XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

HEITOR DE CARVALHO PAGLIARO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Heitor de Carvalho Pagliaro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-804-2
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
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-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

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Na ocasião do XXVIII do Encontro Nacional do CONPEDI, o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica reuniu pesquisas notadamente na área da hermenêutica jurídica. O debate científico realizado a partir das treze pesquisas apresentadas teve como foco os princípios, com forte ênfase doutrinária. A maior parte dos trabalhos enfrenta questões de ordem teórica e outra parte analisa casos concretos.

De um lado, a precisão e a objetividade das regras atendem aos ideais de segurança jurídica, previsibilidade e estabilização das relações sociais. De outro lado, a generalidade e subjetividade dos princípios possibilitam a flexibilidade do direito frente às especificidades dos casos concretos. O excesso de ênfase nas regras pode afastar a equidade, entendida como a adaptabilidade do direito na aplicação da justiça no caso concreto, ao passo que o excesso de princípios pode conduzir a uma ampliação prejudicial e desmedida das possibilidades de interpretação,

Como o juiz deve interpretar as leis? Essa resposta não está nas leis – salvo poucas exceções nas quais a própria legislação dispõe que algo deve ser ou não deve ser interpretado de determinado modo. Também não está na ciência jurídica, pois não há consenso teórico a respeito disso. Kelsen, na Teoria Pura do Direito, se perguntou se existe uma interpretação ideal, melhor do que as demais, e respondeu que não há. Então o juiz faz uma escolha de qual técnica interpretativa empregar no momento da prestação jurisdicional. É sobre essa escolha que recai toda a preocupação da hermenêutica jurídica. É nesse ponto que política e direito se encontram, pois determinada concepção de direito e de sociedade será levada em conta nessa escolha, isto é, alguns valores e conceitos serão tomados como ponto de referência na decisão judicial.

É nesse sentido que Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann defendem que a interpretação principiológica não pode prescindir de uma sólida teoria hermenêutica do direito, alertando para o risco do uso indiscriminado dos princípios e promovendo uma reflexão sobre a ideia de discricionariedade judicial, própria do que alguns teóricos denominam como pós-positivismo. No mesmo tema, Vitor Oliveira Rocha Fontes escreve sobre a discricionariedade judicial, com base no pensamento de Dworkin, apresentando críticas à teoria neoinstitucionalista do processo. A abertura que os princípios conferem à interpretação do direito pelo poder judiciário torna possível o fenômeno do

ativismo judicial, tema que é estudado por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto em contraste com o princípio da legalidade. O autor analisa tal questão tendo como plano de fundo a distinção entre o poder legislativo e judiciário. Na mesma esteira, considerando a necessidade da interpretação para a efetividade do direito, Ana Cristina Lemos Roque e Leiliane Rodrigues Da Silva Emoto procuram demonstrar como a hermenêutica é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Caroline Lais da Silva Stelmach, por sua vez, discute a teoria da integridade de Dworkin, relacionando-a com o Direito Processual Civil brasileiro.

Alguns trabalhos do GT, sem perder de vista o debate hermenêutico, tiveram como foco um problema concreto. Maria Eliane Carneiro Leão Mattos e Gabriela Martins Carmo criticam a abertura conferida pela discricionariedade judicial no que diz respeito aos alimentos provisórios, levantando discussões baseadas em Hart, Dworkin e Alexy, sobre os limites do poder de interpretação dos juízes. Évelly Salvador Miranda e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão analisam, com base nos direitos fundamentais, o direito ao nome do natimorto, como direito da personalidade, construindo uma interpretação analógica, tendo como referência o nascituro. As autoras apontam a necessidade de uma legislação federal para regulamentar essa questão, mas ponderam as possíveis consequências que tal direito poderia deflagrar no âmbito do direito civil.

O texto de Anna Paula Bagetti Zeifert e Emmanuelle de Araujo Malgarim aborda a ideia de existência de uma razão pública, refletindo criticamente sobre o que seria o bem comum, partindo do pensamento de John Rawls. Este autor também é referencial teórico no trabalho de Giovanni Galvao Vilaca Gregorio, que constrói uma reflexão sobre o direito à saúde entendido como bem social primário, tendo como base a teoria da justiça como equidade. Com base no mesmo filósofo, Jean Carlos Dias e Shirley da Costa Pinheiro analisam o conceito de justiça distributiva, a partir das relações entre igualdade e desigualdade. Além disso, os autores apresentam uma reflexão sobre como as desigualdades sociais deflagram diferentes graus de liberdade individual. Mauricio Fiorito desenvolve uma pesquisa sobre a justiça distributiva e a equidade, com base em Aristóteles, para pensar, a partir disso, questões relacionadas à justiça eleitoral.

Sublinhando a pluralidade de autores e teorias que permeiam o tema do GT, o trabalho das pesquisadoras Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal abordam um caso concreto envolvendo decisões da justiça eleitoral no município de Valença, no Piaiu, analisadas sob a perspectiva da teoria de Amartya Sen, tendo em vista ideias de ações afirmativas, direitos políticos e igualdade de gênero. Por fim, Maria Izabel Dos Reis Rezende e Viviane Aprigio Prado e Silva têm como objeto de pesquisa o anteprojeto de lei anticrime proposto por Moro.

As autoras elaboram reflexões sobre a proposta legislativa tendo como referências os pensamentos de Dworkin, Streck, Rawls e Abamben, discutindo as ideias de leis injustas e desobediência civil.

