Tais objetivos institucionais, saudados como necessários em nome da moralidade administrativa e da ordem pública, aliados a ausência de previsibilidade das decisões judiciais, transformam o Poder Judiciário em uma ameaça efetiva à ordem democrática.

3. ao Autoritarismo Judicial

Sem querer adentrar ao mérito da importância do combate à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral, a questão que parece ter levado o Judiciário do voluntarismo

¹² Interessante a observação da Radbruch (2010, p. 58-59) sobre a maior ou menor liberdade do juiz inglês em comparação com o juiz da Europa continental. Para o autor, a magistratura inglesa como um todo “seria mais criadora do Direito, mas o juiz isolado mais vinculado do que na jurisprudência continental”. Essa conclusão encontra-se assentada no trabalho comparativo do sistema inglês e do sistema continental europeu, realizado pelo Professor de Oxford, Arthur Lehmann Goodhart.

¹³ O conceito “autoritarismo judicial” apresenta-se no presente artigo como um “tipo ideal” ou, seja, uma construção heurística que não se apresenta de forma pura na realidade ou, nas palavras de Freund (1975, p. 51), “o tipo ideal não precisa identificar-se com a realidade no sentido em que exprimissem a verdade ‘autêntica’ desta”. Ou seja, quando se falava em autoritarismo judicial se pretende mostrar que prepondera, no contexto da análise do Poder Judiciário, esse conceito.

jurisprudencial ao autoritarismo judicial encontra-se no abandono de uma posição mais garantista, por outra, de cunho punitivista.

Quando o judiciário se coloca objetivos, ele assume um risco muito grande, que em última *ratio* se relaciona com os seus princípios de independência e imparcialidade, os quais são imprescindíveis para o funcionamento democrático do aparelho estatal. A diferença básica entre o voluntarismo jurisprudencial e o autoritarismo judicial encontra-se no fato de que no primeiro, ainda que predominasse a não preocupação com a universalização das razões de decidir, a justiça realizada no caso concreto tinha objetivos limitados ao caso e comprometidos com a efetividade de direitos constitucionais. Em alguma medida, e em nome da efetividade da Constituição, se criava o direito para fins pontuais não universalizáveis. Proliferaram decisões contra a administração pública questionando decisões discricionárias que, na prática, substituíam a discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz. Assim, por exemplo, as decisões que trataram a carência de um ano para o candidato já formado participar do processo seletivo de ocupação de vagas remanescentes de universidade pública federal. A legítima decisão da comunidade universitária foi substituída pela opinião subjetiva do juiz que entendeu que um ano seria muito tempo e que tal exigência não seria adequada. O consolidado entendimento da possibilidade de o Poder Judiciário controlar os atos discricionários da administração não autoriza a invalidação de norma administrativa sem a real demonstração de excesso da norma. O controle é sobre o excesso e não sobre a escolha propriamente da administração. No caso, a autoridade administrativa motivou a restrição argumentando a necessidade de se dar ao recém-formado a possibilidade de experimentar o exercício da profissão para a qual acabou de se habilitar.

Já com o autoritarismo judicial, o judiciário cria direito que restringe a posição garantista e privilegia a posição punitivista. A atuação do Poder Judiciário, assentado em uma racionalidade voltada a fins, orienta a decisão judicial. Os casos envolvendo a quebra de sigilo bancário de escritórios de advocacia servem de exemplo para o predomínio dessa visão no Poder Judiciário brasileiro.¹⁴ A questão envolve o necessário equilíbrio entre o Estado acusador e a defesa, a chamada paridade de armas. A decisão judicial aceitável em um Estado Democrático de Direito decorre dessa premissa, sob pena de se fazer justiça fora dos limites constitucionais. O advogado não se confunde com seu cliente. A inviolabilidade do advogado e o sigilo dos dados oriundos da relação com o cliente são prerrogativas fundamentais para o

¹⁴ Conforme <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/justica-quebra-sigilo-bancario-escritorio-mariz-oliveira> Acessado em 30 de março de 2019.

exercício da atividade profissional.¹⁵ De igual forma, merece referência a título de reflexão para os objetivos do presente artigo, a decisão proferida nos autos do Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5000409-31.2018.4.04.7009/PR, relacionados à chamada “Operação Carne Fraca”, que indeferiu preventivamente eventual pedido para que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB acompanhasse a deslacração dos malotes/volumes de material eventualmente apreendido em escritórios de advocacia objeto de busca e apreensão.¹⁶ A decisão, que indefere a participação da OAB, conclama a autoridade estatal que irá cumprir a ordem para que observe as cautelas legais necessárias. A participação de representante da OAB é assim substituída pelo autocontrole da autoridade estatal.

