XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

JANAÍNA MACHADO STURZA

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 do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves
Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
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 DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

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.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL.

THE BARON OF LA BRÈDE AND MONTESQUIEU: THE THEORY OF SEPARATION OF POWERS AND JUDICIAL ACTIVISM

Guilherme Augusto De Vargas Soares [1]
Luis Felipe Leão Saccol [2]

Resumo

Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Montesquieu, Teoria da separação dos poderes, Ativismo judicial, Direito constitucional, Crítica hermenêutica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This small essay tries to demonstrate, in a contextualized way, the emergence of the theory of the separation of the powers through the tripartite model of Montesquieu. It also aims to illustrate the importance of the theory of separation of powers to contain judicial activism. Thus, an analysis of the reception of said institute from the point of view of the Hermeneutics Critique of Law, starting from the changes of paradigms occurred with the process of redemocratization established by the Federal Constitution of 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Montesquieu, Theory of separation of powers, Judicial activism, Constitutional right, Hermeneutics critique of law

[1] Mestrando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bacharel em Direito pela UNISINOS. Advogado. Membro do DASEIN, coordenado pelo Professor Lenio Luiz Streck.

[2] Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa demonstrar o surgimento da clássica doutrina de separação dos poderes, que normalmente é atribuída ao filósofo político francês Charles-Louis de Secondat, barão de *La Brède* e de Montesquieu. Ademais, este ensaio irá demonstrar como tem sido tratada a teoria da separação dos poderes nos textos constitucionais, em especial no texto constitucional pátrio de 1988. O objetivo é analisar os aspectos à tão propagada crise institucional das funções de poder do Estado e demonstrar algumas das soluções propostas para sua superação.

Dessa forma, como problemática central, temos o avanço do ativismo judicial no Direito brasileiro e uma predominância do protagonismo judicial, surgindo, dessa forma, os seguintes questionamentos: em que consiste o fenômeno do ativismo judicial? Quais são os motivos que garantiram o avanço de tal instituto no Direito brasileiro? O método utilizado no presente trabalho é o fenomenológico-hermenêutico, cuja matriz teórica está concebida nas teses de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, seguindo a linha da *Crítica Hermenêutica do Direito* desenvolvida por Lenio Luiz Streck.

Um dos ramos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), desenvolvida por Lenio Streck, é a construção de uma Teoria da Decisão judicial. Com a imbricação da teoria de Ronald Dworkin e a CHD, surge a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (respostas corretas), que, por sua vez, está atrelada ao dever de fundamentação das decisões judiciais, o qual é considerado um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Portanto, é possível extrair de Dworkin o pressuposto de responsabilidade política e igualdade (DWORKIN, 2002, p. 137 e ss.) A ideia de responsabilidade pressupõe que as decisões devem espelhar segurança jurídica, não no sentido novecentista, vinculado à certeza exegética, mas, sim, no sentido de construção de sentidos em uma dimensão pública (intersubjetiva). No encontro desta ideia, está a de igualdade. Democracia pressupõe igualdade (TASSINARI, 2013). E igualdade, em prestação judicial, implica tratar casos semelhantes de modo equânime.

Neste ensaio também será abordado o ativismo judicial e suas nocivas consequências que fragilizam a teoria da separação dos poderes no Brasil. Essa abordagem será realizada através da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Avançando no estudo em comento, será analisado quais são os fundamentos históricos para o avanço do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal para então, dessa forma, apresentar uma crítica ao referido fenômeno.

I. A NECESSÁRICA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA SOBRE A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

É notório que se atribui a figura de Charles-Louis de Secondat, barão de *La Brède* e de Montesquieu como o primeiro pensador a esboçar a teoria da separação dos poderes. Entretanto, de modo geral, é esquecido que na filosofia clássica, Aristóteles em *Politikón*, já havia esboçado a necessidade de separação das funções governamentais da *Pólis* grega.

Portanto, segundo Aristóteles, não importaria qual seria a forma de governo adotada por determinada *Pólis*, o que realmente importaria neste caso seria como a *Pólis* iria se constituir e se tornar um instrumento de liberdade e poder. Aristóteles contribuiu imensamente para gestar a teoria da separação dos poderes, tendo em vista que distribuiu os elementos que compõem o poder soberano da *Pólis* grega, vejamos:

> Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem umas das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário. (ARISTÓTELES, 2001, p. 170)

Desse modo, deve ser sinalizado o contexto em que a clássica obre de Aristóteles foi concebida. Esse referido contexto tem como cenário a antiguidade grega e suas particularidades, diferendo total temente do cenário em que Montesquieu elaborou o Espírito das Leis durante o século XVIII. Todavia, para o presente ensaio se faz necessário realizar essa contextualização histórica sobre o surgimento da teoria da separação dos poderes.