Essas são, em linhas gerais, as pesquisas que integram o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica dessa edição do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI. O debate entre os pesquisadores que apresentaram trabalhos e os coordenadores do GT resgataram a clássica distinção grega entre o governo de leis e o governo de homens. As leis não são autoaplicáveis, por isso não há um governo só de leis. Os agentes públicos do Estado, em todas as esferas, não agem como querem, mas são vinculados à legislação, por isso não há um governo só de homens. O poder é exercido por homens, com base em leis. Estas se expressam por meio da linguagem, sobretudo escrita, e é por esse meio que os homens constroem, conhecem e aplicam as normas. Portanto, a interpretação é necessária. Pensando assim, pode-se falar de um governo de intérpretes, isto é, de homens com base em leis. É nesse ponto que as discussões do GT revelam sua importância e atualidade, pois pensar sobre a interpretação do direito é pensar sobre como o poder legítimo é exercido na sociedade.

Goiânia, junho de 2019.

Prof. Dr. Heitor de Carvalho Pagliaro - UFG

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

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.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCIPIO DA LEGALIDADE EM CONFRONTO COM O ATIVISMO JUDICIAL

CONSIDERATIONS ON THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CONFRONTATION WITH JUDICIAL ACTIVISM

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto [1]

Resumo

Marca do Estado Constitucional de Direito, o princípio da legalidade é elemento fundamental na estrutura política que regula o poder. Mas, em que pese esse reconhecimento, o que se vê na atualidade é um claro confronto entre legalidade e ativismo judicial, forma de atuação da magistratura que, nesse particular, se mostra como um retrocesso democrático. Afinal, de há muito abandonamos o governo de homens e consolidamos um governo de leis, não se podendo permitir que um juiz – com razões dotadas de alta carga de subjetividade – substitua a objetiva manifestação política de um parlamento democraticamente eleito.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Legalidade, Ativismo judicial, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The mark of the Constitutional State of Law, the principle of legality is a fundamental element in the political structure that regulates power. But, if so, this recognition, what it sees nowadays is a clear confrontation between legality and judicial activism, and the manner of acting of the judiciary, which in particular shows itself as a democratic setback. After all, it has long since abandoned the rule of men and consolidated a rule of law, not allowing a judge with those with a high degree of subjectivity - to replace a political manifestation of a democratically elected parliament.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Legality, Judicial, Activism, Democracy

[1] Mestre/Doutor em Direito (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIVALI. e do curso de graduação da UFSC. Desembargador TJSC.

INTRODUÇÃO

Uma das principais características - se não a principal - do Estado Moderno é a submissão da vontade do detentor do poder ao previsto em lei, compreendida como norma geral e abstrata, construída a partir de regras previamente determinadas. É o chamado governo submetido a leis e exercido por leis ou, ainda, um governo de leis em lugar de um governo de homens.

Ainda que transitando entre diversos modelos, tal característica nunca foi abandonada, mas sim reforçada ao longo dos anos. Quando do surgimento do Estado Moderno, em sua primeira versão, a legalidade tornou-se expressão da própria liberdade, na medida em que ninguém mais era obrigado a fazer algo, a não ser que previsto em lei. Era o liberalismo em sua essência. Esgotado este, o que se manifestou em meados do século XIX, surge o Estado Social, que mantém tal característica, até seu momento derradeiro, onde se percebe que a falta de vinculação material é que era efetivamente o problema.

Porém, em lugar de se abandonar o princípio da legalidade, ocorre sim o seu reforço com a colocação das constituições em espaço de destaque nos sistemas políticos, não mais apenas no seu aspecto formal, mas também no seu aspecto material, o que passa a ser a marca principal do Estado Constitucional e Democrático de Direito: em lugar de um estado legislativo, um estado constitucional de direito.

Pois justamente neste ponto é que se encontra a situação que se pretende abordar: como sustentar o ativismo judicial, aqui compreendido como uma atuação calcada em interpretações extensivas e que procuram implementar um sistema legislativo ideal em detrimento do real, frente a fundamentalidade do princípio da legalidade no Estado Constitucional de Direito?

1. A LEGALIDADE COMO ELEMENTO CENTRAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Antes de tratar especificamente do princípio da legalidade e sua relação com o Estado Constitucional de Direito, necessário se mostra examinar com especial cuidado os conceitos fundamentais da grande estrutura que lhe dá apoio, desde o surgimento do Estado Moderno, a saber, o Estado de Direito.

1.1 O ESTADO DE DIREITO: O "MODELO BASE"

Consenso entre os doutrinadores é que, quando se fala em Estado de Direito, seu elemento central é o poder, categoria que une as duas expressões que lhe dão origem (Estado e Direito), o que fica evidente ao se examinar o poder político.

Dele (Estado de Direito), os juspositivistas do século XVIII salientaram a coação que, em sua visão, era o fundamento do Direito e se sobrepunha à justiça apregoada pelos jusnaturalistas. Para eles, o Direito era (e é) a justificação do poder do Estado e do governante, afastando-se de outras ordens como, por exemplo, a tradição ou a religião, concepções comuns à Idade Média. E foi a partir dos contratualistas modernos (como Hobbes, Locke e Rousseau) que pensar a coatividade como um dos elementos do Direito ganhou corpo, dando-se a vinculação ao poder político e, consequentemente, ao Estado.

