

S762s Spolador, Theresa Carolina da Silva
Subsídios teóricos para limitar o ativismo judicial /
Theresa Carolina da Silva Spolador. - Curitiba, 2023.
87 f.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz
Barboza

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Poder judiciário – Brasil. 2. Poder judiciário e
questões políticas – Brasil. 3. Direito constitucional –
Brasil. 4. Controle da constitucionalidade – Brasil.

I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias – CRB-9/547

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL - UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA LIMITAR O ATIVISMO JUDICIAL

**CURITIBA
2023**

THERESA CAROLINA DA SILVA SPOLADOR

SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA LIMITAR O ATIVISMO JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Orientadora: Prof^a. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

CURITIBA
2023

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha mãe Marilsa Aparecida da Silva, que sempre me incentivou ao estudo, sempre esteve ao meu lado, sempre torceu e acreditou em mim, a quem tenho eterna gratidão e imensurável amor.

À minha avó Thereza Augusta da Silva, agradeço pelos vinte nove anos que esteve ao meu lado e por eu ter ficado com ela no último instante de sua vida. Nesse período do Mestrado, ela sempre esteve em meus pensamentos.

Agradeço, principalmente, ao meu companheiro Jorge Luiz de Oliveira, pelo apoio incondicional, sobretudo, na reta final da Dissertação.

Agradeço a experiência de ter gestado por sete semanas meu bebê Estrela, que me trouxe ressignificação e aprendizado.

Agradeço, em especial, à Prof.^a Dra.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza, minha orientadora, fonte de inspiração e pela sua exímia dedicação à pesquisa.

Agradeço a oportunidade de conhecer e aprender com os Professores do Mestrado Acadêmico de Direito da Uninter.

Por fim, agradeço ao PPGD da Uninter, especialmente à Secretaria e à Coordenação, que sempre esteve disponível a me atender quando precisei.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o Poder Judiciário em suas múltiplas perspectivas: sua crise, seu papel contemporâneo, seu desempenho, sua estrutura e sua necessidade de mudanças. Destaca-se nesse aspecto a evolução histórica, a qual teve seus desdobramentos com o Estado de Direito e com a transição para a democracia. Observa-se os países que tiveram esta passagem, em especial, o Brasil. Ademais, busca-se estudar o Ativismo do Judiciário para assim, investigar se é apropriado a aplicabilidade de forma irrestrita do Ativismo ou se há necessidade de sua limitação. Analisa-se o Constitucionalismo Popular que é uma das correntes críticas à supremacia do Judiciário, tendo Kramer como mentor. A teoria se posiciona em desfavor a atual composição do Judiciário como detentor da “última palavra” sobre a interpretação e aplicabilidade da Constituição, em que prevê o povo como responsável principal pela atribuição de qualquer sentido a este documento relevante (BARBOSA; ARAUJO, 2018, p. 57). Para estas ponderações, a dissertação está dividida em três capítulos. O primeiro capítulo discorre sobre a crise e o papel contemporâneo do Poder Judiciário. Dá-se especial ênfase ao desempenho do Poder Judiciário e sua estrutura; a figura do juiz; e por fim, a relativização da relação entre os poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo. Desta forma, o segundo capítulo é dedicado a apreciação das críticas ao Ativismo Judicial, o qual será analisado a função ativa do STF, a análise de casos de decisão política e moral; e, ao final, sobre a necessidade de mudanças do Poder Judiciário. Por derradeiro, no terceiro capítulo, inicia-se o estudo em relação aos subsídios teóricos para limitar o Ativismo Judicial; da teoria do Constitucionalismo Popular: resposta ao Ativismo Judicial; a utilização do Direito Comparado: na acepção do Constitucionalismo Popular; e, por último, a limitação de aplicação do direito: juiz *versus* povo. Para a tentativa de resolução do problema relativo à pesquisa, enfrenta-se, aqui, a questão: “É possível estabelecer critérios e limites para o modo como o Poder Judiciário decide as controvérsias da sociedade se utilizando do Ativismo Judicial?” Assim, como objeto da pesquisa, tem-se as seguintes hipóteses: I-A limitação do Ativismo Judicial com a utilização de subsídios teóricos e normas legais; II-A teoria do Constitucionalismo Popular seria uma forma de limitação do Ativismo Judicial; III-A interpretação e aplicação da Constituição seria satisfatória para limitar o Ativismo Judicial nos casos controversos. O método a ser utilizado na fase de investigação da dissertação será o indutivo. Finalmente, procede-se a uma síntese conclusiva das ideias expostas ao longo da dissertação, sob a forma de proposições objetivas. Estão, nas considerações finais, as três hipóteses elencadas, com base no que será estudado, as hipóteses I e III, restarão confirmadas, uma vez que as proposições testáveis responderão a solução do problema, no entanto, a hipótese II não será confirmada.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Poder Judiciário; Constitucionalismo Popular.

ABSTRACT

This research aims to analyze the Judiciary Power in its multiple perspectives: its crisis, its contemporary role, its performance, its structure and its need for changes. In this aspect, the historical evolution stands out, which had its improvements with the Rule of Law and with the transition to democracy. It is observed the countries that had this passage, in particular, Brazil. In addition, we seek to study Judiciary Activism in order to investigate whether the unrestricted applicability of Activism is appropriate or whether there is a need for its limitation. Popular Constitutionalism is analyzed, which is one of the currents that criticize the supremacy of the Judiciary, having Kramer as a mentor. The theory is positioned in disfavor of the current composition of the Judiciary as holder of the “last word” on the interpretation and applicability of the Constitution, in which it foresees the people as the main responsible received by any meaning to this relevant document (BARBOSA; ARAUJO, 2018, p. 57). For these considerations, the dissertation is divided into three chapters. The first chapter discusses the crisis and the contemporary role of the Judiciary. Special emphasis is given to the performance of the Judiciary and its structure; the figure of the judge; and finally, the relativization of the relationship between the powers: Judiciary, Legislative and Executive. In this way, the second chapter is dedicated to knowing the criticisms of Judicial Activism, which will analyze the active function of the STF, the analysis of cases of political and moral decision; and, at the end, on the need for changes in the Judiciary. Lastly, in the third chapter, the study begins in relation to theoretical subsidies to limit Judicial Activism; the theory of Popular Constitutionalism: response to Judicial Activism; the use of Comparative Law: in the sense of Popular Constitutionalism; and, finally, the limitation of application of the law: judge versus people. In an attempt to solve the problem related to the research, the question is faced here: “Is it possible to establish criteria and limits for the way in which the Judiciary Power decides the controversies of society using Judicial Activism?” Thus, as an object of research, we have the following hypotheses: I-The limitation of Judicial Activism with the use of theoretical subsidies and legal norms; II- The theory of Popular Constitutionalism would be a way of limiting Judicial Activism; III-The interpretation and application of the Constitution would be satisfactory to limit Judicial Activism in controversial cases. The method to be used in the research phase of the dissertation will be inductive. Finally, a conclusive synthesis of the ideas exposed throughout the dissertation is carried out, in the form of objective propositions. In the final considerations, the three hypotheses listed, based on what will be studied, hypotheses I and III, will remain confirmed, since the testable propositions will respond to the solution of the problem, however, hypothesis II will not be confirmed.

Keywords: Judicial Activism; Judicial Power; Popular Constitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. À CRISE E O PAPEL CONTEMPORÂNEO DO PODER JUDICIÁRIO	9
1.1 Do desempenho do Poder Judiciário e sua estrutura.....	18
1.2 A figura do juiz.....	23
1.3 A relativização da relação entre os poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo.....	27
2. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL	32
2.1 Função ativa do STF: análise de caso decisão política.....	38
2.2 Função ativa do STF: análise de caso decisão moral.....	42
2.3 A necessidade de mudanças do Poder Judiciário.....	44
3. SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA LIMITAR O ATIVISMO JUDICIAL	49
3.1 Da teoria do Constitucionalismo Popular: resposta ao Ativismo Judicial.....	53
3.2 A utilização do Direito Comparado: na acepção do Constitucionalismo Popular.....	59
3.3 A limitação de aplicabilidade do direito: juiz <i>versus</i> povo.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é um dos três órgãos que faz parte da tripartição dos Poderes e compõe o Estado, sua função precípua é interpretar e aplicar o direito. O Judiciário nasceu concomitantemente com o Estado de Direito e a democracia.

O órgão jurisdicional apenas atua se existir litígio, isto é, se for provocado. Deste modo, suas decisões são programadas, em que se decide fundamentando com base nas leis existentes na época dos fatos, na Constituição Federal, nos princípios gerais do direito e nos costumes, tendo sua decisão validade para cada caso específico, não podendo ser ampliada para os outros casos.

Atualmente, o Ativismo Judicial é um dos grandes impasses do Constitucionalismo Contemporâneo. Por isso, os limites e o controle do Poder Judiciário têm sido a temática de grandes e importantes debates na esfera da teoria do direito.¹ Gerando várias críticas direcionadas ao Ativismo Judicial e, conseqüentemente, ao Poder Judiciário, uma vez que deve ser feita a distinção entre julgar, legislar e administrar, já que teriam os juízes o papel apenas de aplicar a Constituição e as leis.²

Destaca-se que o poder decisório a respeito de assuntos polêmicos da sociedade está hoje nas Cortes constitucionais, a quem cabe interpretar a Constituição, como resultado, pronunciar a “última palavra”.³ Corrobora-se que a norma é o sistema central nos países da *civil law*, autorizando a análise dos fatos e a atuação jurisdicional apropriada. Assim, o ordenamento jurídico em códigos, faz-se um sistema completo e coerente, peculiar do romano germânico.⁴

Ocorre que, com o decorrer dos anos, o desempenho da judicatura tem sofrido mudanças e desta forma, gera instabilidade e críticas. Não é de hoje que se anseia pela evolução do Poder Judiciário, sendo que em vários momentos da história brasileira, tentou-se interferir na instituição, modificando sua estrutura e mudando seu papel. Inclusive, a Constituição de 1988 nasceu com esta vertente. Até mesmo frisa-se que os artigos com mais emendas são referentes ao Poder Judiciário.

¹ RODRIGUES, Alexandre Brandão; BITENCOURT, Caroline Müller. **O Cognitivismo Judicial como forma de Limitar e Controlar o Ativismo Judicial**. XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. ISSN 2447-8229. Edição 2016. UNISC.

² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

³ BARBOSA, Claudia Maria; ARAUJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de. **A Contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da Accountability Social sobre o Judiciário**. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%202%20direito%2053.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁴ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/080.pdf>>. Acesso: 25 abr. 2022.

A presente pesquisa tem como propósito perquirir sobre o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, sobretudo, à luz da Constituição de 1988. Pretende-se, também, proceder uma avaliação crítica sobre o Ativismo Judicial no Brasil com base nas premissas teóricas delineadas ao longo do trabalho.

O trabalho se volta na tentativa de resolução do problema relativo à pesquisa, enfrenta-se, aqui, a questão: “É possível estabelecer critérios e limites para o modo como o Poder Judiciário decide as controvérsias da sociedade se utilizando do Ativismo Judicial?”

A resposta-solução da problemática da pesquisa será afirmativa, poderá limitar o modo como os juízes decidem. Primeiro, o subsídio utilizado será a interpretação hermenêutica e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; segundo, a Constituição Federal é a lei superior do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se aplicar em todos os casos concretos, sem exceções; terceiro, o sistema tradicional *civil law* é o adepto pelo Brasil.

No Capítulo 1, alvitra-se reconstruir, em linhas gerais, a crise e o papel contemporâneo do Poder Judiciário. Dá-se especial ênfase ao desempenho do Poder Judiciário e sua estrutura; a figura do juiz; e por fim, a relativização da relação entre os poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo.

Já o Capítulo 2, é dedicado ao estudo das críticas ao Ativismo Judicial. Será analisado a função ativa do STF análise de casos de decisão política e moral; e, ao final, sobre necessidade de mudanças do Poder Judiciário.

A partir do Capítulo 3, inicia-se o estudo em relação ao subsídios teóricos para limitar o Ativismo Judicial; da teoria do Constitucionalismo Popular: resposta ao Ativismo Judicial; a utilização do Direito Comparado: na acepção do Constitucionalismo Popular; e, por último, a limitação de aplicação do direito: juiz *versus* povo. Finalmente, procede-se a uma síntese conclusiva das ideias expostas ao longo da dissertação, sob a forma de proposições objetivas.