É importante demonstrar que nas obras que foram mencionadas acima, realizando as devidas ressalvas sobre suas contextualizações históricas, surge uma semelhança entre elas. A semelhança referida é a precaução de fragmentar as atribuições típicas do exercício do poder político.

Neste sentido, é possível afirmar que Aristóteles se preocupou em criar uma teoria que servisse de base normativa para organizar politicamente as *Pólis* na antiga Grécia. Sempre observando todas as peculiaridades de cada *Pólis*, pois, cada povo tinha seus próprios objetivos e costumes.

Montesquieu, entretanto, preocupou-se em demonstrar como se dá o exercício do poder, sempre levando em conta diferenciação entre os homens e também suas distintas essências. O barão de *La Brède* e de Montesquieu não parte da premissa que a atividade pública está intimamente ligada com a virtuosidade humana e também com uma espécie de comportamento moralmente adequado.

Assim sendo, tanto Aristóteles como Montesquieu buscavam estruturar uma organização do poder político. Aristóteles desenvolveu essas organizações de poder político para criar um ambiente de espaço público, onde os cidadãos de uma *Pólis* pudessem deliberar neste ambiente de espaço público. Já o barão de *La Brède* e de Montesquieu conseguiu elaborar uma teoria em que organiza o exercício do poder político, resultando, assim, na teoria da separação dos poderes. Tal teoria para Montesquieu visava combater a atuação de um poder despótico do monarca absolutista. Ou seja, fazendo o poder controlar o próprio poder.

A partir destas premissas é possível afirmar que o barão de *La Brède* e de Montesquieu era um grande pessimista ao vislumbrar a atuação e exercício do poder político. Pois tal exercício poderia acarretar em grandes arbitrariedades quando exercido de forma centralizada. Nesta passagem, vale ressaltar o prejuízo trazido pelas consequências do ativismo judicial à democracia. Devemos recordar que o professor Lenio Streck sempre advertiu que o ativismo está ancorado em um utilitarismo supostamente moral e na vontade de quem o pratica, o que se torna uma ameaça extremamente perigosa ao regime democrático. Portanto, podemos afirmar que a violação da Constituição Federal é sempre uma ameaça à democracia (STRECK, 2017, p. 257).

Aqui se faz importante uma observação, a fim de evitar velhas confusões: o cumprimento da lei e o respeito ao texto legislativo nada têm a ver com positivismo, como parecem sugerir as tão frequentes quanto equivocadas interpretações de, sobretudo, autores como Kelsen. O positivismo exegético do século XIX, na França, propugnava um juiz *bouche de la loi*, mas o fato é que o positivismo jurídico, em suas vertentes modernas e contemporâneas, não passa pela aplicação da lei; sequer passa por uma teoria da decisão. Respeitar o texto

legislativo não se trata de exegetismo; é uma questão de princípio, de democracia e institucionalidade. Sobre isso, ver o verbete *Positivismo jurídico,* do *Dicionário de Hermenêutica* de Streck.

No diálogo *Críton, ou o Dever*, Platão, através de Sócrates, nos ensina porque devemos respeitar as decisões judiciais mesmo que, aparentemente, sejam injustas. O diálogo se passa na prisão, após Sócrates ter sido condenado à morte. O problema central deste diálogo é saber se é correto e justo o (des)cumprimento desta sentença.

Sócrates, na cadeia, aguarda a execução da sentença condenatória. Enquanto isso, *Críton* e outros amigos de Sócrates tentaram lhe persuadir para que ele fugisse. Entretanto, Sócrates se manteve firme no seu proceder, afirmando que obedeceria às leis e à cidade, mesmo discordando da justiça da decisão.

Críton faz uso de três argumentos para persuadir Sócrates a fugir da cadeia, a saber: primeiro, Sócrates é um amigo sem igual para ele; segundo, a reputação de *Críton* será maculada, pois o povo comentará que este tinha condições de providenciar a fuga de Sócrates, mas preferiu poupar seu dinheiro em vez de salvar seu amigo; por fim, tendo esposa e filhos para criar e, mesmo assim, escolhendo cumprir a pena de morte quando poderia fugir, Sócrates opta por abandonar sua família.