Para Salgado (2018), o Poder Judiciário que atua segundo a moralidade subjetiva de seus agentes, se apresenta como um novo agente de ataque ao constitucionalismo. O populismo, um inimigo íntimo da democracia, passa a ser protagonizado pelos magistrados, que ignoram as normas jurídicas para decidir sobre o que é justo. Segundo ainda a autora, usa-se a gramática da exceção para permitir que magistrados atuem para além do Direito em nome do interesse público ou de sua visão perfeccionista e até para restringir prerrogativas de agentes públicos eleitos democraticamente. O mesmo tem ocorrido com o controle abstrato de constitucionalidade, com a suspensão de Emenda Constitucional por decisão monocrática sem fundamento jurídico e com o apelo a uma fictícia origem democrática de uma lei que ofende diretamente a Constituição.

Pastana (2009), no artigo escrito em 2007 intitulado “Justiça Penal Autoritária e Consolidação do Estado Punitivo no Brasil”, sustentou que a transição democrática brasileira esbarrou na enorme dificuldade de inserir a atuação penal nesse paradigma político, falando em verdadeira imunidade do sistema penal ao processo de democratização. A autora apontou para um discurso democrático e uma prática autoritária da justiça penal, visto que na sua análise desde a abertura política, ocorrida em 1985, a política criminal voltou-se para a ampliação da repressão e o uso contínuo do encarceramento.

A singularidade sustentada no presente artigo, que procura demonstrar um autoritarismo judicial decorrente do distanciamento do Poder Judiciário da sua função de órgão julgador

¹⁵ Conforme <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/advogados-quebrar-sigilo-mariz-tentativa-criminalizar-advocacia> Acessado em 30 de março de 2019.

¹⁶ Dispõe o art. 7º, par. 6º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei 8.906/1994) que “presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

imparcial para a de órgão comprometido com finalidades estatais, vai além da compreensão de que esse novo momento vivenciado no país possa decorrer apenas de um agir subjetivo dos magistrados, pois esse agir subjetivo já era possível de ser identificado no voluntarismo jurisprudencial. O agir subjetivo vincula-se à liberdade do juiz da lei. A ideia de supremacia principiológica da Constituição promoveu avanços sob o ponto de vista da efetividade da Constituição e de um poder contramajoritário muito importante em uma democracia pluralista complexa e dinâmica. No entanto, essa prática sem método, realizada a partir da percepção subjetiva de cada magistrado, que se considera livre para julgar e que não se encontra vinculado a precedentes¹⁷, promoveu um direito jurisprudencial casuísta e sem previsibilidade.

A análise de Pastana (2009) demonstra o quanto há muito a justiça penal brasileira tem características autoritárias. No entanto, o recente movimento político de “Lei e Ordem” dá novos contornos a esses traços autoritários. Esse movimento deslocou o Poder Judiciário de uma posição garantista para outra, de natureza punitivista. Esse deslocamento se deu mediante a incorporação de dois objetivos institucionais muito caros ao movimento de Lei e Ordem, os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O autoritarismo judicial aqui descrito não se caracteriza apenas pela incorporação desses objetivos, mas também pela ausência de previsibilidade das decisões judiciais, que acaba por impossibilitar mecanismos efetivos de controle da ação jurisdicional.

Segundo Brugger (2005), a determinação da “pessoa humana dos direitos humanos” consiste na condução de vida autônoma, com significado e responsabilidade. A proposta tem cinco elementos: (i) autonomia, consistente na possibilidade da pessoa de se colocar objetivos, desenvolver um plano de vida individual, segui-lo e defendê-lo; (ii) significação, que lembra o fato antropológico, fundamental, de que o desenvolvimento individual, assim como grupal, do povo ou voltado ao gênero do homem e de suas comunidades, é sustentado pela cultura considerada, ou seja, a cultura é a segunda natureza do homem; (iii) responsabilidade, entendida como a) reciprocidade, b) responsabilidade por violações de direitos e c) responsabilidades sociais, para os casos em que se possa exigir dos membros de uma comunidade jurídica que respondam pelo risco de fracasso de planos de vida de indivíduos isolados e de toda a comunidade; (iv) proteção da vida e (v) condução de vida, como elemento conclusivo e centralizador da forma de vida dos direitos humanos, que implica, além da mera possibilidade

¹⁷ Segundo a pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos”, realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, 52% dos magistrados de primeiro grau responderam que o juiz não deve se pautar por jurisprudências e que o sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do magistrado. Os juízes de segundo grau apresentaram um padrão de resposta semelhante. (VIANNA, 2018, p. 109).

de sobrevivência e proteção da vida, pelo menos, uma medida mínima de liberdade para um estilo de vida individual.