1. À CRISE E O PAPEL CONTEMPORÂNEO DO PODER JUDICIÁRIO

No século XVIII, foi idealizado o Estado Liberal por Locke, na sua perspectiva, havia uma forte base individual e não intervencionista, sendo fundado na concepção que todos os indivíduos nascem iguais. À vista disso, suas habilidades deveriam ter maiores explorações, com base no resultado, integrando-se o ser humano à sociedade. A função do Estado e do Direito era demarcar o poder Legislativo, assegurar os direitos individuais face ao poder do Estado, e assim proporcionar o amplo desempenho das capacidades do indivíduo, princípios firmados na realização do Poder Judiciário dessa época.⁵

A divisão tradicional dos poderes se legitimou com o princípio democrático, que outorga uma nova inteligibilidade aos elementos do Estado de Direito. Logo, o Estado social de Direito é inseparável da formação do Estado democrático.⁶ Acrescenta-se, segundo Akel, que “Em sua origem, o conceito de Estado de Direito vincula-se ao de Estado liberal, mas neste não se esgota. O Estado de direito é o Estado racional que surgiu através de lenta evolução”.⁷ Afirma-se ainda, com a entrada em vigor das Constituições democráticas, advir uma nova forma de Estado, diferentemente do Estado de Direito que assume a denominação de Estado Constitucional.⁸

A definição de Estado de Direito é importante para o entendimento de democracia, neste norte. Pode-se dizer que a construção tem como base principal três pilares, quais sejam: o princípio da legalidade, o princípio da publicidade e o princípio do equilíbrio entre os poderes.⁹

Pode-se asseverar que o Estado de Direito é o Estado subordinado ao direito. Constata-se ainda a não simplicidade do Estado jurídico, tendo em vista que, todo Estado, podendo ser primitivo ou absoluto, tem um ordenamento jurídico, um direito objetivo. É preciso que para se alcançar o *status* Estado de Direito, subordina-se o Estado ao direito, e ainda, que este direito ao qual se subordina, seja a linguagem verdadeira do anseio geral.¹⁰

O exercício jurisdicional em todo Estado de Direito é exclusivo do Poder Judiciário.¹¹ Com isso, nota-se que a construção do poder de decisão dos regedores está ligada à democracia, à Constituição e ao Poder Judiciário. Akel explica, ainda, que “O direito opera por comandos

⁵ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.**

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.** Coimbra: Almedina, 2006. p. 208-209.

⁷ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual.** São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20.

⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y Constitución.** In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho.* Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 28.

⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil.** Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>>. Acesso em: 06 out. 2021.

¹⁰ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual.** p. 20.

¹¹ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual.** p. 20.

abstratos. A realização desses comandos e efetua-se através da atividade decisória judicial que, concretizando por imperativo abstratamente posto, cria a norma individual”.¹²

Os direitos por sua natureza são abstratos e apenas têm sentido no caso concreto. Nesta perspectiva, a abstração pertence aos direitos constitucionais em que se procurou minimamente concordância em relação a sua positivação. Elucida-se que apesar de ser impossível estabelecer limites nas decorrências do direito à igualdade, é admissível proteger sua existência na Constituição como valoração suprema a ser prezada por todos. Ocorre, portanto, como na maior parte dos direitos humanos e fundamentais, a concordância acontecer abstratamente, todavia não no concreto, isto porque a discordância faz parte da essência humana.¹³

Destaca-se, no Brasil, as circunstâncias para a concretização do Estado-providência sendo diferentemente da pertencente à Europa. À vista disso, com a promulgação da Constituição de 1988 estreou um novo modelo de Estado norteado à concretização dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, e direitos sociais, estabelecidos na Constituição. Nessa conjuntura, vê-se que o desempenho estatal cresce necessariamente para aplicação de políticas, objetivando a garantia dos direitos sociais. A inaptidão do Estado em exercê-las, forçou o Poder Judiciário para que este proteja por intermédio do Direito, o que o Estado não propicia pela Política.¹⁴

Binenbojm diz que: “Na sua origem, as modernas Constituições escritas representam a consagração, em uma norma de direito positivo, dos ideais do liberalismo político: governo limitado e respeita os direitos individuais”.¹⁵ Em linhas gerais, a norma constitucional serve para limitar o Estado para que este não adentre nos direitos de cada indivíduo.

O regime democrático se concretiza através do pluralismo ideológico e valorativo, mesmo que não seja necessário a estruturação do Judiciário totalmente concordante com ela, entretanto, é preciso se aprofundar e se aperfeiçoar. O Poder Judiciário, igualmente, se pluraliza através da sua estrutura, o qual permite os indivíduos conviverem com opiniões diferentes, pois há discussão internamente que resolvam os embates diversificados, formas para criar o mundo e o direito.¹⁶

Ressaltar-se-á finalmente que um sistema democrático apenas pode ser legitimamente considerado governo conforme o desejo do povo, e se os cidadãos são tratados como indivíduos

¹² AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 21.

¹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por meio dos Precedentes Judiciais**: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/98>>. Acesso em: 09 dez. 2022.

¹⁴ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 93.

morais independentes, zelados igualmente com respeito e consideração. Portanto, em se tratando dos direitos fundamentais, pode-se proferir “condições democráticas” sendo aquelas declaradas princípios constitucionais se não houvesse, não haveria que se falar em cidadania de forma ampla, muito menos de processo político deliberativo. Diante disso, os direitos fundamentais são uma condição democrática anterior a uma restrição à democracia.¹⁷

É admirável, no tocante, ao trabalho das teorias atuais em relação à democracia e os direitos fundamentais na acepção de demarcar o exercício da jurisdição constitucional, tendo em vista a compatibilidade com a separação dos poderes e harmonia entre eles. Confirma-se que os direitos fundamentais, hodiernamente, são requisitos consolidados peculiares à democracia. Por esse motivo, devem os direitos fundamentais abster-se de relacionar diretamente sobre discussões políticas, sob a guarda de uma instituição independente e com capacidade de subordinação dos outros poderes vislumbrando a autoridade moral e intelectual de suas decisões. Por certo, estas decisões, apesar de definitivas, acabam por passar ao crivo dos operadores do Direito, bem como por outros interessados.¹⁸

Prendergast acredita que a democracia está enfrentando uma degradação ou decadência por ser ameaçada constantemente.¹⁹ Observa-se que a democracia, por si só, necessita de proteção, considerando a sua concretude se derivar de lei, por consequência, os juízes devem estar preparados para a tutela da democracia. Traz-se a ideia de que a democracia, mesmo amparada

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. p. 91-92.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. p. 118.

¹⁹ “Democracy faces a standing threat from within through degradation or decay. Even if a polity’s ground rules of democracy are off-limits to ordinary democratic change, it still faces the possibility of externally caused degradation or destruction of the democracy that it has. Even clear and comprehensive ground rules for a democratic system are going to come into question in their interpretation and application at some point. Courts will be called to adjudicate and, accepting only weak legal indeterminacy theses, judges will have some degree of legally unconstrained choice as to which way some aspect of democracy should be structured. As noted above, these “first order” questions of political governance arise commonly. The above reflections are preliminary in opening up space within democratic theory for an express judicial role to review democratic processes. Democracy needs protection. Since democracy is realized through law, judges are going to have to get involved in any event. Accordingly, judges should be prepared, and it should be known that judges are so prepared, to protect Democracy”. “A democracia enfrenta uma ameaça constante de dentro através da degradação ou decadência. Mesmo que as regras básicas da democracia de uma política estejam fora dos limites da mudança democrática comum, ela ainda enfrenta a possibilidade de degradação ou destruição causada externamente da democracia que possui. Mesmo regras básicas claras e abrangentes para um sistema democrático serão questionadas em sua interpretação e aplicação em algum momento. Os tribunais serão chamados a julgar e, aceitando apenas fracas teses de indeterminação legal, os juízes terão algum grau de escolha legalmente irrestrita quanto à forma como algum aspecto da democracia deve ser estruturado. Como observado acima, essas questões de “primeira ordem” de governança política surgem comumente. As reflexões acima são preliminares para abrir espaço dentro da teoria democrática para um papel judicial expresso para revisar os processos democráticos. A democracia precisa de proteção. Como a democracia se realiza por meio da lei, os juízes terão que se envolver em qualquer evento. Assim, os juízes devem estar preparados, e deve-se saber que os juízes estão preparados, para proteger a democracia”. PRENDERGAST, David. **The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism**. German Law Journal, 2019. p. 251-252.

pelas normas, sempre haverá questionamentos quanto sua aplicação e interpretação em um dado momento.

Deste modo, mesmo que a democracia e o princípio da soberania popular sejam consagrados, as cartas constitucionais contemporâneas prescrevem a respeito da forma a serem aplicadas para a manifestação da vontade da maioria, e acerca dos conteúdos mínimos que devem ser considerados pelas instituições representativas dessa vontade, sem tentar eliminar. Exemplificando, coloca-se a democracia como um jogo, a norma constitucional seria a cartilha das regras e, os jogadores, seriam os agentes políticos que representam o povo. Nesta situação, à jurisdição constitucional desempenha a função de ser o árbitro do jogo democrático.²⁰

Nesse diapasão, Zaffaroni expõe “A preocupação pela imparcialidade, em nossa concepção do mundo e do direito, quer dizer, nos limites conceituais das modernas democracias, é algo que somente interessa às democracias, que, ademais, são as únicas as quais estão em condições de provê-la”.²¹ Completa-se a imparcialidade ligada à democracia, no entendimento do mundo e do direito, e é dentro da democracia que ocorre a equanimidade.

A democracia atualmente não é regra da maioria, isto porque as minorias têm proteção legal através da Constituição escrita, o que não se pode modificar. Neste ponto de vista, enseja-se que a democracia, uma carta de direitos, é parte principal do ordenamento jurídico, por conseguinte, os juízes protegidos das pressões da política partidária são responsáveis pela sua aplicação.²²

Na segunda metade do século XX, percebe-se uma grandiosa modificação nos ordenamentos jurídicos que ocorreu devido à revolução dos direitos humanos. Conseqüentemente, muitos países são adeptos das Constituições democráticas, inseridos os catálogos de direitos fundamentais, a exemplo no Brasil com a Constituição de 1988, ou incluídos documentos internacionais para salvaguardar os direitos humanos. Realça-se a transformação de pilar nas estruturas jurídicas do sistema de *civil law* para dar preferência aos direitos humanos fundamentais o que muda substancialmente a atuação da jurisdição constitucional na apreciação do direito, já que não é possível uma classificação por suposição desses direitos. Isto é, mesmo estando escrito em uma norma, não tem como estabelecer o desfecho de sua apreciação no caso concreto.²³

Quanto a definição da democracia, Garapon ensina que:

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. p. 48.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. p. 93.

²² HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**: as origens e conseqüências do novo constitucionalismo. Londrina: EDA, 2020. p. 30.

²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por meio dos Precedentes Judiciais**: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

No conceito democrático, a justiça é objeto de sentimentos mistos. Ao mesmo tempo que dela se espera tudo, é-lhe negado o direito de julgar os casos muito importantes. A democracia lhe pede o impossível, mas não aceita muito bem sua dimensão puramente humana, mais visível nela do que em qualquer outro regime. A justiça democrática vê-se envolvida no imperativo contraditório: ao mesmo tempo em que enfrenta desafios de amplitude desconhecida até então, ela vê sua intervenção contestada. Nunca ela foi tão idealizada, nunca pareceu tão frágil, porquanto seus instrumentos parecem não poder melhorar. No entanto, é preciso julgar, apesar de tudo.²⁴

Atenta-se que há um conflito entre a democracia e a justiça, em que muitas às vezes, a democracia exige algo além do que a justiça pode oferecer. Assim, a justiça democrática se encontra em uma ordem contraditória. Em outras palavras, entende-se por justiça o próprio Poder Judiciário que em muitos casos é impedido de julgar, têm-se exigências nas quais não se pode atuar, por ser impedido devido a própria democracia.

No século XIX, de um lado os políticos, ciumentos de seus poderes, e do outro lado os operadores do direito, encantados pela percepção renovadora da norma, demonstravam-se desfavoráveis a qualquer autoridade indicada que se demonstrasse adversário do Poder Legislativo, e, fundamenta-se nessa acepção precisamente legalista e unitária das referências do direito, acreditando poder diminuir a atuação judicante a um desempenho dependente e inferior de agente de aplicação de um direito já existente e externo a ele, órgão sem poder próprio.²⁵ No entanto, logo os profissionais do direito aceitaram o Poder Judiciário como possuidor específico de desempenho específico, titular de autoridade e com capacidades determinadas.²⁶

Com início da segunda metade do século XX, destaca-se que o Judiciário se apropriou de uma nova função interpretativa, com a ocorrência da revolução dos direitos humanos e a conseqüente judicialização da política.²⁷ Cumpre aqui salientar que as Cortes Supremas e os Tribunais Supranacionais têm se transformado em estruturas gradativamente importantes na tomada de decisões políticas.²⁸ Quanto a separação de poderes, a mesma é delimitada pela divisão do labor, sendo também motivada por um princípio de freios e contrapesos.²⁹

A jurisdição constitucional, nesta perspectiva, de acordo com o positivismo escrito, não tem nenhum cerceamento pelo princípio da separação de poderes: é a Constituição como preceito normativo superior quem constitui o Estado e aparelha o sistema de freios e contrapesos, dando

²⁴ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 155.