Contra o argumento de que a reputação dos seus amigos será maculada, Sócrates diz que não é a toda opinião que se deve prestar atenção, mas somente à opinião qualificada. Para demonstrar isso, cita o exemplo de um atleta e de seu técnico, em que questiona se, para cuidar do corpo, o atleta deve obedecer ao técnico ou à opinião da multidão. A partir disso, faz uma analogia às leis e à cidade, pois elas representam a opinião qualificada sobre a justiça (mesmo que, aparentemente, injustas) e, se é o corpo do atleta que pagará pela desobediência às ordens do técnico, será a alma de Sócrates que sofrerá os prejuízos do descumprimento das leis humanas no *Hades*.

Além disso, desrespeitar às leis será enfraquecer as instituições da cidade. Sócrates diz que não devemos cometer injustiças voluntariamente nem retribuir a injustiça com a injustiça. Pois não há diferença entre cometer o mal e uma injustiça.

Sócrates cria uma ficção, um diálogo seu com as leis e a cidade. São elas que lhe apresentam as decorrências do seu posicionamento (de Sócrates): uma convenção (as leis da

cidade) deve ser cumprida, mesmo que injusta; descumprir a lei, mesmo que injusta, é cometer injustiça (e não devemos retribuir a injustiça com outra injustiça). Ao invés da desobediência, quem não estiver satisfeito com as convenções da sua cidade deverá modificá-las através do Direito. Por fim, além da oportunidade de modificar as leis pelo Direito, quem não conseguir fazer isso e ainda estiver em desacordo com elas poderá ir embora da cidade.

O diálogo de *Críton* é importantíssimo para ilustrar o que ocorre no atual cenário jurídico do país. Podemos afirmar que a democracia tem seus bônus e, por sua vez, também seus ônus. Portanto, sempre existirá um elemento de princípio que jamais pode ser violado. Eis a questão: qual seria este elemento de princípio que jamais poderá ser violado? O respeito às regras preestabelecidas. Todavia, em tempos de ativismos judicial desenfreado, é impossível que se mantenha a integridade de regras preestabelecidas.

Magistrados que não estiverem satisfeitos com as regras preestabelecidas devem abandonar a toga e ir para o parlamento tentar modificá-las. Sempre lembrando que, caso não consigam modificá-las e ainda estiverem em desacordo com tais regras, ainda existirá a possibilidade de irem embora da cidade.

II. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES IDEALIZADA POR MONTESQUIEU

Como foi esboçado anteriormente, Charles-Louis de Secondat, barão de *La Brède* e de Montesquieu foi quem idealizou a teoria da separação dos poderes no modelo tripartido. Ou seja, Montesquieu observou que para garantir que o poder controlasse o poder, evitando, assim, um poder político despótico, seria necessário tripartir os poderes para garantir a independência do poder político. É com este modelo tripartido, o qual foi concebido por Montesquieu, que surge a figura do Poder Judiciário.

Montesquieu sempre asseverou que todo aquele que estiver no poder, tende a abusar deste poder que lhe foi conferido:

> Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2005, 168)

A separação dos poderes de Montesquieu visa descentralizar o poder em três esferas: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Nas concepções do barão de *La Brède* e de Montesquieu, ao poder Legislativo ficar atribuída a função de criar as leis, corrigi-las ou abroga as que são feitas. O poder executivo seria o responsável por declarar a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadores, estabelecer a segurança da comunidade e prevenir as invasões do território. Em outras palavras, ficaria a cargo do Poder Executivo exercer as funções típicas de chefe de governo e chefe de estado. Ao Poder judiciário competiria punir os crimes e julgar os litígios dos particulares.

Para Montesquieu, a separação dos poderes irá garantir a liberdade política de cada cidadão, garantindo, assim, que consigam conviver em tranquilidade. Vejamos:

> A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. (MONTESQUIEU, 2005, 168)

Montesquieu, sabiamente, adverte que quando dois poderes são conferidos a uma única pessoa ou a um mesmo corpo, não existirá liberdade. Tendo em vista que esse fator de aglutinação de poder pode ensejar em um regime tirânico. Observe:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a.força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2005, 168)

Portanto, a teoria da separação dos poderes, nos moldes estabelecidos pela tripartição de Montesquieu, será responsável por evitar o surgimento de governos despóticos e tirânicos. Os quais ameaçam a tranquilidade dos cidadãos, tirando-lhes a sua essência que é a liberdade política.