A força do Direito é política e estatal e decorre do "pacto social", fórmula que explica a passagem do estado de natureza para o estado de sociedade civil: no primeiro, os indivíduos possuem certos direitos naturais que não podem fazer valer, ou não podem possuir de maneira segura, senão chegando ao segundo momento em que instituem um poder político capaz de lhes assegurar esses direitos[1].

Como se percebe, ainda que por caminhos diferentes, todos esses filósofos optaram por uma explicação do pacto social e da passagem do estado de natureza para o estado civil com a transformação dos direitos naturais (vida, liberdade, etc.) em direitos civis, a partir do reconhecimento de que o Direito é inseparável do Estado. É justamente daí que resulta o "Estado de Direito" como categoria própria, onde "Direito" e "Estado" se apresentam como dois aspectos da mesma realidade: se, por um lado, o Direito se mostra como direito estatal (Direito do Estado), por outro, o Estado também se apresenta a partir do Direito, já que seu poder só será legítimo se submetido ao Direito (ATIENZA, 2007, p. 127).

Dessa forma, pode-se definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão em, e para a vida em comum

[1] No dizer de Manuel Atienza (2007, p. 117): necessitam de "un poder capaz de imponerse a cada uno de los individuos: ese poder soberano, que surge y se fundamenta con el pacto social, es lo que hace que los derechos naturales pasen a ser derechos civiles".

dos homens, tal como estavam formulados na tradição da teoria do Direito racional[2], e apresenta como características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular (BÖKENFÖRDE, 2000, p. 20).

Sem desconsiderar a importância da impessoalidade e da limitação das tarefas do Estado sustentada pelos liberais, a verdade é que – dos três aspectos mencionados – o último deles merece um destaque especial, já que – para a existência de um verdadeiro Estado de Direito – é fundamental que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente ocorrerá se houver um Estado em que ele, o poder, e a sua atividade, estiverem regulados e controlados pela lei. Daí o acerto em se afirmar que "*El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el 'imperio de la ley': Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general*" (DÍAS, 1998, p. 29).

Aqui se alcança uma das marcas fundamentais do Estado de Direito, em que se privilegia o pensamento de que o governo das leis é melhor que o governo dos homens. É a partir daí que a positivação se tornou regra, privilegiando-se a compreensão do Estado a partir de um ponto de vista jurídico, vale dizer, o Estado como órgão de produção jurídica.

E assim é que o Estado de Direito se fixa como uma estrutura política, inobstante tenha se apresentado de diversos modos ao longo dos anos, das quais se destacam duas formas marcantes: o Estado de Direito Liberal e o Estado de Direito Social.

1.2 O ESTADO DE DIREITO LIBERAL

[2] Lembra Ernest Wolfgang Bökenförde (2000, p.19): "el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los princípios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoria del derecho racional".

Trata-se se uma formulação que enfrenta até hoje uma tendência de identificação com "Estado de Direito", o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Contudo, e apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social.

Dos pontos em comum entre os dois (Estado de Direito e Estado Liberal), o principal é o conceito do "império da lei", sob o qual está edificada toda a estrutura do Estado Liberal em que se dá a transformação da lei em expressão maior do Direito. Esse conceito fundamenta três importantes elementos políticos e jurídicos ainda presentes na sociedade contemporânea, a saber: 1) a presunção de liberdade, que é o princípio da legalidade afirmado no art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que está dito que "Tudo o que não está proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena"; 2) o princípio da reserva legal, de modo que só a lei poderá disciplinar o exercício dos direitos individuais; e, por fim, 3) a Constituição, documento maior do ordenamento, que garante direitos e separa poderes, como bem diz o art. 16 da Declaração já referida: "Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos e nem a separação dos poderes não possui Constituição".

De todos eles, sem dúvida alguma, o item que trata do surgimento das constituições é o que merece maior destaque, já que – além de abrigar e garantir os dois primeiros – é a partir daí que se tem um documento que se torna a "Lei" principal na estrutura do Estado de Direito. Isso ocorre não só porque nela foram depositadas as principais noções de como deveria ser o Estado (declaração de direitos e separação de poderes), que tanto animaram os liberais na concretização de seu objetivo maior, qual seja, acabar com o Antigo Regime, mas também, e principalmente, porque se tornou pressuposto da própria existência do Estado[3].

[3] Como disse Emmanuel Sieyès (2001, p. 48) poucos meses antes da Revolução Francesa em um documento intitulado "O que é o Terceiro Estado?": "É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela".

A partir daí, consolida-se a compreensão de que, sem Constituição, não haveria Estado, já que esse documento passa a ser a "*estructura jurídico-política de un estado concreto, que, a su vez, se integra como momento en la estructura total del Estado y de la sociedad*" (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 109).

Com isso, possível identificar as principais características do Estado Liberal, a saber: 1) império da lei, sendo esta a expressão da vontade geral; 2) divisão de poderes e submissão da administração pública ao princípio da legalidade, sempre tendo em vista a impossibilidade de concentração de poder nas mãos de um só e a possibilidade de submissão dos atos a controle jurisdicional; e 3) a declaração de direitos e liberdades fundamentais, no caso, direitos de oposição diante do poder do Estado (CONDE, 1999, p. 95).