²⁵ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 122.

²⁶ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 122.

²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p. 200.

²⁸ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**: as origens e conseqüências do novo constitucionalismo. p. 29.

²⁹ PRENDERGAST, David. **The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism**. p. 252.

aos juízes constitucionais capacidade para anular ou dispensar de aplicar de acordo com o fato, as leis inconstitucionais.³⁰

Leite acrescenta, além disso, que:

No Brasil, o Poder Judiciário, incluindo o STF, não tem ficado de fora do raio de investidas de Governos autoritários. Com o golpe civil-militar de 1964, vivenciou-se o colapso do constitucionalismo brasileiro com o conseqüente do seu arcabouço institucional. Aqui, está-se diante de um modelo – por assim dizer – “clássico” de autoritarismo, em que existe a própria quebra da legalidade e da institucionalidade democrática, que é substituída por uma nova ordem na qual as lideranças políticas atuam sem qualquer preocupação em camuflar ou suavizar medidas arbitrárias com alguma aparência de legitimidade.³¹

Vê-se que no Brasil há inaplicabilidade da lei e desrespeito com o sistema democrático, já que autoridades políticas agem em conformidade com seus interesses escusos ou de terceiros, com a exteriorização de legalidade.

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos acolhido pela doutrina, sua função é aplicar contenciosamente a lei a litígios. Anteriormente e ainda hoje, o Poder Judiciário é formado para determinar e assegurar a aplicabilidade da legislação, e assim, garantir a inviolabilidade dos direitos individuais, além do mais, é autônomo e independente. O Poder Judiciário somente age se existir lide, ou seja, se for provocado, apenas se pronúncia sobre casos individualizados. Assim, diferentemente do Poder Legislativo, suas decisões são programadas e não programantes. De outro modo, decide-se fundamentado na lei, na Constituição, nos princípios gerais do direito, nos costumes, e sua decisão tem validade para o caso específico para o qual foi provocado, não podendo ser ampliada para os outros casos.³²

Há ideia de que cada Constituição deve ser construída para um tempo e espaço determinado, tendo em vista que ainda parece viver naquele momento da década de 90, quando a tutela dos direitos humanos, lei, poderes controlados e equilibrados, Poder Judiciário independente, entre outros, eram objetivos universais que todos queriam compartilhar.³³

Aduz-se, mundialmente ao longo dos últimos anos, que se tem presenciado uma mudança fascinantemente acelerada chamada de: juristocracia.³⁴ Esta, por sua vez, de alcance mundial em

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. p. 60.

³¹ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático*: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. 2. ed. Lumen *Juris* Direito, 2021. p. 336.

³² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes*: um princípio em decadência?. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>>. Acesso em: 06 out. 2021. p.13-14.

³³ SCHEPPELE, Kim Lane. *Worst Practices and The Transnational Legal Order (Or How To Build a Constitutional “Democratship” In Plain Sight)*. (The University of Toronto 2016) Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

³⁴ Definição de juristocracia: [...] regime em que boa parte das decisões políticas está a cargo de juízes, não-eleitos e não-destituíveis e responsabilizáveis como o são os agentes políticos. HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia*: as

mais de oitenta países e em muitas entidades supranacionais, alterações constitucionais têm delegado uma porção inédita do poder de instituições representativas para os judiciários.³⁵

É sabido que a Constituição vigente expandiu, entretanto, há controle da influência direta do Judiciário sobre as citadas questões políticas. Não há limitação quanto a este controle na perspectiva formal, porém, permite a ele ampliar a submissão aos princípios, como elencado no artigo 37, que são a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Vislumbra-se que ajustado com o acontecimento do qual esta Constituição, em muitas questões, leciona a disciplina as matérias específicas, estendeu o controle judicial que, deste modo, relacionando-se a estas questões não fica simplificado à análise de legalidade.³⁶

Desta forma, a autonomia do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual. Dessarte, haja no Estado órgãos independentes que aplicam a lei, até mesmo em face o governo e contra a administração, é imprescindível para a liberdade e a tutela dos direitos humanos. Por esta razão, foi alterada a doutrina clássica, de modo a construir o Judiciário em poder do Estado, com exercício próprio. Conclui-se, por certo, que a intenção era blindar o Poder Judiciário, afastando o governo da administração da justiça.³⁷

Percebe-se que não é novidade a concepção do modelo liberal de desempenho do Poder Judiciário estar em crise. O acréscimo da dificuldade do Estado e o aparecimento de novos atores no jogo dos interesses jurídicos, vão provocar o prejuízo de legitimidade das instituições tradicionais e a conexão de novos canais do consenso social.³⁸

Capellari define a crise no Poder Judiciário:

Comumente associam-se ao Poder Judiciário, como elementos que caracterizam sua crise e provocam o descontentamento difuso da maioria da população: (a) a lentidão/morosidade na solução de litígios; (b) o alto custo operacional da atividade jurisdicional; e (c) a dificuldade de acesso à justiça.³⁹

Na visão da maioria dos juízes⁴⁰, as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário ocorrem principalmente por insuficiência de recursos materiais, ou de problemas relativas às normas, do que falhas internas à instituição ou atitudes de seus servidores. Logo, os problemas ao bom

origens e consequências do novo constitucionalismo. p. 24.

³⁵ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. p. 29.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 213.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 214.

³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil**.

³⁹ CAPELLARI, Eduardo. **A Crise do Poder Judiciário no Contexto da Modernidade**: a necessidade de uma definição conceitual. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/727/Capellari%20Eduardo_152.pdf?sequence=8&isAllo wed=y>. Acesso em: 26 abr. 2023.

⁴⁰ Entrevista realizada com 570 juízes brasileiros.

desempenho do Poder Judiciário encontram-se, especialmente em causas externas à magistratura, problemáticas que a judicatura têm pouco domínio ou responsabilidade.⁴¹

As duras críticas ao Judiciário têm ocorrido de forma constante, dentre elas, destaca-se a morosidade⁴². Falhas na aplicação da justiça são assuntos presentes na mídia, propulsionando movimentos populares e o surgimento de novas formas para a dirimir os conflitos. Acontece que estes delineamentos não particularizam o Brasil e muito menos os países que, recentemente, tornaram-se democráticos. Nas democracias mais antigas ou mais consolidadas, tendo como exemplos, a Inglaterra, a França, a Itália, os Estados Unidos, é evidente a insatisfação com a instituição e com a função de solucionar os conflitos e aplicar a justiça, tem-se mostrado na criação de comissões incumbidas de encontrar soluções, ou em demandas por uma justiça acelerada e eficiente dirigidas por expressivos setores da sociedade.⁴³

Segundo Leite, a questão está em entender que as ações e ferramentas democráticas são desvirtuadas para enfraquecer a democracia. Nesta situação, a intimidação à independência do Poder Judiciário igualmente não acontece de um violento ataque a sua estrutura ou aos seus membros. Os métodos são mais pormenorizados e são falseados por trás de sistemas que, de fato, são agraciados na própria ordem constitucional ou importados de outros países democráticos, no entanto, exercendo a um desígnio diferente do que se utiliza em seu país de origem.⁴⁴

Especialmente no Brasil, a mudança democrática ocorre como o tempero apimentado de todo o processo. A definição de transição democrática para a teoria política, repartição de poderes e construir novamente as regras do jogo político, possibilita, à vista disso, uma época de debate marcante a respeito da lei e da análise a ser dada ao direito *in fieri*.⁴⁵

Denota-se que ao invés de agir como garantidor da Constituição, o Tribunal começa a trabalhar como legitimador da ordem autocrática, erguido exatamente a partir da deformação do regime democrático. Logo, observa-se uma considerável mudança de papéis do sistema de justiça.

⁴¹ SADEK, Maria Tereza. **A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes**: resultados de uma pesquisa quantitativa.

⁴² Entrevista realizada com 570 juízes. **Tabela 3** Causas da morosidade da justiça (em porcentagem): Alto número de recursos 73,2%; Interesse dos advogados 58,4%; Interesse das parte envolvidas no processo 53,5%; Lentidão dos tribunais de justiça 49,1%; Interesse do Poder Executivo 48,2%; Comportamento da polícia/delegacia 43,7%; Comportamento dos cartórios 40,7%; Morosidade dos juízes 35,6%; Intervenção excessiva da promotoria 17,9%. SADEK, Maria Tereza. **A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes**: resultados de uma pesquisa quantitativa. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/00003c/00003c93.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁴³ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934/28712>>. Acesso em: 06 out. 2021.

⁴⁴ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. p. 299.

⁴⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil**.

Sob uma nova ótica da ordem autoritária, isto remete que seu exercício, muda unido com ela, e o juiz constitucional, altera-se, ele próprio, em fiador do legalismo autocrático.⁴⁶

Assinala-se que este período de mudança para a democracia⁴⁷, ou seja, transição de um sistema normativo autoritário⁴⁸ para um enquadramento de regras do jogo mais abertas e claras, é sublinhado, no Brasil, por uma enorme crise de hegemonia política⁴⁹. Tem-se a isso, uma lacuna institucional, na qual as regras do jogo demonstram serem menos relevantes do que os elementos carismáticos do processo político. A lei acaba sendo um mecanismo moderadamente debilitado no período em que a crise dos sistemas de articulação do consenso, do Legislativo ao Judiciário, atravessando também pelo Executivo, coloca-se em debates todos os valores sociais.⁵⁰

Isto posto, passa-se a viver uma conjuntura de enorme mal-estar constitucional, que muito embora, não se mistura com uma crise clássica de constituição. Desta maneira, estas atitudes praticadas constantemente têm reproduzido, na realidade, ensaios de enfraquecimento paulatinamente sutil e permanente do STF, inutilizando o sistema de freios e contrapesos. Justamente no período do constitucionalismo abusivo⁵¹, de que o *bullying* constitucional⁵² é

⁴⁶ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional.** p. 306.

⁴⁷ Não é nova a ideia de que o modelo liberal de exercício da judicatura está em crise. O aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos atores no jogo dos interesses jurídicos vão desencadear a perda de legitimidade das instituições tradicionais e a articulação de novos canais de consenso social. É exatamente num contexto marcado por essa mobilidade institucional e em resposta a essas exigências que emergem os movimentos de juízes questionadores da eficácia do modelo liberal. Na Europa, fenômenos muito parecidos ocorreram na França e na Itália pós-1968, em Portugal e Espanha pós-redemocratização. Entre nós, de forma lenta e gradual, a magistratura começa a sentir os efeitos desse processo de rediscussão de suas funções a partir da década de 80 e, com mais intensidade, após a promulgação da Constituição de 1988. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil.**

⁴⁸ É nesse contexto que a Constituição de 1988 é promulgada, após um longo período de autoritarismo e sob uma nova fase de intensa participação popular, traçando em linhas gerais a arquitetura de um Estado Democrático Constitucional de Direito, com vistas a criar as condições jurídicas e institucionais para a efetivação dos direitos fundamentais e atender as promessas da modernidade, com algumas décadas de atraso em relação aos países centrais. CAPELLARI, Eduardo. **A Crise do Poder Judiciário no Contexto da Modernidade: a necessidade de uma definição conceitual.**

⁴⁹ Essa crise de representatividade, ou rompimento dos partidos tradicionais e das entidades associativas das classes dominantes com a política governamental, representa a chamada crise de hegemonia, restando às diversas frações dominantes, de modo a orientar as bases com as quais serão defendidos os interesses da burguesia na sociedade política. O sentido deste fenômeno aponta para as formas de sua realização em um período histórico no qual a classe dominante já perdeu a capacidade de assimilar a seu projeto os grupos subalternos. MOREIRA, João Paulo de Oliveira. **Crise de Hegemonia no Brasil nos anos 1980: o plano cruzado e as tensões intraclasses dominantes.** Disponível em: <<https://e-revista.unioeste.br/index.php/alamedas/article/view/17010>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil.**

⁵¹ A Constituição Federal brasileira prevê cláusulas de eternidade nos seguintes termos no art. 60, §4º, CF: “§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes; IV- os direitos e garantias individuais”. O constitucionalismo abusivo ocorre, por exemplo, a) com a desconsideração da forma federativa de Estado por meio da centralização inconstitucional das competências no governo central e na Presidência da República, b) com o ataque ao núcleo essencial do processo eleitoral competitivo e periódico e c) com a afronta aos elementos estruturais da separação dos poderes e ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo.** Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

⁵² Em uma democracia constitucional, nenhuma instituição está imune a críticas e questionamentos. Entretanto, o que

somente um dos ângulos, o AI-5 vem oculto na liberdade de expressão de líderes autocráticos ou nas entrelinhas de um, visivelmente desprezioso, *tuíte*.⁵³

Quanto o constitucionalismo abusivo, no Brasil, um exemplo é à promulgação da Emenda Constitucional nº 16, em 04 de junho de 1997, a qual modificou o §5º do art. 14, autorizando a reeleição dos cargos de Presidente da República, dos Governadores do Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos para um período seguinte.⁵⁴

Feitas estas considerações a respeito do Poder Judiciário sobre a crise e seu o papel contemporâneo, dá-se início ao estudo do seu desempenho e sua estrutura.