Ao longo do livro XI do Espírito das Leis, Montesquieu tece algumas diretrizes importâncias sobre cada poder. Nesta esteira, o barão de *La Brède* e de Montesquieu nos ensina que o poder de julgar jamais pode ser conferido a um corpo permanente, portanto, o poder de julgar seria exercido por um certo período de tempo, conforme a lei estabelecesse. Os juízes

que exerceriam este poder, necessariamente, devem ser da mesma condição do réu. Ou seja, com esta advertência, Montesquieu começa a gestar, de forma brilhante, o princípio da imparcialidade no Poder Judiciário. Vejamos:

> O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. [...] ***Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.*** É até mesmo necessário que os juízes sejam da mesma condição do acusado, ou seus pares, para que não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a lhe fazerem violência. (MONTESQUIEU, 2005, 169 e 170)

É possível vislumbrar que em 1748, quando foi publicado o Espírito das Leis, o barão de *La Brède* e de Montesquieu já advertia que o ativismo judicial era capaz de esfacelar com a segurança jurídica.

Seguindo pelo livro XI do Espírito das Leis, Montesquieu irá engendrar uma ideia que hoje muito se assemelha a de democracia representativa. Neste sentido, o barão de *La Brède* traz a baila a figura dos representantes do povo, para que estes façam aquilo que seus representados não conseguem fazer por si mesmos. Observe:

> Como, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesma. (MONTESQUIEU, 2005, 170)

E também será neste mesmo livro que Montesquieu começa a esboçar a figura de um Poder Legislativo Bicameral. Uma casa seria concedida ao corpo de nobres e a outra casa seria concedida ao corpo escolhido para representar o povo. Tendo em vista que naquele contexto temporal, as pessoas eram consideradas distintas por seu nascimento, por suas riquezas e também por suas honras. Assim, se fazia necessário a existência de duas casas distintas dentro do Poder Legislativo. Notemos:

> Assim, o poder legislativo será confiado ao corpo dos nobres e ao corpo que for escolhido para representar o povo, que terão cada um suas assembléias e suas deliberações separadamente, e opiniões e interesses separados. (MONTESQUIEU, 2005, 172)

Ao Poder Executivo, Montesquieu estabelece que ele seria melhor exercido quando confiado a uma única pessoa. Tendo em vista que centralizado nas mãos de uma pessoa, este conseguiria tomar decisões rápidas em questões que envolvessem chefia de estado e governo. Ou seja, esta pessoa conseguiria agir mais rápido e administraria melhor que muitas pessoas que formariam um corpo.

Em razão desta peculiaridade do Poder Executivo ficar concentrado em uma única figura, cabe então ao Poder Legislativo de realizar a função atípica de fiscalização. Portanto, o Legislativo irá fiscalizar como e de que maneira as leis estão sendo executadas pelo Poder Executivo. Montesquieu sinaliza de forma precisa:

> Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o, direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas; e é esta a vantagem que possui este governo sobre os de Creta e da, Lacedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestavam contas de sua administração. (MONTESQUIEU, 2005, 174)

E para finalizar a teoria da separação dos poderes, Montesquieu cria a figura dos "*Checks and Balances", ou seja, os freios e contrapesos. Será este sistema que garantirá a independência e funcionamento dos poderes estabelecidos pela tripartição. Vejamos:*

> Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o carpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente. (MONTESQUIEU, 2005, 176)

É neste contexto histórico-filosófico que surge aa teoria da separação dos poderes do barão de *La Brède*. O qual pregou a que os poderes devem ser separados para que sejam garantidos os direitos fundamentais e também a utilização dos poderes de forma arbitrária e despótica por seus titulares.

III. DA IMPORTAÇÃO À BRASILEIRA DO ATIVISMO JUDICIAL

Como olhar o novo com os olhos do novo? É com essa pergunta que Lenio Luiz Streck inicia, dentro do capítulo introdutório do livro Verdade e Consenso, a discussão acerca das três equivocadas recepções teóricas no direito brasileiro, quais sejam: a Jurisprudência dos Valores; Ponderação Alexyana; e o Ativismo norte-americano (STRECK, 2017. p. 57).

Todavia, destaca Streck que tais recepções se deram de maneira acrítica, sendo que os três aportes teóricos acima mencionados possuem um traço em comum: o protagonismo judicial. Tendo em vista que a proposta do presente artigo limita-se a uma exposição da problemática do ativismo judicial em solo brasileiro, nos limitaremos à análise deste.

O Estado Democrático de Direito brasileiro surge a partir de um processo de redemocratização instaurado com a constituição federal de 1988. Tal acontecimento foi possível através do exercício de um Poder Constituinte Originário que, dentre suas principais características, é ilimitado, autônomo e inicial.