Contudo, ainda que bem consolidadas as bases do liberalismo político, calcadas nos elementos acima apontados, o fato é que – mesmo se mostrando como um avanço em relação à situação política anterior – inegavelmente os postulados liberais levados ao extremo deram origem a graves problemas, com especial ênfase para os de ordem social.

Embora o individualismo associado a uma base de apoio sustentada por uma sociedade burguesa-capitalista tenha possibilitado ao Estado Liberal sustentar um dos seus pontos fortes, a defesa intransigente da propriedade e sua colocação como "direito inviolável e sagrado" (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de todas as suas insuficiências, não há dúvida de que esse fator desencadeou a maior delas.

Isso porque uma proclamação desse porte, em um contexto capitalista, gerou uma deficiente proteção aos direitos e liberdades daqueles que não eram proprietários, que nem mesmo direito a voto tinham, de modo que, a lei – que teoricamente era para ser vontade geral e expressão da soberania popular – tornou-se vontade de um pequeno grupo e expressão da "soberania nacional" (DÍAS, 1998, p. 42).

1.3 O ESTADO DE DIREITO SOCIAL E A DERROCADA DO MODELO BASE

Com o objetivo de superar as dificuldades acima identificadas pelo Estado de Direito Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos

sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado.

Além disso, tinha como objetivo demonstrar a incapacidade do modelo liberal clássico para resolver os difíceis e complexos problemas de uma sociedade industrializada e com novas características como, por exemplo, a cultura de massas, a sociedade de consumo, o progresso da técnica, etc. Eram problemas que não pareciam encontrar suficiente solução com a adoção dos instrumentos e procedimentos típicos do liberalismo.

Compondo seu ideário, impôs-se a visão de que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (*welfare state*). De todas as suas características, a principal era o firme propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: 1) o capitalismo como forma de produção e 2) a concretização de um bem-estar geral. A crença de que isso era possível constituía "*el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Welfare State*" (DÍAS, 1998, p. 111).

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal, sem se transformar em Estado Proletário como nos países do chamado "socialismo real"[4].

Contudo, com o passar dos anos, o que se apresentava como algo capaz de solucionar os problemas gerados pela crescente complexidade das relações sociais, políticas e principalmente econômicas se mostrou insuficiente e permitiu o surgimento de reações diversas daquelas pretendidas no início das transformações políticas. Dentre elas a reação marxista, com sua compreensão de que o Estado é um instrumento de dominação e que a verdadeira transformação só se daria por meio de um processo revolucionário e de uma ditadura do proletariado (CONDE, 1999, p. 104); e –

[4] Nas palavras de Paulo Bonavides (1996. p. 184): o Estado Social "representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia".

concomitante a ela – o surgimento dos chamados "Estados Totalitários" implantados no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais do século XX.

Se, de início, o que se pretendia era a superação do Estado Liberal, logo se percebeu – especialmente em função de sua fraqueza teórica – que não se tratava de superação alguma, mas apenas e tão somente de um "*enmascaramiento de los peores defectos e inconvenientes de éste, agravados además como consecuencia de su organización totalitaria del poder*" (DÍAS, 1998, p. 57). Não havia qualquer teoria nova ou nova concepção de Estado, mas apenas e tão somente uma remodelação das bases do Estado Liberal.

Tal situação é visível quando se percebe que, apesar de cada um dos modelos (liberal e social) ter sua concepção própria de Constituição, ambos se tornaram possíveis somente sob a forma de "Estado de Direito" em função da chamada "fungibilidade ideológica" deste último, o que pode ser atribuído a sua adesão ao positivismo jurídico.

A partir daí evidente seu esgotamento. Afinal, o surgimento dos Estados totalitários foi justificado com o uso do modelo do Estado de Direito. Suas deficiências tornaram-se evidentes, com especial destaque para a cega adesão ao positivismo jurídico e a redução do Direito à lei, o que contribui de modo definitivo para o entendimento da distância que se estabeleceu entre o que se pretendia com essa fórmula política e o que foi feito sob ela anos mais tarde, acontecimentos que marcaram definitivamente o mundo em meados do século XX.

A limitação do modelo do Estado de Direito se evidencia ao se perceber que os instrumentos para garantia dos direitos dispensados aos indivíduos diante do poder político estavam calcados apenas e tão somente em duas afirmações: (1) o poder está submetido ao direito e (2) a lei geral e abstrata é expressão de poder e tem sua origem na vontade geral.

Contudo a fragilidade dessas afirmações foi-se evidenciando na proporção em que se tornava claro que, para alcançá-las, eram necessárias duas mudanças fundamentais: a primeira diz respeito à justificação da autoridade – impôs-se o entendimento de que governante e Estado são bons e servem para o bem da sociedade; a segunda está relacionada à transformação do Direito em um molde ou recipiente com capacidade para absorver todas as decisões do soberano. Ora, o problema disso é que essas duas mudanças (a convencionalidade em torno do governante e o formalismo exagerado) acabaram por desmantelar o potencial garantista da lei como limite ao

poder, de modo que, superado o absolutismo do rei, foi ele substituído pelo poder concentrado das assembleias soberanas, de modo que "*al absolutismo monárquico sucede una suerte de absolutismo legislativo o concepción absoluta de la ley a la que queda finalmente asimilada la propria idea de derecho*" (PEÑA FREIRE, 1997, p. 53).