1.1 Do desempenho do Poder Judiciário e sua estrutura

Uma análise a vários textos legais e constitucionais, demonstram que em distintos momentos na história brasileira, buscou-se interferir na instituição, transformando sua estrutura e mudando seu papel. Até mesmo a Constituição de 1988, veio com este viés, com alteração para uma justiça mais rápida e eficiente. Vislumbra-se que os artigos com mais emendas são referentes ao Poder Judiciário. Comprova-se, com isso, a insatisfação com o desempenho da justiça brasileira, sobretudo, com o seu aprimoramento.⁵⁵

A Constituição de 1988 no Capítulo III, artigo 92 e seguintes, trata, especificamente, a respeito do Poder Judiciário, que estabelece quais são seus órgãos, suas competências e as garantias dos juízes.⁵⁶

Não é de hoje, que há um descontentamento ao Poder Judiciário, desde a forma como os juízes exercem sua jurisdição quanto a estruturação que compõe o Judiciário. Desempenhar a função jurisdicional não é um ofício fácil, por outro lado, alinhar esta função é necessária em prol de todos.

A atividade judicante é habitualmente um desempenho que percorre os três poderes, uma vez que inicia de uma lei votada por intermédio do Poder Legislativo e exercida através do Poder

se tem observado é um movimento inédito no período pós-88. Não se vivenciara, até então, uma série de ataques ao STF através de intimidações, retaliações ou ameaças de descumprimento de suas decisões. Denominados “*bullying* constitucional” essa estratégia em promover agressões reiterada e contínuas à Corte [...]. LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. p. 315.

⁵³ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. p. 315-318.

⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Noberto. **Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo**.

⁵⁵ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes**. p. 36-37.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.

Executivo. Resulta-se, que essa ligação mais difícil quando ao Poder Judiciário se confere o desempenho de julgar a constitucionalidade de leis ou atos normativos editados pelos outros poderes. Preconiza-se que o Judiciário, em tal caso, estará julgando o Legislativo e Executivo, que, usualmente, têm sua competência ordenada em fundamentos objetivos, sejam eles: eleições, mandato temporário, mecanismos de controle variados, entre outros.⁵⁷

Esta transição do Poder Judiciário entre o Poder Legislativo e Poder Executivo pode gerar uma indisposição entre eles, visto que o Poder Judiciário acaba decidindo contrariamente ao que, de início, os poderes tinham por certo.

Salienta-se o desempenho independente e eficaz do Poder Judiciário, que tem sido impedido por dificuldades principalmente a sua estrutura administrativa. Realmente, o aumento expressivo do número de ações⁵⁸ e o acréscimo do lapso temporal de tramitação dos processos⁵⁹, mostram um cenário de debilidade que enfraquecem a efetividade da prestação jurisdicional.⁶⁰

Destaca-se que, até mesmo, a escassez de análise vai além, pelo motivo de que não é raro que se desprezem ou não se detalhem as atribuições que se quer conferir ao Poder Judiciário. Todas as entidades devem executar certos encargos e sua estrutura melhorada derivar da transparência da competência anteriormente dessas atribuições, ou seja, a estrutura melhorada de uma entidade será sempre a que a habilite para o excelente desempenho que será realizado. Quando suas competências não estão bem definidas para serem realizadas, ocorre o mesmo com seus modelos estruturais.⁶¹

Evidencia-se nos países da *civil law* a atribuição da norma ser diferente. A lei é o componente principal do sistema, que vai autorizar o exame dos fatos e a prestação jurisdicional correta. A estruturação e classificação das leis codificadas, idealizam executar um ordenamento jurídico inteiro e coerente, pertencente ao sistema romano-germânico.⁶²

⁵⁷ BARBOSA, Cláudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.**

⁵⁸ 27,7 milhões de novas ações ingressaram no Poder Judiciário, aumento de 10,4% entre 2020 e 2021. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.** Justiça em Números 2022: ano-base 2021/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

⁵⁹ Em geral, o tempo médio do acervo (processos pendentes) é maior que o tempo da baixa. As maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 6 meses) e da Justiça Estadual (5 anos e 9 meses). **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.** Justiça em Números 2022: ano-base 2021/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2022.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 512.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 21-22.

⁶² BARBOSA, Cláudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.**

Além do mais, percebe-se ainda que a interpretação pode ser escassa, permitindo-se com exceção a criação judicial.⁶³ É necessário se ater para os países filiados à tradição romanística, pois está criação do direito pelo juiz, implicando na realidade, uma inadequação ao sistema. Nos países de *civil law*, está uma causa latente para justificar o desempenho secundário dos juizes. A delimitação da ação interpretativa forma uma das essenciais questões de política jurídica no mundo romano-germânico.⁶⁴

No Brasil, subordina-se ao sistema da *civil law*, considerando que no ordenamento jurídico a Constituição Federal de 1988 é a primeira fonte para solucionar o caso concreto. Acontece que, a exemplo, mesmo adepto ao sistema *civil law*, há casos na qual a criação judicial ocorre, tornando, na verdade, o juiz como papel principal. Ante aos casos excepcionais de criação judicial quando não há uma norma escrita, o juiz estaria autorizado, através do poder discricionário, a criação de um direito novo⁶⁵ e aplicar de forma retroativa ao caso.

Os direitos fundamentais instituídos como normas, de matéria moral, obrigam um sentido para seu conteúdo, já que o Poder Judiciário acaba tomando para si uma nova função que inclui decisões as quais reproduzem a moralidade política da sociedade. Ressalta-se a insegurança ocorrida sobre matérias de cunho moral e político, em que não existe uma concordância por parte da sociedade, conseqüentemente são decididas por um poder não eleito pelos cidadãos.⁶⁶

Uma das problemáticas as quais permeiam o Poder Judiciário brasileiro, e gera um descrédito em sua atuação é justamente as decisões de conteúdo moral⁶⁷ e político⁶⁸. Em especial,

⁶³ Veja-se que DWORKIN refuta a concepção positivista que nos casos nos quais inexistente a incidência de uma regra expressa, o magistrado estaria autorizado, por meio de um poder discricionário, a criar um direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso. Quando ele critica o modelo de regras, significa que este modelo não dá mais conta da complexidade da sociedade atual. Ainda, é possível afirmar que uma vez que a Constituição supera o modelo de regras, naquilo que se tem, aparentemente, um modelo de regras, se tem por trás um princípio. O direito como integridade gera, destarte, a consistência necessária para um modelo de princípios. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea.

⁶⁴ BARBOZA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.**

⁶⁵ Em que pese referida afirmativa, é possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas *civil law*, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional, quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais, que não está no texto constitucional. Nessa dimensão, diferente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo sem qualquer compromisso com o passado, também no *civil law* é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade. Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea.

⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por meio dos Precedentes Judiciais:** uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

⁶⁷ Decisão do STF de conteúdo moral: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, que será explicada no Subcapítulo 2.2.

⁶⁸ Decisão do STF de conteúdo político: Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que serão explicadas no Subcapítulo 2.1.

são decididas pelo STF, ministros nomeados pelo Presidente da República e chancelados pelo Senado Federal.

Frisa-se, entretanto, o entendimento de acréscimo a responsabilidade política de juízes e tribunais estarem, obrigatoriamente, ligada a uma apropriada base administrativa da Justiça e entidades auxiliares, com os equipamentos de tecnologia das estruturas dos judiciários e a verbas utilizadas para modernização técnica e aprimoramento de seus servidores. Identifica-se que apenas desta forma será atingível a modificação de acepção alvitrada, o qual atinge não somente os juízes, mas também advogados, membros do Ministério Público e servidores.⁶⁹

O Poder Judiciário não pode ter apenas uma função, mas sim uma função plural. Explica Zaffaroni que “O judiciário, como qualquer outra instituição, não pode ter uma única função. A análise sociológica revela uma pluralidade de funções reais e latentes, e inclusive o discurso jurídico-político não pode, pelo menos, deixar de reconhecer-lhe uma pluralidade funcional”.⁷⁰ De fato, ao Poder Judiciário não cabe apenas julgar as lides, sua função vai além de atos ordinatórios, despachos e sentenças, é principalmente interpretar a lei e aplicar o direito ao caso concreto.

Barbosa menciona sobre a deficiência de legitimidade da judicatura, “A transposição desse *déficit* de legitimidade por parte do Poder Judiciário, a par das observações já realizadas, depende de uma maior transparência na sua atuação, o que ainda não se verificou”.⁷¹ Atenta-se que o Judiciário acaba trocando sua legitimidade por considerar esta anormalidade, desta maneira, acaba não tendo uma clareza na sua função.

O desempenho do Poder Judiciário através dos juízes tem natureza diferente. Suas decisões são expressões de um poder-dever de Estado, que centraliza o direito e validam o sistema de coerção. Ademais, diverso do que acontece em outros momentos, os jurisdicionados não optam pelos juízes que vão lhes exercer a jurisdição, isso se instala em mais um motivo de instabilidade de legitimidade do Poder Judiciário.⁷² Vê-se que as decisões são mandamentais, nelas contêm a validação do direito.

Alia-se que a legitimidade do Poder Judiciário, deve estar bem definida, Zaffaroni discorre sobre a dificuldade cujo Judiciário tem de atuar, já que não possui suas funções de forma clara:

Uma sábia política institucional orientar-se-á sempre no sentido de afastar-se do “disparate”, procurando aproximar da estrutura a idoneidade para o cumprimento das funções manifestas. Este primeiro passo, no judiciário, é dificultado por não estarem suficientemente esclarecidos os limites e até mesmo a natureza das funções manifestas.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 123-124.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. p. 35.

⁷¹ BARBOSA, Cláudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

⁷² BARBOSA, Cláudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

Teóricos e políticos discutem-nos com linguagem que às vezes está tão impregnada de equívocos que quase implica na negação da própria linguagem: “poder”, “função”, “serviço”, “apoliticidade”, “independência”, “imparcialidade” etc. seguem uma lista interminável de vocábulos polivalentes, usados frequentemente como elementos autoritários que apenas servem para fechar discussões, nas quais ninguém entende o interlocutor.⁷³

Entende-se haver uma inobservância quanto aos limites e as funções o qual o Poder Judiciário deve exercer, necessita-se definir seu papel para que haja uma melhor prestação jurisdicional. A fim de não ter dúvidas, inclusive, para se compreender melhor os vocábulos usados com a finalidade de definir sua atuação.

Deseja-se de o juiz uma decisão fundamentada no ordenamento jurídico. De acordo com o raciocínio estabelecido no direito positivo, segundo ponderava Montesquieu, ao juiz incumbiria a aplicabilidade automática da lei. Ainda, almeja-se de forma ideal a atividade jurisdicional como uma operação silogística, que lentamente vem sendo ultrapassada por ser deficiente, possibilita-se ao juiz a certa compreensão da lei, procurando-se por intermédio dela a obtenção da decisão legal, mesmo que seja injusta.⁷⁴

Sob outra perspectiva, não adiantaria ao jurisdicionado uma decisão baseada no ordenamento jurídico, se a mesma não traz a aplicação do direito almejado, o que a torna injusta.