Ilimitado, pois não sofre nenhuma limitação do direito que a ele preexiste. Autônomo, pois somente cabe àquele que o exerce estabelecer os termos em que a nova constituição será estabelecida e qual direito será implantado. E por fim, inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica em solo nacional, rompendo com a anterior (CUNHA JR, 2014. p. 198).

Com a instauração da nova ordem jurídica, ocorre uma verdadeira institucionalização do poder, o qual passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição Federal e nos limites impostos pela própria carta constitucional.

É justamente com o princípio da separação dos poderes que se dá a divisão do exercício do poder que será exercido por tais órgão. A Separação dos poderes decorre do próprio texto constitucional de 1988, no qual, em seu artigo 2º, aduz que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário.*

Nesse sentido, aduz José Afonso da Silva quando afirma que

> A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como seve de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder (SILVA, 2017. p. 111).

Dessa forma, o que se pretende com a separação dos poderes é atribuir determinadas funções a órgãos que são independentes entre si e que, por evidente, tem-se como vedada a

participação destes órgãos em funções que não aquelas que tipicamente são atribuídas a eles na constituição.

Todavia, em que pese as atividades dos órgãos estarem delimitadas na constituição, existe a possibilidade de compartilhamento das funções nos limites impostos pela própria carta magna. Assim, na linha argumentativa de José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes não possui a mesma rigidez de outrora, tendo em vista que hoje há uma clara necessidade do relacionamento harmônico entre os poderes (SILVA, 2017. p. 111).

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que o Ativismo Judicial se traduz na intromissão aquém dos limites estabelecidos pela carta magna dos poderes em detrimento, principalmente, do Poder Legislativo. O que ocorre, em verdade, é a prática do núcleo essencial da função legislativa pelo Poder Judiciário (RAMOS, 2018. p. 119).

Todavia, como bem aduz Clarissa Tassinari, o instituto do Ativismo Judicial se diferencia da judicialização da política, expressões estas que ganharam espaço no período pós 1988. De início, é necessário destacar que ambas expressões traduzem a ideia de um acentuado grau de judicialização que o direito brasileiro assumiu. Todavia, é necessário realizar as devidas diferenciações.

É inexorável que a judicialização da política tem como principal característica a relação entre Direito, Política e Judiciário. É justamente com o constitucionalismo que se dá uma tentativa jurídica de oferecer limites ao poder político, através das constituições (TASSINARI, 2013. p. 28).

Ademais, na linha argumentativa de BARROSO, a judicialização pode ser compreendida muito mais como uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil do que como um merda vontade política, pois caso determinada norma permite que o cidadão tenha uma pretensão jurídica, cabe ao judiciário apreciar ao direito alegado e julgá-lo (BARROSO, 2012. p. 6).

Na mesma seara, Clarissa Tassinari aduz que a judicialização decorre da maior consagração de direitos e regulamentos constitucionais e que, por consequência, acabam por legitimar os indivíduos a pleitear direitos nas portas do judiciário. Consubstanciado no acima afirmado, tem-se que a judicialização da política independe da vontade daquele que irá julgar a demanda. A grande questão acerca de tal expressão que, de uma forma ou de outra, possui uma

relação com o Ativismo Judicial, está na incapacidade do Estado em implementar os direitos constitucionalmente previstos, o que acaba por gerar toneladas de ações judiciais pleiteando tais direitos (TASSINARI, 2013. p. 32 e 33).

O Ativismo Judicial, ao seu turno, se traduz numa atitude positiva no sentido de como o magistrado irá interpretar o texto constitucional, expandindo ou retraindo o alcance da norma (BARROSO, 2012. p. 6). Ao conceituar o Ativismo Judicial, TASSINARI chega à conclusão que este é caracterizado como uma atuação do Poder Judiciário via competências que não lhe são atribuídas no texto constitucional, invadindo a esfera dos outros poderes (TASSINARI, 2013. p. 36).

Demonstrando algumas das diversas hipóteses em que o Ativismo Judicial se evidencia, BARROSO aduz que

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012. p. 6).

Portanto, verifica-se que o ativismo judicial evidencia um agir do judiciário além dos limites impostos pela constituição, ao passo que a judicialização da política se traduz na ideia de insuficiência dos demais poderes, principalmente do legislativo.

III.1 O Ativismo Judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito

Como já afirmado neste trabalho, o ativismo judicial faz parte das três (inadequadas) recepções teóricas pós-constituição de 1988 que tem como ponto em comum o protagonismo judicial. Foi através do *neoconstitucionalismo* que acabou se incentivando uma recepção acrítica do ativismo judicial, além das outras duas concepções teóricas que não serão abordadas a fundo neste trabalho (ponderação alexyana e jurisprudência dos valores).