Esse ponto foi fundamental para determinar o esgotamento do Estado de Direito na sua versão meramente legislativa e demonstrar a necessidade de proposição de uma nova fórmula política para dar conta de novos modos de proteção dos indivíduos contra os abusos do poder político, o que passa indubitavelmente pelo redimensionamento do princípio da legalidade, inaugurando-se um período em que só serão estados de direito aqueles modelos políticos-institucionais que incorporem normas que estabeleçam vínculos materiais, os quais serão condições para a validez normativa.

1.4. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Constatada a insuficiência da formulação até então vigente, e que substituiu o *ancien régime*, a construção de um novo molde político se torna possível a partir do reconhecimento de dois significados diferentes para a expressão "Estado de Direito": (1) em sentido fraco ou formal, em que ele será apenas um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos ou, (2) em sentido forte ou substancial, em que será compreendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo (FERRAJOLI, 1995, p. 856).

No caso do primeiro (formal), designa ele "*cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos*", ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa "*sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos*" (FERRAJOLI, 2005, p. 13).

Esse quadro apresenta uma divisão que – a par das alterações na Teoria do Estado – é encontrada também na Teoria do Direito, já que tal importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado

Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2005, p. 14).

É a partir da separação entre dois modos de ser do Estado de Direito que se torna possível buscar a transformação necessária para sua superação e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento. Na visão de Ferrajoli, Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer sim a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Além disso, são dois modelos (Estado de Direito Legal e Estado Constitucional de Direito) que refletem duas experiências históricas ocorridas na Europa continental como resultado de uma tripla mudança de paradigma que se refletiu na natureza e na estrutura do Direito e da ciência jurídica e, por fim, na jurisdição.

O primeiro dos paradigmas foi o Direito pré-moderno, abandonado que foi para que se desse a passagem para o segundo: o Estado Legislativo de Direito, momento marcado pela afirmação (1) do monopólio estatal da produção jurídica e (2) do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito válido e existente.

O item 1 diz respeito às condições de existência e validade das normas jurídicas. No Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas sim jurisprudencial e doutrinal, não havia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. O que havia era uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes (Império, Igreja etc.) (BOBBIO, 2006, p. 27).

Desse aspecto, segue o item 2 que é a mudança de paradigma na ciência jurídica, já que, a partir daí, com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, "*la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto – el derecho Positivo – autônomo y separado de ella*" (FERRAJOLI, 2005, p. 16).

Muda também a jurisdição, deixando de ser produção jurisprudencial para se submeter à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação, ficando claro que "*iusnaturalismo y positivismo jurídico, Derecho natural y Derecho positivo bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiências jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas*" (FERRAJOLI, 2005, p. 17).

O terceiro dos paradigmas diz respeito ao Estado Constitucional de Direito e à afirmação do constitucionalismo rígido. Se o primeiro momento foi determinado pelo nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido e vigente, o segundo surge de uma mudança menos radical, que é a subordinação da legalidade a Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas as leis como normas de reconhecimento de sua validade.

Mudam as condições de validade das leis: elas se tornam "*dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales*" (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Tal situação impõe também a compreensão de uma nova forma de ver a Constituição, documento que passa a ter uma importância política maior da que lhe era reservada no Antigo Estado Legislativo de Direito. Nela estarão depositados os elementos materiais que caracterizarão o novo Estado, protegidos por dois institutos fundamentais nessa nova estrutura jurídica.

De um lado, a supremacia constitucional, que sustenta o entendimento de que a Constituição está no topo do ordenamento jurídico de que emana toda sua força normativa. De outro, a rigidez constitucional, que torna especial o momento da elaboração de uma Constituição e retira da maioria o poder de supressão de direitos e garantias, assegurando, assim, direitos à minoria, o que autoriza a afirmação de que o Estado Constitucional é mais do que Estado de Direito, já que o elemento democrático nele introduzido não foi apenas ali colocado para "travar o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize state power*)" (CANOTILHO, 2003, p.100).

Nesse modelo, encontra-se uma constitucionalização da ordem jurídica, processo que se dá através de uma profunda transformação do ordenamento jurídico, ao término do qual, estará o ordenamento totalmente impregnado pelas normas constitucionais, fator determinado pela existência de uma Constituição "*extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*" (GUASTINI, 2005, p. 49).

A identificação desse processo não está ligada a uma lógica do tudo ou nada, mas a uma questão de grau, de modo que uma determinada ordem jurídica poderá estar mais menos constitucionalizada. De todas, apenas as duas primeiras (rigidez

constitucional e sistema de controle de constitucionalidade) apresentam-se como indispensáveis para a configuração dessa constitucionalização, já que todas as demais, por evidente, dela dependem e, assim, somente indicarão o grau de constitucionalização do sistema em exame.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE *VERSUS* O ATIVISMO JUDICIAL

Como visto acima, percebe-se com clareza que, a partir da construção do Estado de Direito e da superação dos regimes absolutistas antes existentes, seja fundado em bases liberais, seja fundado em bases sociais, o fato é que nunca se dispensou o princípio da legalidade. A compreensão de que a lei é o elemento central de toda e qualquer forma de controle do poder político, nunca esteve afastada da visão daqueles que construíram o Estado Moderno.