Barroso cita a postura transparente a qual juiz deva ter, evidentemente, a função independente do juiz na elaboração da sua convicção e nas suas decisões é intocável. Não obstante, o desempenho jurisdicional é executado por agentes públicos que, iguais a outros, estão subordinados a obrigações objetivamente mensuráveis, deve redefinir-se como toda atuação do Estado de clara transparência.⁷⁵

A função do Poder Judiciário é a jurisdição, ou seja, dizer o direito ao caso concreto, como um terceiro que não esteja vinculado com as partes perante um litígio, porém, na verdade, simplesmente é um sinal da natureza do desempenho da judicatura, sem produzir uma definição de sua complexidade e muito menos de sua importância política.⁷⁶

Em síntese, o desempenho e estrutura do Poder Judiciário precisam de uma delimitação para melhor funcionamento do aparelho jurisdicional. Agora, passa-se a analisar a figura do juiz dentro da jurisdição.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 22.

⁷⁴ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.**

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** p.133-134.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 35.

1.2 A figura do juiz

Ter um Judiciário bem estabelecido é essencial para garantir os direitos, mas não é suficiente. Os juízes devem ter uma preparação adequada, estar cientes de suas responsabilidades e estar bem equipados para garantir a justiça. A independência do Poder Judicial é um requisito prévio, integral e indispensável.⁷⁷

Caracteriza-se por três ações fundamentais: a investigação do estado factual, objeto da controvérsia; a determinação da norma jurídica aplicável e a pronúncia do resultado jurídico que decorre da assunção do estado fático aos princípios jurídicos: a norma individual.⁷⁸

Uma maior facilitação ao acesso ao Judiciário é vista como uma reação contra o dogmatismo jurídico, uma forma de deterioração do positivismo jurídico. Ao ignorar as dimensões axiológicas e sociais do direito, a identificação do fenômeno jurídico acabou sofrendo uma simplificação baseada na realidade unilateral da norma.⁷⁹

Os agentes públicos de cargo eletivo passaram a ser mais bem preparados do que os juízes, no tocante ao manejo da opinião pública. Assim, criam-se disputas, criando falsas expectativas de uma resolução na esfera judicial. Quanto aos juízes, eles muitas vezes satisfazem seu ego a ponto de ganharem a atenção do público devido. Portanto, não constata-se que estão desprovidos de novas expectativas, ato contínuo, as mesmas se transformarão em meras decepções.⁸⁰ Porém, no que tange a transferência de conflitos sociais se evidencia que não são os juízes que recorrem a via judicial ou transferem as questões políticas para os tribunais.

No Brasil, os juristas e, principalmente, os juízes, representam a consciência moral da vida social, política e econômica, o papel de guardião da moralidade pública recai sobre eles. Apesar das queixas amargas, o distanciamento da política e do dinheiro foi subitamente transformado em vantagem. Sua esperança é que eles possam ser considerados como o último bastião da moralidade e do desinteresse por uma República abandonada por seus servidores. Isto desperta pensamentos sombrios no imaginário latino. Certamente, novas expectativas surpreendem uma magistratura que ainda não foi adequadamente preparada para desempenhar esse papel, causando exageros, ainda que em menor número, mas que mesmo assim merecem exame, pelo menos para que sejam ajustados.⁸¹

⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 46.

⁷⁸ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. p. 21.

⁷⁹ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19-20.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. p. 33.

⁸¹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. p. 55.

Geralmente, as pessoas acreditam que determinadas decisões políticas, como as proferidas pelos juízes que são detentores do monopólio dos poderes coercitivos do Estado, só devem ser tomadas quando realmente necessário ou permitido por lei. Para estes, existe uma limitação quase total. Todavia, tem-se não se tratar de algo realmente absoluto, pois estas mesmas pessoas que defendem a aplicação da norma positivada ao caso concreto, em determinados momentos, em um relapso de sentimento moral e ético, almejam que os juízes simplesmente ignorem a legislação, proferindo sentenças fora de contexto com as legislações existentes, quando consideram estarem ocorrendo uma injustiça ou por ser ineficiente. Na análise jurídica, há uma quarta etapa: o nível da decisão judicial, onde a questão do conhecimento é colocada, ou o nível dos políticos, dos quais geralmente se espera que apliquem a lei.⁸²

Percebe-se haver um misto de defensores de ambas as vertentes, seja na aplicação da lei na íntegra, ou em certos casos concretos, na utilização de bom senso, valor moral e ético apenas.

Akel entende que “A atividade interpretativa do julgador, ao buscar o real sentido da norma, não se limitar à sua reprodução, porque nela se insere a sua contribuição no sentido de “constituí-la em seus valores expressivos””.⁸³ Já Nalili, “O juiz é o condutor do processo. A ele incube fazê-lo o tramitar de maneira regular, célere e não temerária”.⁸⁴

Como alude Dworkin, a legislação pode até parecer cristalina para quem lê, entretanto, quando há interpretação literal, muitas vezes a consequência será surpreendente.⁸⁵

A teoria clássica do ordenamento jurídico tem como base a Constituição. Consequentemente, o raciocínio judicial deve começar examinando o texto constitucional, não os regulamentos subordinados.⁸⁶

Independentemente das múltiplas posições metodológicas a esse respeito, a necessidade de interpretação da lei foi unanimemente reconhecida, que é exatamente uma função do conhecimento jurídico, há pouca dúvida de que o juiz, entendido como aplicador mecânico de um texto legal, corresponde a uma imagem completamente deteriorada de seu papel.⁸⁷

Tem-se juízes exercendo dois tipos de atividades políticas; uma por serem integrantes do Estado, que nada mais é que uma sociedade política; já a outra por aplicarem as leis, as quais possuem bases políticas. Obviamente, antes de qualquer coisa, o juiz também é um cidadão como qualquer outra pessoa, e assim, possui o direito de voto, o que não é abominável quando se sopesa

⁸² DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 28.

⁸³ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 25.

⁸⁴ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. p. 119.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. p. 11.

⁸⁶ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. p. 29.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. p. 56.

os equívocos da politicidade constantemente observadas em decisões judiciais. Em outras palavras, não há como exigir indiferença total de um juiz após o mesmo votar em determinado candidato e o mesmo se eleger. Pois, ele almeja que os candidatos vencedores de sua preferência representem o povo da melhor forma possível, inclusive, defendendo os direitos fundamentais e possuindo ideais justos e coerentes, sempre alinhavados com justiça.⁸⁸

Aceitar as consequências pessoalmente ou ignorá-las completamente não requer julgar a si mesmo. Em nenhum caso se imagina que o juiz possa ou deva decidir casos utilizando um algoritmo lógico ou formal que vise direcionar a uma decisão acertada, seguindo um processo lógico ou formal de outra natureza, com apenas subterfúgios como a legislação infraconstitucional e até mesmo a constitucional. Nesta esteira, tem-se convicção de que os juízes devem ter uma visão clara dos impactos que suas decisões possam causar, mas eles só podem assim fazer, caso tenham sido norteados pelos princípios esculpidos no direito, princípios estes que trazem cristalização sobre as consequências, e não por seus anseios pessoais ou políticos.⁸⁹

Neste sentido, reflete-se que a inteligência artificial não seria o meio adequado para se ter uma decisão justa, já que os algoritmos tenderiam a resolver um determinado processo sem observar suas particularidades, podendo vir a decidir de uma forma lógica, porém não justa.

Considera-se que o Judiciário é frio, com formalidades exacerbadas, criando um abismo entre o mesmo e a vida cotidiana. A comunicação processual é exatamente complexa, devido a toda formalidade desnecessária. Como antítese da ideologia atual da comunicação direta, ela estabelece uma espécie de comunicação eficaz. Não obstante, a propósito, da verdade convencional da democracia, uma de suas condições é a artificialidade da audiência. Olhando para as formas do processo como um todo, verifica-se elas serem impraticáveis, à medida em que, por um lado, atendem à democracia e, por outro, atendem ao quadro do debate.⁹⁰

Prova disso, é que o ordenamento jurídico estabeleceu na legislação uma série de recursos para se rediscutir as diversas decisões judiciais no decorrer do processo judicial, tendo como algo normal, o entendimento diverso sobre a mesma matéria.⁹¹

Houve mudanças extensas no ato de julgar. Há duas formas de isso se manifestar; em uma o juiz deve levar em conta as informações de que dispõe; e na outra deve possuir interesse imediato no tocante as possíveis consequências da decisão.⁹²

⁸⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 89.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. p. 148.

⁹⁰ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. p. 190.

⁹¹ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 23.

⁹² GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. p. 239.

Assim que é aplicado o direito pelo judiciário, deve este se preocupar com a fixação do norte, bem como, alcance das formas aplicadas.⁹³ Sendo assim, o juiz tem essa como principal função, pois será ele quem irá aplicar a legislação em sentido geral ou ignorá-la, tornando-a inócua.⁹⁴

Logo, a independência do Judiciário está longe de ser considerada um privilégio apenas para os juízes e ser principalmente para o povo, pois é extremamente necessária para o bom deslinde do processo judicial, que necessita de juízes imparciais para dirimir os litígios e aplicar lei. Pode-se afirmar que os magistrados têm o dever de brigar por sua independência, caso contrário, a atividade jurisdicional poderá ser taxada como uma farsa e ocorrendo assim, injustiças. Tal visão, gera reflexão sobre a independência dos juízes, não somente para que estejam em evidência os motivos base para a independência, mas também para que a possível ausência de independência não sirva como alicerce para isentar o Poder Judiciário das responsabilidades a ele imputadas, ou até mesmo, suas dificuldades.⁹⁵

Sabe-se que o magistrado sempre deve interpretar a lei na hora da aplicação do direito, salvo, sofra de ignorância jurídica. Muito embora já venha, geralmente, expandida pela doutrina, não pode servir de único parâmetro, respeitando, sempre, a hierarquia das normas jurídicas. Logo, este é um processo analítico praticamente inevitável para o magistrado, podendo demarcar, limitar ou até mesmo entender a etimologia das palavras da lei, em detrimento de outras legislações de mesmo nível hierárquico ou superior, não deixando de considerar dentre as superiores, a Constituição Federal, devendo, por fim, tomar as devidas cautelas para que não aplique leis contraditórias.⁹⁶

Não se pode olvidar que a magistratura deve possuir independência sempre buscando justiça, resolvendo com igualdade os litígios. E com isso, os magistrados devem ter sua integridade física e psicológica respeitadas. O magistrado deve possuir e gozar de total independência, para assim, desempenhar de modo pleno suas atribuições e cumprir sua missão para com a sociedade, de forma serena e imparcial. Por outras palavras, esta visão ideal do magistrado transcende a sua visão individual, porque, afinal, é a sociedade que clama por esta independência, razão pela qual o próprio magistrado está entre aqueles os quais devem assegurar a sua existência.⁹⁷

⁹³ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 28.

⁹⁴ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. p. 33.

⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 47.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. p. 56.

⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 48-49.

Dessarte, deve o juiz quando prestar a tutela jurisdicional, manter sempre uma visão sob a ótica constitucional, uma vez que o texto previsto na Carta Magna é tido como alicerce para toda legislação infraconstitucional.⁹⁸

Depreende-se a importância do juiz, a independência da sua atividade, para que possa agir com liberdade e, principalmente, quando aplica o direito ao caso concreto, na tentativa, de se fazer justiça. Neste momento, inicia-se ao estudo da relativização da relação entre os poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo.

1.3 A relativização da relação entre os poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo

A Constituição de 1988 prevê esta igualdade e independência entre os poderes no, “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁹⁹ Em linhas gerais, almeja-se uma harmonização simétrica entre os três poderes, para que não haja invasão em suas competências.

Barroso comenta sobre freios e contrapesos da seguinte forma; “Aqui principia a fronteira entre o político e o jurídico. O funcionamento escorreito dessa estrutura é um instrumento importante de autolimitação do poder e, pois, de preservação dos direitos e liberdades dos jurisdicionados”.¹⁰⁰ Para que a atuação dos poderes seja correta, é necessário limites entre eles, para proteção dos direitos dos indivíduos.

Filia-se ao entendimento que a composição dos três Poderes dos Estados modernos, sejam ou não conceituados como poderes, não estão adequados para a atualidade da sociedade e política da época. Percebe-se claramente o arcabouço do nascimento da tripartição dos Poderes o qual ocorreu no século XVIII, para acontecimentos distintos, um exemplo é que nesse período, idealizava-se o Estado mínimo, não muito requisitado, em razão de que apenas uma pequena parcela dos indivíduos tinha a proteção dos seus direitos e a oportunidade de requerer que eles fossem garantidos.¹⁰¹

Além do mais, a aplicação da lei não é apenas desempenhada pelo juiz quando julga um caso concreto. O legislador faz uso da Constituição quando edita normas. O Executivo utiliza a norma constitucional e infraconstitucional para editar decretos.¹⁰² Logo, aplicar a lei e a

⁹⁸ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. p. 38.

⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 121.

¹⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. p. 1.

¹⁰² AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 112-113.