Em que pese o fato de que não adentrarei nesta temática, é de suma importância uma visão panorâmica acerca da jurisprudência dos valores. Tendo em vista as atrocidades que foram cometidas pelo Terceiro Reich na segunda guerra mundial, foi necessário repensar o direito a partir de uma ideia de autonomia em relação a política (FERRAJOLI, 2012. p. 112).

A jurisprudência dos valores, em verdade, conforme André Karam Trindade:

> É o movimento impulsionado a partir da atividade exercida pelo tribunal constitucional que alça o protagonismo judicial no cenário alemão, cujo objetivo era romper com o modelo jurídico vigente à época do nazismo e, paralelamente, legitimar as decisões tomadas com base na Constituição outorgada, em 1949, pelos aliados.

Dessa forma, foi justamente com o objetivo de superar o formalismo do texto legal proposto pela legislação nacional socialista que a jurisprudência dos valores como uma alternativa para romper com o formalismo legal alemão.

De acordo com Streck, em um primeiro momento, foi vantajosa a importação do neoconstitucionalismo e das teorias atreladas a ele justamente em decorrência do atraso do Brasil em vivenciar um "novo mundo constitucional" (STRECK, 2017. p. 46). Todavia, em decorrência das especificidades do direito brasileiro[1], tais importações teóricas (ponderação alexyana, jurisprudência dos valores e ativismo judicial) acabaram por corromper o texto constitucional, pois o neoconstitucionalismo defende:

> Ao mesmo tempo, um direito constitucional de efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo e neopositivismo* (STRECK, 2017. p. 46).

No caso brasileiro, o ativismo judicial "às avessas", como bem destaca Lenio Streck, criador da Crítica Hermenêutica do Direito, aparece, por exemplo, como um princípio no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo (STRECK, 2017. p. 61) e, por tal motivo, o autor se vale da expressão Constitucionalismo Contemporâneo para evitar os mal-entendidos que o termo neoconstitucionalismo acompanha.

[1] André Karam Trindade expõe algumas dessas especificidades, quais sejam: a) a promulgação de uma constituição democrática, marcada por um amplo catálogo de direitos fundamentais, além da presença de uma pluralidade de interesses políticos, sociais, econômicos e culturais; b) a previsão de um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis; c) a existência de um total de, praticamente, 14 mil magistrado em atividade, cuja grande maioria ainda entende que a interpretação é um ato de vontade e que, portanto, está a disposição do juiz; d) a concorrência de dois princípios que confrontam o ordenamento jurídico: de um lado, a vedação do non liquet, segundo a qual o juiz não pode declinar da prestação jurisdicional, conforme determina a tradição francesa inaugurada pelo Código de Napoleão, ao contrário do que ocorre na matriz norte-americana, que admite está hipótese em matéria de questões políticas. FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 116 e 117.

Por ativismo judicial às avessas, André Karam Trindade entende que este é aquele em que:

> Se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa (FERRAJOLI, 2012. p. 117).

Como bem adverte Streck, não é correto trazer o conceito da discricionariedade administrativa para o âmbito judicial, tendo em vista as suas particularidades. Enquanto em um o intérprete está autorizado por lei a agir de maneira discricionária, no âmbito judicial não há uma legislação que autorize tal fato ao intérprete (STRECK, 2017. p. 52).

Dessa forma, o poder do administrador pode ser vinculado ou discricionário. Será vinculado quando a lei não deixa opções de escolhe ao administrador, sendo que, preenchido determinados requisitos, a administração deverá agir de determinada forma, sob pena de correção judicial. O poder discricionário, ao seu turno, é entendido como a possibilidade de a autoridade administrativa poder optar por uma dentre as várias opções que a lei oferece, despiciendo afirmar que todas essas são válidas. Em relação ao controle exercido pelo Poder Judiciário nos atos administrativos, é de suma importância se ter clara a diferença entre os poderes vinculado e discricionário. No que tange ao poder discricionário, existe a possibilidade dos atos administrativos serem controlados pelo judiciário (DI PIETRO, 2007. p. 221).

Todavia, a margem de discricionariedade que a lei confere ao administrador deverá ser respeitada pelo magistrado, tendo em vista que tal margem de atuação foi conferida pelo legislador. Os atos vinculados, por sua vez, podem ser controlados pelo judiciário sem qualquer tipo de restrição, tendo em vista que os requisitos do ato estão previstos em lei (DI PIETRO, 2007. p. 229).