Se antes, quando havia uma compreensão de estado legislativo de direito e tal se mostrou insuficiente, a solução jamais passou pelo abandono da legalidade, mas sim pelo seu considerável reforço, procedendo-se uma migração dos direitos fundamentais: da lei (em sentido estrito) para a Constituição, documento dotado de supremacia e de rigidez, formula que coloca os direitos a salvo da maioria, dando outro sentido a democracia.

Mas aqui surge outra questão a ser analisada: a previsão de inúmeros direitos nas Constituições editadas dentro da compreensão de um Estado Democrático de Direito em substituição a um Estado Legislativo de Direito, por si só, não resultou na concretização desses direitos. E as consequências disso se mostram especialmente negativas, e não se limitam à manutenção de um quadro de desigualdade e barbárie social. Atingem também um dos elementos mais preciosos na construção de qualquer democracia: a confiança política no constitucionalismo ou, em outras palavras, a confiança na força política e transformadora de uma Constituição.

Ora, sabe-se que inserir em um texto constitucional qualquer pretensão não é, e nunca foi tarefa que possa ser classificada como simples. A história constitucional o demonstra com clareza, a começar pelos revolucionários franceses. Foram eles, afinal, que bem desenvolveram a técnica de colocação de determinada categoria de direitos em um texto protegido pela supremacia e pela rigidez. A técnica foi repetida pelos devotos do Estado Social e chegou intacta e aprimorada ao Estado Democrático de Direito, imprimindo consequências na Teoria do Direito e na Teoria do Estado.

A supremacia e a rigidez constitucional são elementos de proteção indispensáveis contra as maiorias eventuais e, nessa perspectiva, conferem adequada proteção ao núcleo central de qualquer Constituição, os direitos e garantias fundamentais. Ora, vencida a luta pela inclusão de uma pretensão em um texto, o que se espera é sua plena realização. Se não ocorre, há evidentemente o descrédito e a busca de caminhos alternativos, até porque a necessidade não desaparece. O direito é produto da realidade, e não o contrário.

No caso Brasileiro, a declaração de direitos inserida na Constituição de 1988 foi a maior de sua história, com o detalhe de que – pela primeira vez – não se limitou a mera declaração. Fez-se acompanhar de uma série de mecanismos de concretização, os quais, além de não produzir o efeito esperado, também desencadearam grande frustração e, paradoxalmente, transformaram-se em elementos legitimadores do discurso de enfraquecimento do Poder Judiciário. Isso porque, foi justamente a partir de uma atuação quase isolada do Poder Judiciário na busca pela concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, utilizando-se dos mecanismos por ela previstos, que se instalou um debate centrado nos limites dessa atuação.

Olhando este cenário com a distância necessária, especialmente se recordado que já se foram trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, é possível afirmar que realmente não havia caminho diferente a ser trilhado. Afinal, ao recusar a normatividade regulamentadora – manifestação da estrita legalidade (princípio da legalidade) – os demais poderes do Estado (Legislativo e Executivo) deixaram um espaço aberto para a atuação judicial.

Porém, mesmo percebida esta situação, é imperioso e não há como deixar de reconhecer que outros problemas surgiram, desta vez relacionados à falta de limites claros para a atuação judicial, à falta de clareza a respeito da legitimidade dessa atuação e, por fim, à falta de organização interna – situações que geraram insegurança jurídica, especialmente pelo fato de inúmeros terem sido os entendimentos dotados de alta carga de pessoalidade em detrimento de manifestações pautadas em um único entendimento.

Daí um paradoxo: a pretensão de realização dos direitos sociais por meio de manifestações exclusivas de alguns magistrados resultou – no lugar de uma prática ampliada – em discursos de supressão desses direitos.

De tudo isso, o que se extrai é que, ainda que se admita a importância da pressão exercida por meio de decisões judiciais que impõem a realização de direitos sociais

por parte dos entes públicos (e também privados), que dizem respeito, por exemplo, ao fornecimento de medicamentos de alto custo, inegável é que a regulamentação legal e a exaltação do que de melhor há no princípio da legalidade aponta o caminho mais seguro para a resolução dos problemas suscitados.

É preciso recordar que, das vantagens que o princípio da legalidade oferece, redescoberto em meio à estrita legalidade, a mais evidente é a uniformização das situações em que poderá ser fornecido, já que a previsão constitucional de Direito, especialmente aqueles que exigem prestações positivas (educação, saúde, etc.), não alcança todas as hipóteses para seu exercício. Trata-se de uma impossibilidade técnica insuperável. O longo caminho entre a previsão abstrata e a realidade do Direito tem sido marcado por uma série de detalhes que, caso não observados atentamente, podem resultar na criação de situações de concessão em casos inadequados ou de negativa em casos merecedores.

Defender isso não significa, em hipótese alguma, alijar o Juiz de sua missão de "dizer o direito" e levá-lo a reincorporar o modelo do juiz típico do Estado Liberal ou do Estado Legislativo de Direito. Isso porque, paralelamente à proclamação da necessidade de resgate do princípio da legalidade (estrita legalidade), há que ressaltar a existência e a utilização dos mecanismos de proteção da Constituição, alimentados pelo repúdio ao arbítrio do poder, já que nada mais verdadeiro do que a clássica afirmação de que "só o poder controla o poder".

Não se discute que no passado aquela atuação mais intensa foi necessária. Contudo, vencidos mais de trinta anos da previsão constitucional, já é tempo de retomada do caminho natural da democracia com a reafirmação de uma espécie de liberalismo político adequado à atuação judicial, superando-se uma visão decorrente do estado social de direito e seu paternalismo característico.