Quanto à responsabilidade por violações de direitos, uma sociedade entendida juridicamente deve atentar para que direitos não sejam somente postulados, mas também observados e que, em caso de violação, sejam restabelecidos e compensados. Nas ordens jurídicas modernas servem a esse objetivo o direito do delito, atrelado a obrigações de indenização quando haja violações jurídicas ilícitas, e o direito de condições, que atrela desvios imotivados (sem justa causa) de patrimônios a obrigações de devolução; disso faz parte, naturalmente, também, todo o direito penal (BRUGGER, 2005).

A análise de Brugger nos chama a atenção para o dever do Estado Constitucional de apurar as violações do direito. Em última análise, uma sociedade que não apura a violação de direitos a rigor não pode dizer que tem direitos humanos. Assim, é importante compreender que não se combate à impunidade com punitivismo violador de garantias constitucionais, pois o Estado Constitucional condiciona a apuração da violação do direito à apuração da violação do direito nos limites do próprio direito.

Por mais que se possa dizer que o esforço do Poder Judiciário em dar respostas à violação da lei esteja se dando nos limites do Estado de Direito, o ambiente punitivista dominante tende a conduzir a atuação jurisdicional para uma racionalidade de fins, em que prevalece o objetivo de dar respostas. Afasta-se a imparcialidade e a independência do judiciário como garantidor de uma racionalidade de meios, para se assumir objetivos estatais que devem prevalecer em nome da necessária resposta que o Estado deve dar às demandas por ordem e moralidade.

A racionalidade orientada a fins instrumentaliza os agentes e o processo em nome dos objetivos para os quais atua. O comprometimento da imparcialidade e da independência do Poder Judiciário encontra-se justamente nessa instrumentalização, visto que ele deixa a condição de agente independente e imparcial e incorpora os objetivos da ação estatal. Nesse ambiente o juiz tende a ser mais sensível à demanda por justiça da promotoria aos argumentos de direito da defesa.

A racionalidade como característica do direito moderno foi abordada por Weber (2009, p. 142), que via na especialização jurídica a superação da vigência pessoal que caracterizava as formas antigas de expressão do direito. Essa racionalidade jurídica, conectada com o sentido mais amplo de racionalização que marca a modernidade, foi objeto da crítica marxista que a via

como racionalidade instrumental, dirigida a fins, cujo objetivo era a coisificação do homem e das relações humanas em nome do lucro, princípio norteador do sistema capitalista.¹⁸

A incorporação das contradições da sociedade capitalista no seio do direito e, em especial, no seio do direito constitucional, implicou em uma releitura dessa visão instrumentalizadora do direito em nome de uma racionalidade jurídica mais complexa e abrangente, não mais apenas dirigida pelo código legal/ilegal, mas também pelo código constitucional/inconstitucional. O direito assim deixou de ser apenas instrumento de dominação legítima do sistema racional capitalista moderno, mas também campo de resistência e afirmação de direitos de diversas ordens: direitos dos trabalhadores, direitos das mulheres, direito ambiental, direito indígena, direito das minorias em geral, direito de participação política nas decisões estatais – direito de participação na organização e procedimentos de realização, etc.

Paradoxalmente, esse mesmo processo de superação de uma visão instrumental do direito voltada a fins por meio da incorporação da jurisdição constitucional, degenerou-se em um voluntarismo jurisprudencial incapaz de substituir com segurança o direito legislado pelo direito jurisprudencial. A principiologia constitucional aplicada sem o rigor necessário para se dar estabilidade ao direito jurisprudencial criado com base na Constituição a partir de casos concretos, preparou o terreno para um uso em sentido contrário, no qual a instrumentalização do direito retorna sob a face que privilegia a ação punitivista do Estado à afirmação de direitos fundamentais.

Um argumento contrário a tese do autoritarismo judicial sustentado no presente artigo pode ser dirigido nos seguintes termos: não há elementos concretos efetivos que possam levar à conclusão de corrosão das garantias constitucionais, visto que a liberdade de atuação do juiz e do Poder Judiciário revelam a ausência de mecanismos de controle autoritários.