Constituição não é competência unicamente do Poder Judiciário, deve-se aos outros poderes igualmente.

A propósito, a criação da separação dos poderes de modo algum impediu de forma integral o desempenho, em casos especiais, de função tipicamente de um poder para executar de outro poder. Aliás, a tripartição de poderes tem admitido, amplamente, a cessão da função de estabelecer leis que seria de inerência do Poder Legislativo para o Poder Executivo.¹⁰³

Quanto à divisão de Poderes a doutrina é unânime, assinala-se a incoerência do vocábulo consagrado referente a divisão ou à repartição de Poderes, visto que o poder do Estado é o único, exteriorizando-se, entretanto, através de órgãos que executam as três diferentes funções.¹⁰⁴

Entende-se de forma incorreta a teoria de Montesquieu, em virtude de centralizar crítica à consagrada tripartição, com o intuito de prejudicar a independência judicial, sendo algo imperiosamente ineficaz, em razão de a independência judicial não provém da separação dos poderes, todavia nasce como imposição da mesma natureza da jurisdição. A cadeia conceitual poder-independência-imparcialidade-jurisdição é da natureza do Judiciário, e de sua conservação precisa a atividade judicante, ou, do contrário, uma parte burocrática obrigatória pela intensidade de sua parcialidade.¹⁰⁵

O alicerce de Poder do Judiciário está na definição de independência, porém se pode verificar de forma equívoca sua utilização. Em tese, relaciona-se ao Judiciário por uma categoria altamente ponderada, contudo, constantemente se procura fortalecê-lo ou enfraquecê-lo, conforme quem está no poder.¹⁰⁶

Dá-se ao Poder Judiciário o cargo determinante na proteção da Constituição, com a escolha de um sistema de jurisdição constitucional. Tem-se que esta é uma afirmação quase com caráter sentencioso. Cabe ao Supremo Tribunal Federal interpretar a Carta Magna, ou seja, declarar o direito constitucional de modo determinante. Entretanto, o ordenamento jurídico no Brasil, inclusive os Poderes Executivo e Legislativo atuam no cargo respeitável o qual é a defesa da supremacia constitucional.¹⁰⁷

Enfatiza-se que a atividade constitucional do Poder Judiciário é a de cobrar ou assegurar ao agente público, a efetivação de políticas públicas, as que são aprovadas pelo Legislativo. Já o

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações**. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 232.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 120.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. p. 87.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. p. 87.

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. p. 223-224.

Judiciário tem o dever de resguardar o alcance das políticas públicas de forma igualitária a todos os indivíduos. Em vista disso, não pode despendar tratamento diferenciado em favor daquele que teve como arcar financeiramente e ou opção para pleitear judicialmente.¹⁰⁸

Em sentido contrário Ferreira Filho diz que “Na visão clássica, a decisão ou determinação política não pertence ao Judiciário, nem a determinação administrativa. São tarefas próprias do Legislativo e do Executivo, pois, nela são estes os poderes propriamente políticos. O Judiciário é um poder neutro politicamente falando”.¹⁰⁹

Percebe-se ainda, apesar da tripartição dos poderes, possuir harmonia e independência entre eles, na prática, tem-se visto o Judiciário legislando e dando interpretações além da letra constitucional, tendo como consequência, a interferência judicial.

Traz-se um exemplo, em 2019, o STF julgou a ADO 26¹¹⁰, determinando a homofobia e a transfobia como crime de racismo, racismo social, de acordo com a Lei nº 7.716/89. Portanto, com esta decisão, o STF ampliou o termo “raça” para incluir as ações apontadas como homofóbicas ou transfóbicas. Verifica-se um exemplo claro do STF dando interpretação além da letra da lei, já que o Poder Legislativo não legislou no sentido de incriminar e tipificar os atos de homofobia e transfobia.

Vislumbra-se nas últimas décadas, o Brasil vivenciado a transferência de uma parcela do poder político para os tribunais. Inclusive, pode-se afirmar que esse poder tem retirado do âmbito do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.¹¹¹

Depreende-se que quando situações dubitáveis ligadas diretamente a política são tratadas como situações jurídicas, o Judiciário em si, precisa intervir e dar uma resolução a estas questões. Obviamente, que existe uma série de indivíduos políticos os quais se utilizam deste recurso, qual seja, judicializar questões que deveriam ser dirimidas na seara política, as quais representa uma parcela de pessoas e buscam tão somente legitimar seus interesses.¹¹²

¹⁰⁸ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: desafios à democracia brasileira.** Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial.** José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 318.

¹⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações.** Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial.** p. 231.

¹¹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADO n. 26/DF, Rel Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

¹¹¹ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/abstract/?lang=pt#>>. Acesso em: 02 mar. 2023.

¹¹² HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo.** p. 354.

A judicialização política é rotineira, se tornando comum a incumbência ao Judiciário de serviços que anteriormente eram competência específicas e inerentes ao Legislativo e Executivo. O desempenho da judicatura para assegurar os direitos difusos e coletivos, também o aumento da probabilidade do controle judicial da constitucionalidade, entre outros motivos, demonstra o Poder Judiciário no Brasil não ser mais identificado como um ramo do Estado em que impera a falta de ação perante os pleitos que se originam da sociedade brasileira.¹¹³

Por outro lado, Ferreira Filho completa que “Este papel político, por um lado, traz sérias implicações para a democracia, para a separação dos poderes e para a governança. Acarreta, por outro, riscos graves, de politização, pior, ideologização e até de partidarização da Justiça”.¹¹⁴ E é o que mais tem-se vivenciado, magistrados com vertentes ideológicas aguçadas, e em muitos casos, politizando-os, de modo a ensejar decisões judiciais diretamente intervenientes e ilegais.

Inclusive, as críticas graves atribuídas ao Judiciário devido a judicialização das políticas públicas, bem como enfrentou a Suprema Corte dos EUA no começo do século XX, na percepção de que o Judiciário não é competente para tratar sobre questões políticas por não ser eleito pelo povo e, logo, não possui legitimidade para tal ato.¹¹⁵

No do Brasil, de modo especial, tal inconformidade tem ficado cada vez mais latente, isto porque os cidadãos estão exteriorizando um movimento crescente, não assistido pela estruturação política formal e pelos procedimentos de desempenho da repartição pública. Repara-se os três Poderes se integrando a esfera governamental do Estado, por isso precisam urgentemente de mudanças, para que deem ênfase a democracia, atuando com eficácia e vitalidade exigidos atualmente.¹¹⁶

Destaca-se ao fato de a atuação política do Judiciário atrair para si os holofotes da mídia. Anteriormente, dificilmente se preocupavam pelas decisões judiciais, à exceção de casos notáveis e famosos de julgamentos criminais. Atualmente, diversamente, o Judiciário é centro de seu noticiário, de suas apreciações, de suas previsões, tanto as decisões quanto à judicialização política são de relevância geral.¹¹⁷

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 123.

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações**. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 240.

¹¹⁵ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas**.

¹¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 1.

¹¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações**. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 237.

Não há dúvida de que se trata de uma função de resolução de conflitos com características muito peculiares, e os órgãos que consideram suas atribuições são denominados "autoridades judiciais", sempre respeitando a imparcialidade de quem toma as decisões, caso contrário, não existiria a jurisdição. Resta claro, não há do que se falar em haver ou não imparcialidade no Judiciário, senão, não há jurisdição, levando em consideração aquela ser a essência deste.¹¹⁸

Deste modo, se faz necessário esclarecer o pensamento de que cabe ao Poder Judiciário o direito exclusivo sobre controle da constitucionalidade. Na realidade, todos os Poderes possuem a missão de primar pela aplicabilidade e respeito à Carga Magna. Logo, tanto o Executivo quanto o Legislativo, também possuem voz ativa quando o assunto é o controle da constitucionalidade, sempre visando salvaguardar os princípios e regras constitucionais. Assim, o princípio norteador é cumprir e não permitir o descumprimento da Constituição.¹¹⁹

Na visão de Kozicki e Barboza dizem: “Essa expansão amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição”.¹²⁰

Com isso, a solidificação do Judiciário através da constitucionalização é, deste modo, frequentemente verificada como a imagem de transformações sociais ou políticas evoluídas. Gerando uma redução drástica no tocante a confiança no Estado, e por consequência, a vontade de limitar os poderes inerentes.¹²¹

Neste diapasão, percebe-se que mesmo diante da tripartição dos poderes estar prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988, possuindo como embasamento a independência entre si, todavia, devendo os Poderes agirem em harmonia, constata-se que tanto a independência quanto a harmonia não estão sendo bem respeitados. E com isso, gerou uma quase que total descredibilidade dos Poderes perante o povo.

A partir de agora, no Capítulo 2 tem por objetivo apontar críticas ao Ativismo Judicial. Será analisado a função ativa do STF, análise de casos de questões política e moral e, ao final, sobre necessidade de mudanças do Poder Judiciário.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 85-86.

¹¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** p. 224.

¹²⁰ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas.**

¹²¹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo.** p. 352-353.

2. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

O Brasil adotou o modelo norte-americano que fez o Judiciário na sua historicidade evolutiva exercer um papel diferente, ou seja, mais ativo, na atividade eficaz da Constituição, sobretudo, deixou o modelo do constitucionalismo moderno norte-americano liberal pelo constitucionalismo social, sustentando, entretanto igualmente o exemplo de proteção da Constituição referente aos órgãos que devem defendê-la.¹²²

A expansão do Poder Judiciário tem acontecido sobretudo em países democráticos. Nos últimos trinta anos, importantes ondas que determinaram e fixaram a democracia ocorreram: no sul da Europa, fim da década de 1970; na América Latina na década de 1980; e no centro e leste da Europa no começo dos anos 1990. Estes movimentos deslocaram consigo a expansão do Poder Judiciário na maior parte destas novas democracias, especialmente através da constitucionalização de direitos e o funcionamento dos Judiciários relativamente autônomos e Cortes Supremas empossadas de competências para a revisão judicial.¹²³

A Constituição de 1988 adotou um rol de direitos fundamentais superiores e protegidos em face de uma maior parte dos parlamentares, por consequência uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito. Essencialmente, nos casos do Brasil, provocou um acréscimo da atividade da judicatura e uma tendência deste nas decisões políticas do Estado democrático brasileiro, conduzindo essa questão no centro das discussões jurídicas e políticas da atualidade.¹²⁴

Verifica-se que o Poder Judiciário, mundialmente, adquiriu um viés político. Mas, não há o que se falar, por ele foi tomado, no entanto lhe foi conferido por novas ferramentas pelas Constituições e demais legislações.¹²⁵

A crescente judicialização das relações sociais é devido o acréscimo de questões políticas as quais passaram a ser debatidas também pelo Poder Judiciário, em contrapartida a tensão de vários processos de globalização resultou nas dificuldades das relações sociais e na precisão de se socorrer a judicatura para a solução de conflitos os quais antes eram solucionados nas outras esferas da sociedade. Deste modo, o Ativismo Judicial aparece em um contexto de alto

¹²² TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional e Direitos Sociais no Brasil**. Capítulo II Neoconstitucionalismo e Democracia e Legitimação. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 143.

¹²³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. p. 30.

¹²⁴ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas**.

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações**. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. p. 240.

complexização da sociedade e decorrente desmembramento das tradicionais estruturas de resolução de conflitos.¹²⁶

Na visão de Kozicki e Barboza, justifica-se o Poder Judiciário ser mais ativo, isto porque “Essa judicialização da política e dos direitos fundamentais acaba por exigir um outro papel do Poder Judiciário, que por sua vez, numa sociedade desigual como a brasileira, precisa tomar uma atitude ativista, especialmente na promoção dos direitos fundamentais sociais”.¹²⁷

Apesar de parecer inofensiva, a atribuição e desenvolvimento de um papel ativo pelo Judiciário nos últimos tempos, acabaram por criar um desequilíbrio inadequado na aplicação do Direito, já que começaram a ter um viés na organização política nacional.¹²⁸

Gargarella, na sua visão, diz que se os juízes têm o direito de dar - caráter final - a análise "adequada" da Constituição, logo imperceptivelmente, acabam por centralizar em suas mãos, enorme poder de tomada de decisão.¹²⁹

Já Santos, entende por contrarrevolução jurídica, uma espécie de Ativismo Judiciário conservador que incide em paralisar, judicialmente, muito dos progressos democráticos que foram alcançados durante as duas últimas décadas de forma política, muitas vezes a começar pelas novas Constituições.¹³⁰

Barboza enfatiza a respeito da função ativa do Poder Judiciário expõe: “Esse novo papel exige que ele enfrente questões que envolvem conteúdo político e moral relacionados a direitos humanos ou fundamentais, que só existirão quando do julgamento dos casos, momento em que esses direitos terão seus significados definidos”.¹³¹

Em outras palavras, quando os magistrados desempenham seu papel ativamente a respeito de matéria política ou moral, apenas quando houver a sentença que os indivíduos saberão o sentido dos seus direitos delimitados.