Há muito, Norberto Bobbio (1994, p. 143) já alertava que nem sempre é deferido ao interprete preencher as lacunas do sistema legal. Ao tratar delas, Bobbio foi claro destacando que existem dois tipos de lacunas: próprias e impróprias, sendo que as do primeiro tipo são as lacunas do sistema ou dentro do sistema, ao passo que as do segundo tipo (impróprias), derivam "*da comparação do sistema real com o sistema ideal*". E prossegue:

> Num sistema em que cada caso não-regulamentado faz parte da norma geral exclusiva (como é geralmente um código penal, que não admite extensão analógica) não pode haver outra coisa além de lacunas impróprias. O caso não-regulamentado não é uma lacuna do sistema porque só pode pertencer à norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna que diz respeito a

> como deveria ser o sistema. Temos a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não-regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra.

A importância da distinção me parece evidente. E isso porque existem inúmeras situações de direitos sociais que apresentam lacunas claramente impróprias, as quais buscam a complementação do sistema pela compreensão do que seria o sistema ideal de que fala Bobbio.

E prossegue o mestre italiano:

> [...] o que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não-regulamentado pelas leis vigentes num dado ordenamento jurídico. O que as distingue é a forma pela qual pode ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete (BOBBIO, 1994, p.144)

Assim, não há qualquer possibilidade de simples complementação por métodos hermenêuticos, especialmente pela tão usada analogia ou ainda, por uma simples e abstrata aplicação de princípios constitucionais, independentemente de previsão legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ATIVISMO JUDICIAL E O ABANDONO DO GOVERNO DE LEIS.

Por derradeiro, outro agravante que contribui para a construção desse cenário. Vivemos em sociedades crescentemente complexas, especialmente no que se refere a demanda pelo reconhecimento de direitos. Daí deriva uma falta de consenso no parlamento, o que se reflete na produção de textos normativos dotados de elevado grau de abertura interpretativa. Isso faz surgir, em lugar do "grande sábio" legislador, um "grande sábio" judicial.

Há um novo espaço de atuação jurisdicional, o que aponta para a pergunta inicial: retornamos ao governo de homens em lugar do governo de leis?

Para responder a essa indagação, em primeiro lugar, penso que é importante destacar que a tensão criada para a concretização dos direitos fundamentais – com o juiz rompendo as barreiras impostas pelo liberalismo – é natural do sistema e possui claras razões de ordem política que o explicam. Afinal, se a Constituição é a norma maior, dotada de uma série de direitos e de mecanismos de concretização, natural que

seja o Poder Judiciário o responsável pela implementação quando não observado pelos demais poderes.

Além disso, o que se vê na atualidade é uma espécie de padronização do discurso político, vale dizer, torna-se cada vez mais difícil identificar diferenças entre os políticos ou governantes que se apresentam. A impressão que se tem é que todos dizem a mesma coisa e apostam suas diferenças apenas e tão somente (não que não sejam importantes) em diferenças gerenciais. E para que se dê o consenso, necessária a aproximação das teses opostas, o que resulta na abertura do texto legal, relegando ao intérprete/aplicador a missão de dar contornos mais específicos ao direito normatizado.

Não penso, importante dizer também, que tal movimento seja de todo negativo. Ao contrário, e como já dito, não é nenhum absurdo afirmar que diversos direitos sociais jamais seriam implementados sem decisões judiciais impondo sua concretização. E é por esta razão que, assim como pensa Ferrajoli, há um irredutível espaço de discricionariedade na atividade jurisdicional.

Contudo, e apesar desse reconhecimento, esse movimento (ou a existência de muitos desses espaços) trás mais prejuízos a democracia do que benefícios, já que cria uma espécie de "atalho" para sua conquista, desprezando o campo próprio dela, que é o espaço político.

Afinal, para que servem as casas legislativas no estado democrático de direito senão para assegurar e implementar direitos?

É preciso recordar que a democracia - e em especial uma democracia crítica como a que fala Zagrebelski em sua obra "A crucificação e a democracia", não é a idolatria política do *voz populi, voz dei*. Nada mais insensato do que a divinização do povo. É preciso reconhecer que o povo de maneira geral e todos nós temos limitações e somos falíveis.

Mas então, segue o autor em seu raciocínio: como confiar na decisão de alguém (o participante do "povo") que já sabemos falíveis e com limitações em lugar de méritos e virtudes? (Nos fazemos essa pergunta o tempo todo e lançados a famosa frase: o povo não sabe votar!).

Mas ai é que esta a grande contribuição de Gustavo Zagrebelski (2011, p.135):

> A resposta esta justamente na generalidade dos vícios e das falhas. A democracia em geral e a democracia crítica em especial estão fundamentadas em um ponto essencial: de que as virtudes e os defeitos de um indivíduo são também os de todos. Negando essa igualdade no valor político, já não teríamos uma democracia, ou seja, o governo de todos sobre todos; teríamos,

> ao invés, alguma de forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).

Será que um juiz, ou um tribunal que seja, é melhor para tomar decisões do que o povo por seus canais de manifestação?

Além disso, é preciso também recordar o que dizem Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), em recente obra intitulada "Como as democracias morrem". Trata-se de uma obra que analisa a situação política nos EUA no período Trump, mas que apresenta conclusões aplicáveis ao papel do Poder Judiciário em uma democracia.