A situação muda drasticamente no âmbito judicial. Como já afirmado, enquanto na esfera administrativa existe uma lei que permite uma margem de discricionariedade ao administrador, na esfera judicial tal lei é inexistente. Dessa forma, o magistrado cria uma norma que será aplicada a determinado caso.

É nesse sentido que STRECK aduz que:

> (...) o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário STRECK, 2013. p. 95).

Em que pese o fato da discricionariedade existente no Judiciário, Streck pondera que tais críticas não significam em uma proibição de interpretar, tendo em vista que o próprio ato de interpretar é dar sentido a algo. A crítica em si consiste no fato de que a concretização dos textos não pode depender da subjetividade do intérprete.

Como bem destacado por André Karam Trindade, o protagonismo judicial é a expressão empregada para designar a posição de destaque do juiz no Estado Constitucional de Direito, fato este que se deve em decorrência de uma passagem do passivismo para o ativismo judicial, a expansão do Poder Judiciário e a judicialização da política. Ou seja, permitindo que o sentido da norma seja fruto da vontade do intérprete, na prática estaria se legitimando a criação de juízes autorizados a legislar, tendo em vista que o próprio poder discricionário estaria auxiliando na criação do objeto de conhecimento (FERRAJOLI, 2012. p. 109).

Com esse Constitucionalismo Contemporâneo, Streck aduz que outro dos diversos fenômenos inerentes a ele é o panprincipiologismo, expressão que o jurista gaúcho utiliza para mencionar um surgimento desenfreado de enunciados com o escopo de resolver problemas concretos e que, justamente em decorrência de tal fenômeno, a ponderação Alexyana acabou por se tornar um princípio nos Tribunais brasileiros (FERRAJOLI, 2012. p. 60).

É nesse sentido que o professor STRECK afirma que:

> Na ausência" de "leis apropriadas" (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete "deve" lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um "princípio" aplicável, o próprio intérprete pode cria-lo FERRAJOLI, 2012. p. 67).

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito vem como uma resposta para esse Constitucionalismo Contemporâneo, estabelecendo, nos dizeres de Clarissa Tassinari, uma nova Teoria das Fontes e da Interpretação (TASSINARI, 2013. p. 134).

À GUISA DA CONCLUSÃO: A RELAÇÃO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL, EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E HUMPTY DUMPTY[2]

O que é um presente de desaniversário? - pergunta Alice para Humpty Dumpty. De prontidão, este responde que é um presente dado quando não é seu aniversário.

Ao ser questionado por Alice sobre o sentido de desaniversário – e de glória, que o personagem afirma significar "um belo e demolidor argumento" – Humpty Dumpty afirma "quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos".

A questão, como bem afirma Humpty Dumpty, não é saber se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes, mas sim saber quem vai mandar. Esse momento da trama desenvolvida por Lewis Carroll em "Alice através do espelho" se assemelha em muito com o modelo autoritário do processo penal desenvolvido por Luigi Ferrajoli, ou seja, processo penal com características inquisitivas.

O referido modelo tem dois pontos centrais no seu fundamento teórico. O primeiro, de que o objeto de conhecimento do processo penal deixa de ser única e exclusivamente a lei para permitir que o desvio de conduta e a pessoa do delinquente possam ser analisados concomitantemente (FERRAJOLI, 2002. p. 35).

Por sua vez, o segundo elemento do modelo antigarantista desenvolvido por Ferrajoli consiste no decisionismo processual. Tal decisionismo se caracteriza pela falta de fundamentos e, em grande parte, da subjetividade do julgador quando na prolação das diversas decisões.

Dessa forma, Ferrajoli afirma que tal subjetividade se manifesta em duas formas:

> Por uma lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a "tipos normativos de autor" ou a congênita natureza criminal ou

[2] A relação entre Humpty Dumpty e o protagonismo judicial foi desenvolvida pelo professor Lenio Luiz Streck. Nesse sentido, ler STRECK, Lenio Luiz. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. São Paulo: Consultor Jurídico. 29 de março de 2012. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios > Acesso em 06/03/2019; STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativa no Brasil. São Paulo: Consultor Jurídico. 28 de junho de 2012. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil > Acesso em 06/03/2019; STRECK, Lenio Luiz. O "decido conforme minha consciência" da segurança a alguém? São Paulo: Consultor Jurídico. 15 de maio de 2014. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem > Acesso em 06/03/2019

> periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que provas de fato (FERRAJOLI, 2002. p. 36).