¹²⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

¹²⁷ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas**.

¹²⁸ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial**: desafios à democracia brasileira. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 318.

¹²⁹ GARGARELLA, Roberto. **La Dificultad de Defender el Control Judicial de las Leyes**. Isonomía No.6/ Abril 1997. p. 60.

¹³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Ativismo Judicial Conservador Neutraliza Avanços**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-04/contrarrevolucao-juridica-ativismo-judiciario-conservador>>. Acesso em: 10 out. 2021.

¹³¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por meio dos Precedentes Judiciais**: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

Logo após o Estado intervir nos campos sociais, o Judiciário acabou por assumir um papel de maior evidência na resolução de litígios, todavia, com posicionamento sólido no tocante a concretização dos direitos sociais e coletivos, que antes não haviam sido objeto de conflitos. Em decorrência disto, o Judiciário perdeu sua principal característica, tornando-se ultrapassado, já que a prestação da tutela jurisdicional por um magistrado com os predicados inerentes a função não é mais satisfatória, pois a sociedade cada vez mais requer um posicionamento com viés político, no intuito de ver resguardado os direitos coletivos.¹³²

O que se tem visto nos casos de Ativismo Judicial é a troca da discussão pública e democrática pela exposição da visão subjetiva dos magistrados, travada nos outros poderes.¹³³ Sustenta-se que a aceitação de uma atuação política pelo Judiciário tem seu preocupante não obstante o acontecimento de motivar o Ativismo Judicial. Escancarando as portas para ele.¹³⁴ Este Ativismo contraria frontalmente as condições da função de justiça que é razão de ser do Judiciário.

Neste entendimento, a acepção substancial de Constituição não protege uma autolimitação pelo Judiciário, contudo, de maneira oposta, resguarda um Ativismo Judicial que estabeleça e ampare os preceitos substantivos reproduzidos na Constituição, especialmente em relação aos direitos fundamentais.

Ressalta-se a crise do sistema político, no cenário jurídico, ser uma das justificativas mais normais às críticas ao caráter contramajoritário do Poder Judiciário. É argumentar que a atuação dos juízes se explica devido à gravidade da crise que assola os órgãos majoritários. Como menciona, o Poder Legislativo e o Poder Executivo.¹³⁵

Barbosa ilustra o Poder Judiciário como sendo com menos popularidade entre os demais Poderes.¹³⁶

[...]Este fenômeno decorre, entretanto, de diferentes fatores, tais como a crença na suficiência da lei; o caráter técnico do conhecimento jurídico; a excessiva erudição e ritualização dos procedimentos que envolvem o Poder Judiciário; a natureza da função jurisdicional, focada sempre na composição de conflitos, de forma que apenas uma das partes, seja ela individual ou coletiva, física ou jurídica, vá ao final sentir-se satisfeita; o caráter dito “antidemocrático” do Judiciário, quando se tem em conta a forma de investidura em seus cargos, a extensão da atuação de seus membros na solução de conflitos, a falta de preparo dos operadores jurídicos para enfrentar questões cotidianas, decorrente de um

¹³² BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

¹³³ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: desafios à democracia brasileira**. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 320.

¹³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Papel Político do Judiciário e suas Implicações**. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. 239.

¹³⁵ GARGARELLA, Roberto. **La Dificultad de Defender el Control Judicial de las Leyes**. p. 61-62.

¹³⁶ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

processo de seleção autoritário, formal e essencialmente legalista; a falta de transparência administrativa e a ausência de controle externo sobre o agir do Poder Judiciário. Enfim e acima de tudo, a falta de conhecimento e compreensão daquilo que o Poder Judiciário é e realiza.¹³⁷

Percebe-se que, seja pela distância do Judiciário para com a sociedade, pela morosidade, pela burocracia judicial, ou até mesmo seu “antidemocratismo”, já que os magistrados não são escolhidos pelas partes. Até mesmo, porque, a sociedade entende e espera da justiça, que haja justiça. Todavia, com base em um conhecimento superficial, pois os magistrados devem obedecer a alguns princípios, dos quais, destaca-se: o princípio da imparcialidade e da legalidade.

Em sentido contrário, Kozicki e Barboza entendem que:

Muitas vezes são levantadas no sentido de que o Judiciário estaria violando o princípio da separação dos poderes, bem como de que tais decisões seriam antidemocráticas, porque afetam área de decisão dos Poderes eleitos, a quem caberia definir a disposição do orçamento público na realização de políticas públicas, e não ao Poder Judiciário, que por não ter sido eleito, não teria tal legitimidade democrática.¹³⁸

Nesta compreensão, o Poder Judiciário não estaria violando o princípio da separação dos poderes e suas decisões estariam coaduna com Estado democrático de direito, já que não afeta os outros Poderes. Salientado a ideia de: “Verifica-se, ainda, que a atuação do Judiciário é legítima, na medida em, provocada por atores políticos, também, legitima o próprio documento constitucional”.¹³⁹

Ferreira Filho ensina que o Ativismo Judicial, que incontestavelmente a judicialização originou no Brasil, não é um mecanismo jurídico — é um fenômeno sociológico que tem intensa repercussão no sistema jurídico.¹⁴⁰

A nomenclatura “Ativismo Judicial”, teve sua evolução para além das doutrinas do direito constitucional, e com isso, uma nova ordem política antidemocrática vem se propagando pelo mundo.¹⁴¹

No Brasil, com o crescimento do Poder Judiciário e do texto da Constituição de 1988, especialmente pelos difíceis sistemas de controle de constitucionalidade e pelos efeitos de suas decisões, primordialmente os efeitos *erga omnes* e vinculantes, adicionados à imobilidade dos Poderes Políticos em cumprir por completo as normas constitucionais, vem se autorizando novos

¹³⁷ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.**

¹³⁸ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas.**

¹³⁹ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas.**

¹⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** p. 363.

¹⁴¹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia:** as origens e consequências do novo constitucionalismo. p. 367.

métodos interpretativos que aumentam a atuação judicante em questões tradicionalmente de competências dos Poderes Legislativo e Executivo.¹⁴²

Em resumo, a concepção de um Judiciário independente e ativo assemelha ser uma circunstância indispensável para a crescimento da democracia no decorrer da segunda metade do século vinte, e um inevitável subproduto seu. Percebe-se a expansão do Poder do Judiciário ter, com isso, ligado a uma liberalização política e econômica em governos pós-autoritários ou quase-democráticos, embora o aumento de teses democráticas possua suas fraquezas. A mudança difundida para regimes democráticos, não consegue explicar logicamente as expressivas alternâncias no Poder do Judiciário entre as novas democracias. Ainda, a tese da expansão da democracia erra em elucidar as expressivas alterações no cronograma, escopo e natureza da expansão do Judiciário nas democracias fixadas.¹⁴³

Dworkin afirma que o “ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”.¹⁴⁴ Nesta orientação, o Ativismo, como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, autorizaria ao juiz desconsiderar não apenas a norma constitucional, mas também “as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”, de maneira a “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Constata-se que, embora Dworkin concorda com um tribunal ativista o qual esteja capacitado para dar soluções a questões de moralidade política, esse Ativismo não quer dizer desconsiderar o passado, pelo contrário, deve o juiz observar o que já foi escrito até o momento para redigir um novo capítulo. Isto é, os juízes devem aplicar a Constituição através da interpretação, devendo adaptar suas decisões “à prática constitucional e não ignorá-la”.¹⁴⁵

Desta forma, filia-se ao entendimento de que o juiz não deve ignorar o que foi escrito, principalmente, devem os juízes aplicarem a norma constitucional mediante a interpretação. Consequentemente, não se abandona o passado para solucionar os problemas do presente.

Portanto, infere-se que os juízes ativistas colocam sua convicção sobre à lei. Quiçá, de modo abstruso, através de análises que negam a aplicação do texto, a história deste, ou o entendimento comum. Porventura, ainda, por modo frontal, gerando normas que a Constituição ou a lei não estabeleceram.¹⁴⁶

¹⁴² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 879.

¹⁴³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. p. 76-77.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452.

¹⁴⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea**.

¹⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 363.

O objetivo da tradição do *civil law* é garantir a segurança jurídica, codificando leis, tornando o sistema completo e mais conhecido do público e garantindo a previsibilidade e a segurança. Os Códigos também forneceriam uma garantia de segurança, certeza e previsibilidade nas relações jurídicas, devido à alegação de completude. Todas as respostas às perguntas seriam incluídas nos Códigos, de modo que o juiz só teria que aplicar a lei a cada caso, a qual já havia sido previsto e definido nos Códigos.¹⁴⁷

Muitas das deficiências no funcionamento do setor público não se devem à falta de organização ou à falta de recursos, mas a defeitos comportamentais, ambos com uma atitude contraditória em relação à lei. Há uma tradição e uma crença generalizada no Brasil de que as leis nem sempre são algo a ser obedecido e que nem sempre devem ser aplicadas de forma rígida, além de contrastar com atitudes tradicionais as quais tendem a exagerar a importância do direito. Os magistrados muitas vezes exibem esse comportamento atribuindo muita importância ao procedimento legal, mesmo quando é claramente inadequado, injusto ou cria um grave conflito social. No entanto, é insatisfação com a legalidade tem grande predominância, mesmo entre as autoridades públicas, ou até mesmo em determinados posicionamentos dos tribunais superiores, que muitas vezes corroboram de forma excessiva em relação à inconstitucionalidade e ilegalidades praticadas pelos chefes do Executivo.¹⁴⁸

Verifica-se que o funcionalismo do Judiciário é composto por pessoas, em tese, com conhecimento técnico e elitizado, o que por sua vez, a maioria da população não possui tal acesso. Assim como este fato, a burocracia e formalidade, tornam o Judiciário enigmático aos olhos da sociedade. Em busca de convicção e garantia jurídica, o ideal do conhecimento científico, acompanhado da expectativa de que a lei deve prover todos os fatos sociais, é ampliado pela crença de que a lei é suficiente. A maioria dos sistemas jurídicos da tradição do *civil law* beneficia essa concepção de sociedade, resumida como uma questão de relações sociais, interpretada pela profissão jurídica.¹⁴⁹

O que se tem não é a defesa absoluta da tripartição dos poderes, mas, tão somente, recriminar a intervenção direta e constante do Ativismo Judicial, pois a sociedade não almeja que os juízes, pessoas não eleitas pelo povo, profiram decisões judiciais fora da sua competência.¹⁵⁰

¹⁴⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por meio dos Precedentes Judiciais**: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

¹⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

¹⁴⁹ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

¹⁵⁰ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial**: desafios à democracia brasileira. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 325.

Não há proposição de lei que determine um resultado de uma forma ou de outra, portanto, mesmo que os magistrados admitam que é necessário seguir a lei, quando ela existe, estes devem criar mecanismos sólidos para proferir decisões judiciais na ausência de leis como parâmetro.¹⁵¹

Em suma, não obstante o fato de os tribunais hodiernamente terem uma atuação especial na confrontação dos assuntos sociais e políticos controversos, na esfera das pesquisas jurídicas e comparativos em geral, e o das pesquisas das origens políticas e resultados da consolidação do Judiciário em particular, encontram-se relativamente pouco analisados e da mesma forma não muito teorizados.¹⁵²

Em conclusão, constata-se que o Ativismo Judicial não se pode considerar uma prática excludente, ou seja, conforme o caso concreto o juiz designado decide de acordo com sua convicção sobre a lei ou criando normas que a Carta Magna não prescreve.

Por isso, o objetivo é analisar o Ativismo Judicial do Poder Judiciário, sendo que o STF faz parte do Judiciário e é o órgão competente para a guarda da Constituição atualmente no Brasil. Nos próximos tópicos, será analisado o desempenho ativo do STF, primeiramente, decisão política, posteriormente, decisão moral, em casos práticos de Ativismo Judicial, e, por fim, será verificado as possibilidades de mudanças no Poder Judiciário.

2.1 Função ativa do STF: análise de caso decisão política

Perspectivas sociológicas, políticas ou jurídicas podem ser utilizadas para compreender a Constituição, sendo sua densidade derivada de uma combinação dessas três variantes, que ponderam por si, nenhuma é considerada absoluta e vedada a ponto de ser autossuficiente para corroborar a complexidade constitucional.¹⁵³

Já Kozicki e Barboza compreendem que: “Essa expansão amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição”.¹⁵⁴

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. p. 31.