A esse argumento é possível dirigir duas objeções. A primeira refere-se ao caráter seletivo do autoritarismo judicial. A combinação entre motivação moralizadora e ausência de previsibilidade das decisões tem uma direção certa, qual seja, a seletividade na aplicação do direito. A segunda objeção diz respeito às formas de autoritarismo que tendem a se desenvolver no século XXI. Como diz Runciman (2018) sobre as ameaças atuais à democracia, “ao nos concentrarmos no fascismo e nos golpes de Estado como as principais ameaças, miramos os

¹⁸ Note-se que o próprio Weber (2009, p. 142) identifica essa instrumentalização quando aborda o direito mercantil. Segundo o sociólogo alemão, alguns tipos de contratos no Código de Comércio alemão, em especial o contrato com a intenção de revenda lucrativa, “está definido, bem no sentido de um direito racionalizado, não pela citação de qualidade formais, mas pela referência ao sentido racional com relação aos fins do ato comercial concreto: o lucro por meio de outro ato comercial futuro”. Sobre o tema, ver CAMARGO, 2013.

alvos errados. Nossas sociedades são complexas demais para colapsar da mesma maneira”. Portanto, o autoritarismo dos dias atuais tende a ter uma capa de aparência democrática.

Considerações Finais

A importância de um direito jurisprudencial assentado na normatividade da Constituição é inquestionável em uma ordem constitucional democrática e pluralista. Assim, o retorno à lei, ao monismo jurídico, parece incompatível com a ideia de pluralismo que norteia o constitucionalismo inclusivo. No entanto, esse direito jurisprudencial precisa de método, consistente na existência de um sistema previsível, que possa gerar segurança jurídica.

Essa deficiência do direito jurisprudencial pátrio, que procurou dar efetividade à Constituição sem propor uma nova metodologia jurídica, deixou vulnerável os avanços conquistados no período. Com a mudança da compreensão política macro acerca do papel do Poder Judiciário, ou seja, o apelo para que o Poder Judiciário lidere o processo de moralização da administração pública e de combate a criminalidade em geral, criou um ambiente de autoritarismo judicial, visto que a frouxidão na interpretação das regras passou a ser um instrumento importante na busca desses objetivos.

Isso não implica em dizer que as garantias constitucionais foram abandonadas, pois a mudança é de interpretação sobre essas garantias. O pêndulo se deslocou da posição de imparcialidade e independência para outro, que tende a ser sensível às medidas corretivas. A incorporação abrupta de um direito penal negociado exacerbou o poder de dizer o direito e de conduzir o processo. Aqui não se afasta, inclusive, as críticas quanto à seletividade das escolhas, visto que o sucesso do objetivo alcançado se transforma em ponto importante de legitimação dessa nova forma de praticar o direito penal. Nesse ponto, entra em cena o papel das mídias e de como a política também passa a ocupar um espaço nessa nova forma de fazer justiça criminal. O deslocamento de uma visão garantista para uma visão punitivista resulta do apelo popular, que é moldado e conduzido pelas mídias junto à opinião pública.

No contexto das discussões sobre as reais ameaças às democracias no Século XXI, o diagnóstico colocado no presente texto tem por finalidade chamar a atenção da comunidade jurídica para a importância de se recolocar o judiciário como órgão imparcial e independente, que se desincumbe da função de promotor de política criminal. O desalinhamento entre promotoria e justiça é fundamental para o Estado Constitucional. O combate a criminalidade em geral e a corrupção na administração pública deve ser um objetivo permanente do Estado, mas esse combate não pode ser feito às custas da instrumentalização da Constituição. A

tolerância para com uma interpretação que flexibilize garantias constitucionais em nome de objetivos institucionais pode apresentar resultados imediatos alvissareiros, mas o longo prazo demonstrará o erro dessa escolha.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica. Fundamentos e Possibilidade para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRUGGER, Winfried. A pessoa humana dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito do UniBrasil**. nº 5. Jan/Dez 2005, p. 255-270.

CAMARGO, Silvio. Lições weberianas em György Lukács. **Novos Rumos**, v. 50, nº 1, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

EHRLICH, Eugen. **Die juristische Logik**. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925.

EHRLICH, Eugen. **Grundlegung der Soziologie des Rechts**. 4a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. A Justiça como caridade do sábio. **Gazeta do povo**, Curitiba-PR, p. 2 - 2, 02 set. 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira e GOMES, Eduardo Biacchi (Orgs.). **Direito da Integração Regional. Diálogo entre jurisdições na América Latina**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MERRY, Sally engle. Global Legal Pluralism and the Temporality of Soft Law. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, Vol. 46, No. 1, 2014, p. 108–122.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PASTANA, Débora. Justiça Penal Autoritária e Consolidação do Estado Punitivo no Brasil. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009.

RADBRUCH Gustav. **O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana**. Edição coordenada por Heinrich Scholler e Marcos Augusto Maliska. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristenzeitung**, 1, 1946, p. 105-108.

RUNCIMAN, David. **Como a Democracia Chega ao Fim**. Trad. Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, nº 117, p. 193-217, 2018.

VIANNA, Luiz Werneck e outros. **Quem somos. A Magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da UNB, 2009.