Quando a operação lava jato começara a ganhar contornos demasiadamente enormes, Lenio Streck alertou os juristas brasileiros acerca dos perigos jurídicos que tal operação estava ocasionando. Na data de 29 de março de 2015, Antônio Bochenek e Sergio Moro, ambos juízes, publicaram um artigo no jornal *Estadão* (BOCHENEK; MORO, 2015) afirmando que o problema da impunidade era o processo.

Em tal artigo, se afirma que a solução é atribuir à sentença condenatória eficácia imediata, independentemente da possibilidade de interposição de recursos, quando se tratar de crimes graves, como lavagem de dinheiro.

Inclusive, afirmam categoricamente que a proposição não viola a presunção de inocência. Ou seja, em tal artigo escrito pelos magistrados, no mínimo, estavam se baseando em outra constituição. Uma menos garantista, diga-se de passagem, pois a constituição brasileira, evidentemente, não foi a base argumentativa dos excelentíssimos magistrados.

A abordagem realizada por este pequeno ensaio é capaz de demonstrar a grande importância da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu no século XVIII. O barão de *La Brède* conseguiu elaborar um sistema inovador para descentralizar o poder político e ao mesmo tempo controlá-lo, evitando, assim, o abuso do próprio poder e a aniquilação da liberdade política.

Montesquieu conseguiu arquitetar uma belíssima engenharia estrutural de contensão entre os poderes, o que denominamos até hoje de estrutura de freios e contrapesos. É com base nesta engenharia de Montesquieu que existe, ainda hoje, a independência entre os três poderes tripartidos. Garantindo, assim, o pleno funcionamento das instituições e controlando eventuais excessos de poderes.

Entretanto no Brasil, conforme foi demonstrado anteriormente neste ensaio, existe um certo protagonismo judicial. O que acaba por atacar diretamente a democracia e fragilizar o Estado Democrático de Direito, conforme demonstrado, a partir da perspectiva teórica da Crítica Hermenêutica do Direito.

Com o julgamento do Habeas Corpus 126.291/SP e da liminar na ADC n.º44 – por consequência – na guisa defendida por Streck, as decisões foram ativistas, tendo em vista que não haviam fundamentos jurídicos para que as decisões fossem tomadas dessa forma (STRECK, 2016).

Dessa forma, ao defender a coerência das decisões judiciais, Streck afirma que

> Em outras palavras: a coerência só pode ser sustentada diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo a um sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que são sempre compreendidos conjuntamente). Portanto, novamente, esse julgamento foi um equívoco — julgou inconstitucional o próprio texto constitucional (STRECK, 2016).

Mais do que isso, o Supremo Tribunal Federal possui como grande dever a proteção da constituição, sendo despiciendo afirmar que no exercício de tal função está ele proibido de violar os direitos e garantias expressamente previstos na carta constitucional.

Travestida na premissa de combater a impunidade e a ineficiência processual para a responsabilização de criminosos, tais decisões refletem aquilo defendido por Streck quando afirma que a discricionariedade transforma juízes em legisladores, propiciando a criação do objeto de conhecimento (STRECK, 2013. p. 95).

Se a constituição diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e vivemos em tempos onde tal dispositivos constitucionais não possuem aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito em decorrência de um solipsismo judicial, mais do que nunca, citando o gato de "Alice no país das maravilhas", ao que parece, somos todos loucos aqui. Aparentemente, Humpty dumpty estava certo. A questão é saber quem vai mandar. Apenas isso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Política. 5. edição, trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

BARROSO, Luis Roberto**. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012.

BOCHENEK, Antônio Cesar; MORO, Sérgio Fernando. **O problema é o processo**. 29 de março de 2015. São Paulo: Estadão. Disponível em:<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo>. Acesso em 06/03/2019.

BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil**. Lei nº 11.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. Salvador: JusPodium, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20ª.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.** 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**.1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Sobre a fundamentação**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo.** 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional.** 19 de fevereiro de 2016. Disponível em**:** <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>Acesso em 06/03/2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 206, p.33-51, abr. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios.** São Paulo: Consultor Jurídico. 29 de março de 2012. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios > Acesso em 06/03/2019.

STRECK, Lenio Luiz. **A Katchanga e o Bullying interpretativa no Brasil.** São Paulo: Consultor Jurídico. 28 de junho de 2012. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil > Acesso em 06/03/2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O "decido conforme minha consciência" da segurança a alguém**? São Paulo: Consultor Jurídico. 15 de maio de 2014. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem > Acesso em 06/03/2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011.