Dizem eles que a democracia não vive apenas de regras constitucionais. Se assim fosse vários dos ditadores não teriam chegado ao poder. A Alemanha com sua Constituição de 1919 – em ruínas com a chegada de Hitler ao poder em 1933; o Brasil e a Argentina com suas Constituições baseadas na carta norte americana e as ditaduras de Vargas e Peron, e tantas outras, demonstram que regras constitucionais simplesmente não impedem a ruína de uma democracia.

Na visão deles há necessidade de pelo menos outros dois elementos, regras não escritas ou, como chamam, grades de proteção da democracia:

1) A tolerância mútua, ou seja, enquanto nossos rivais jogarem pelas regras institucionais, nós aceitaremos que eles tenham direito igual de existir, competir pelo poder e governar. Podemos divergir e mesmo não gostar deles nem um pouco, mas os aceitamos como legítimos.

2) a reserva institucional, ou seja, o ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente seu espírito. Embora se jogue para ganhar, não se pode inviabilizar o oponente, porque senão não haverá mais jogo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.103/104).

Em outras palavras: não se pode usar de modo exagerado as prerrogativas institucionais, as medidas de força, porque a banalização delas igualmente ira fazer com que a democracia enfraqueça.

Mas em que situações esses conselhos servem ao Poder Judiciário? O primeiro efetivamente pouca aplicação tem, mas o segundo se encaixa no que se refere ao controle de constitucionalidade.

Afinal, não se deve banalizar o reconhecimento de afronta à constituição quando editados atos apontados como inconstitucionais. É preciso recordar que a legitimidade do parlamento é calcada na vontade popular, que é a mais soberana de todas elas.

Não é por outro motivo que, em lição consagrada, Lúcio Bittencourt (1994), na clássica obra "O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis", publicada em 1949, ao tratar do que chamou de "preceitos sábios" que devem ser observados no controle de constitucionalidade neles incluiu que "Na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade da lei". Diz ele:

> Uma vez que a inconstitucionalidade não se presume, é indispensável que sua demonstração seja feita de modo tal que a incompossibilidade entre a lei e o estatuto político fique acima de toda dúvida razoável – beyond all reasonable doubt. Se ao espírito do juiz não se apresentar clara e forte convicção – clear and strong conviction – do conflito entre os dois textos, a ineficácia da lei não há de ser declarada (1949, p.115).

A indagação "governo de homens ou governo de leis" é das mais antigas e é lembrada aqui no mesmo sentido que Bobbio o faz em texto publicado em "O futuro da democracia": não se refere apenas a questão de quem irá governar, mas também como irá governar.

Bem diz bem Eros Grau (2013. p.16.) em seu livro "Porque tenho medo dos juízes":

> [...] não há de ter faltado ética e justiça à humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia muito dificilmente é conciliável com a realidade. A única tentativa viável, embora precária, é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o de direito moderno, identificado com a lei.

Não há viabilidade a uma sociedade que se desenvolve baseada em particularismos, sejam eles criados pela lei, sejam eles criados pelos juízes.

Tal modalidade de atuação judicial, além de ser ínfima para a solução dos problemas, acaba por produzir danos irreparáveis para a democracia. Além de criar um canal alternativo, o que leva a desmobilização e à apatia política, cria uma autocracia como dito antes: os melhores governam os piores.

Mas eles também não podem ser os piores? Quem disse que são os melhores?

A esse respeito, há cerca de 2.300 anos atrás um dos filósofos gregos de maior influência já havia dito:

> não é mais justo mandar que obedecer: convém fazer uma e outra coisa alternadamente. Tal é a lei. E a ordem é a lei. É melhor, pois, que seja a lei que ordene, antes que o faça um cidadão

> qualquer. O mesmo raciocínio exige que, sendo preferível confiar a autoridade a um número reduzido de cidadãos, deles se façam os servidores e os guardiões da lei. É preciso que haja magistratura; mas assegura-se que não é justo que um só homem exerça uma magistratura suprema quando todos os outros são iguais. Aliás, crendo-se que a lei não possa tudo especificar, poderá um homem fazê-lo com precisão? Quando a lei tem assentado com zelo as regras gerais, ela abandona a inteligência e à apreciação mais justa dos magistrados, para que eles julguem e decidam. Autorizados mesmo a corrigir e a retificar, caso a experiência lhes prove ser possível fazer melhor que as disposições escritas. Assim, querer que a lei mande é querer que Deus e a razão mandem sós. Mas dar a superioridade ao homem é dá-la ao mesmo tempo ao homem e à fera. O desejo tem qualquer coisa de bestial. A paixão corrompe os magistrados e os melhores homens, a inteligência sem paixão, tal é a lei (ARISTÓTELES, p. 113/114).

Eis o risco que corremos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES (384-322 a.C.). **A política.** Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2ª ed., rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2009.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

BITTENCOURT. C.A. Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de PUGLIES, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I

DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3ª ed. Madrid: Taurus, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *In:* **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GRAU, Eros Roberto**. Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GUASTINI Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel Ziblatt. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar, 1ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

PEÑA FREIRE Antonio Manuel. **La garantia en el estado constuticional de direito**. Madrid: Trotta, 1997.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. BASTOS Aurélio Wander (org.). 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**..Tradução de Monica de Sanctis Vaina. São Paulo: Saraiva , 2011.