¹⁵² HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. p. 30.

¹⁵³ NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. *Interpretação da Prisão em Segunda Instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/12531>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

¹⁵⁴ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas*.

O julgamento do Ativismo Judicial, nasce da análise mais densa das práticas do STF, quando este por sua vez, age de modo exercer uma função a qual não lhe cabe, mas sim, aos demais poderes, em consonância com a Tripartição de Poderes vigente no Estado brasileiro.¹⁵⁵

Um Judiciário mais forte através da constitucionalização, acaba por fornecer aos políticos, um refúgio apropriado contra resultados políticos indesejados. Supõe-se que os Supremos Tribunais nacionais devem resolver conflitos envolvendo questões políticas controversas, ao invés desta tarefa ser de inerência dos representantes eleitos pelo sistema eleitoral.¹⁵⁶

As tendências globais de fortalecimento do Judiciário por meio da constitucionalização de direitos têm sido consideradas parte de um processo de larga escala o qual está transferindo cada vez mais o poder político para as elites hegemônicas, de modo que suas preferências políticas fiquem mais protegidas dos correntes casos da política democrática.¹⁵⁷

Fruto de uma nova hermenêutica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, o Ativismo Judicial da Corte tem sido substanciado pelo fato de ter interpretado e reinterpretado leis, e também por preencher lacunas legislativas e executivas. Há pontos principais que o STF busca abordar no que diz respeito à implementação de direitos consagrados constitucionalmente os quais têm sido realizados de forma ineficiente.¹⁵⁸

Suscita-se o caso, inaugural, a respeito da prática ativa do STF quanto a prisão penal em segunda instância. Importante, salientar, a Constituição no art. 5º, inciso LVII preconiza, “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.¹⁵⁹

Traz-se à baila, o debate fervoroso e complexo sobre a constitucionalidade da prisão automática após a condenação em segunda instância que, remete a uma análise crítica de três aspectos: dos fatores jurídicos, políticos e sociais interligados. Obviamente, encontra-se longe de ser mansa e pacífica, possuindo adeptos que defendem a possibilidade da prisão, e, já outros, que são contrários a tal entendimento, por entender violar o princípio da não culpabilidade, embasados em argumentos de todos os gêneros. Contudo, a mídia em geral ao dar publicidade aos assuntos supracitados, acaba por inflamar de inúmeras formas a sociedade.¹⁶⁰

¹⁵⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; CORDEIRO, Fabiana Aparecida Menegazzo; FERNANDES, Mariana Correa. **O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) Instrumentalizado pela Súmula Vinculante, pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e pelo Silêncio.** Disponível: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73421>>. Acesso em: 16. fev. 2023.

¹⁵⁶ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia:** as origens e consequências do novo constitucionalismo. p. 50.

¹⁵⁷ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia:** as origens e consequências do novo constitucionalismo. p. 51.

¹⁵⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; CORDEIRO, Fabiana Aparecida Menegazzo; FERNANDES, Mariana Correa. **O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) Instrumentalizado pela Súmula Vinculante, pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e pelo Silêncio.**

¹⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).**

¹⁶⁰ NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. **Interpretação da Prisão em Segunda Instância**

A análise na prática sobre a prisão resultante da condenação em segunda instância abarca em diversos fatores. Na seara da Suprema Corte, o entendimento sobre o assunto já obteve desdobramentos e reformas, admitindo díspares argumentações. Possuindo como principais suportes as premissas teóricas, a teoria do garantismo penal e a presunção de inocência.¹⁶¹

O entendimento do STF, em parco lapso temporal, variou seu posicionamento para ora legitimar, ora rechaçar a prisão decorrente da condenação em segunda instância, tendo como premissa balizadora a análise do princípio da presunção de inocência.¹⁶²

Analisa-se o respeito da temática das decisões pelo STF que houve as seguintes mudanças, em 2009 foi declarado pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, conforme interpretação da norma constitucional. Já em 2016, porém, a Corte modificou seu entendimento jurisprudencial, e declarou executável a prisão em segunda instância, o que levou os Ministros do STF a decidirem de maneiras diferentes quanto à temática. Por definitivo, o julgamento de 2020 mudou de novo este entendimento.¹⁶³

Demonstra-se a ementa do acórdão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43¹⁶⁴, 44¹⁶⁵ e 54¹⁶⁶, que teve o julgamento em conjunto, em que foi julgado procedente a ação e decidiu pela constitucionalidade do art. 283, do CPP e o relator foi Min. Marco Aurélio:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

Portanto, o princípio da presunção de inocência é um argumento sólido, por ser um direito fundamental do povo contra possíveis arbitrariedades praticadas pelo Estado. Logo, sua aplicação

no âmbito do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/12531>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

¹⁶¹ NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. **Interpretação da Prisão em Segunda Instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal:** limites e possibilidades.

¹⁶² NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. **Interpretação da Prisão em Segunda Instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal:** limites e possibilidades.

¹⁶³ CONJUR. **STF Publica Acórdãos do Julgamento sobre Prisão em Segunda Instância.** Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia#:~:text=fim%20de%202019&text=Na%20%C3%BAltima%20quinta%2Dfeira%20\(12,ap%C3%B3s%20condena%C3%A7%C3%A3o%20em%20segunda%20inst%C3%A2ncia.](https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia#:~:text=fim%20de%202019&text=Na%20%C3%BAltima%20quinta%2Dfeira%20(12,ap%C3%B3s%20condena%C3%A7%C3%A3o%20em%20segunda%20inst%C3%A2ncia.)>. Acesso em: 22 fev. 2023.

¹⁶⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADC n. 43/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

¹⁶⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADC n. 44/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

¹⁶⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADC n. 54/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

deve ser mantida inalterada durante a instrução processual. Apesar de a acusação ter o ônus de provar judicialmente os fatos aventados, cabe ao Judiciário por primar que os direitos e garantias do acusado sejam respeitados e resguardados. A supressão desse princípio é capital para que se tenha uma democracia saudável, bem como deixar em evidência a sua própria normatividade. É impossível igualar a afirmação "nenhum direito é absoluto" a permissões excessivas por sua violação.¹⁶⁷

A presunção de inocência é fruto da rigidez constitucional, sendo um direito fundamental que não pode ser restringido, sob pena de fragilizar o ordenamento protetivo contra a arbitrariedade que vem sendo solidificado gradativamente ao longo dos anos. A proposição do poder constituinte de negar a possibilidade de revogar essas prerrogativas tem a ver com sua percepção da necessidade de limitar o poder punitivo do Estado. Com base no esposado, a decisão pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP¹⁶⁸ converge para a prevalência da Constituição, assim como, da democracia.¹⁶⁹

De outro norte, em que pese o entendimento seguido pela Corte em 2019, vetando a execução antecipada da pena, ser de imensurável relevância para a manutenção da norma constitucional, se pode olvidar o instável entendimento do STF sobre o mesmo tema, em escasso lapso temporal, acaba fomentando a chamada insegurança jurídica. A falta de tenacidade deixa evidente a fragilização da Constituição, levando em consideração que sua essência diverge em consonância com o bel-prazer súbito, no intuito de dar um respaldo para a sociedade em situações complexas, como por exemplo, os casos de impunidade, a própria morosidade judicial e até mesmo a criminalidade.¹⁷⁰

Conclui-se que diante das alterações de posicionamento do STF, pelo pouco lapso de tempo o qual ocorreu, verifica-se que houve o Ativismo Judicial sobre questão política.

Será analisado, a partir de agora, uma decisão do STF que foi decidido de forma moral, inclusive à época foi bem debatido a questão.

¹⁶⁷ NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. **Interpretação da Prisão em Segunda Instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal:** limites e possibilidades.

¹⁶⁸ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 fev. 2023.

¹⁶⁹ NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. **Interpretação da Prisão em Segunda Instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal:** limites e possibilidades.

¹⁷⁰ NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. **Interpretação da Prisão em Segunda Instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal:** limites e possibilidades.

2.2 Função ativa do STF: análise de caso decisão moral

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos, ou seja, são protegidos juridicamente pelo ordenamento e podem ser demandados judicialmente.¹⁷¹ Assim, verifica-se que os garantias fundamentais de direito sofrem mudanças externas e internas, conduzidos por questões sociais, econômicas e políticas.¹⁷²

Desta maneira, os direitos fundamentais se conectam ao aborto representam-se tanto aos princípios morais quanto às instruções políticas. Com relação aos princípios morais, têm-se a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a vida, a liberdade, a autonomia privada, a intimidade, a sexualidade e as questões reprodutivas e no que tange às instruções políticas, o planejamento familiar, as questões reprodutivas, a saúde física e psíquica.¹⁷³

A Constituição não autoriza nenhuma forma de aborto, pelo contrário, sua disposição no art. 5º, *caput*, diz que todos têm direito à vida.¹⁷⁴ O direito constitucional que deve ser avaliado, em especial, é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição.

O Código Penal no art. 128, incisos I¹⁷⁵ e II¹⁷⁶, autoriza o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Também, o aborto de feto anencéfalo, destaca-se ao fato que no *caput* do referido artigo na legislação brasileira consta (VIDE ADPF 54).

A ementa do acórdão de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54¹⁷⁷, relator foi Min. Marco Aurélio:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 493.

¹⁷² MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 16.

¹⁷³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. **Por uma Leitura Moral dos “Domínios da Vida”**: uma interpretação não moralista sobre o aborto. Disponível em: <https://www.academia.edu/40383806/POR_UMA_LEITURA_MORAL_DOS_DOM%C3%8DNIOS_DA_VIDA_UMA_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_N%C3%83O_MORALISTA_SOBRE_O_ABORTO>. Acesso em: 04 mar. 2023.

¹⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**.

¹⁷⁵ I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante. BRASIL. **Código Penal (1940)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

¹⁷⁶ II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. BRASIL. **Código Penal (1940)**.

¹⁷⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n. 54/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

Por esta decisão, em 2012 restou autorizado a interrupção da gravidez quando diagnosticado ser feto anencéfalo, ou seja, sem cérebro. Uma vez que a patologia torna inviável a vida extra-uterina.

Entende-se que o aborto é um tema de saúde pública, sendo assim, a saúde é um direito conectado de modo direto com o princípio da dignidade da pessoa humana. A norma constitucional através dos seus artigos tutela e preserva a dignidade da pessoa humana.¹⁷⁸

O objetivo da análise do caso concreto não é se posicionar quanto a autorização ou não do aborto, e quais casos são cabíveis, mas sim verificar se está decisão que adveio do STF é ativa.

Barboza menciona que:

Atualmente o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando diversos casos difíceis nos quais os Ministros buscam fundamentar sua decisão, o que acaba por formar uma decisão complexa, de difícil apreensão da posição do Tribunal e, por consequência, de sua ratio decidendi. Explica-se, em casos difíceis, que envolvem a definição acerca do conteúdo moral de direitos fundamentais sobre os quais não há consenso pela comunidade política — como, por exemplo, aborto, eutanásia, cotas em universidades públicas — a repercussão pública é bastante grande, com o acompanhamento de perto da imprensa e da população da posição que o Tribunal irá adotar. Assim, nessa perspectiva, os Ministros buscam dar maior fundamentação às suas decisões, as quais acabam por conter maior carga argumentativa, especialmente porque tais casos emblemáticos servirão de referência para casos futuros.¹⁷⁹

Conforme a autora, constata-se que o caso de aborto por ser um direito fundamental e ser, principalmente, conteúdo moral. Neste sentido, a interrupção da gravidez quando resultar de feto anencéfalo é uma questão de ordem moral.

Para melhor entendimento, verifica-se o conceito de aborto, para a medicina, o aborto é a interrupção da gestação de até 20^a ou 22^a semanas, ou quando o feto pese até 500 gramas ou, além disso, para alguns, quando o feto mede até 16,5 cm.¹⁸⁰

Barroso menciona como deve ser a interpretação da Constituição:

O conteúdo ou âmbito de proteção de um direito fundamental identifica o bem jurídico protegido pela norma, o objeto da tutela constitucional – como a vida, a liberdade, a igualdade, a privacidade, a propriedade, o voto, a educação básica, entre outros. Os contornos dos direitos fundamentais são traçados pela Constituição e sua precisa definição nas situações concretas da vida exige que se examinem as possibilidades semânticas do enunciado normativo, a realidade fática subjacente e a necessária harmonização sistêmica com o conjunto da Constituição. Como intuitivo, a vagueza e polissemia de tais direitos, aliados ao caráter plural e dialético da Constituição, agregam dificuldades variadas na

¹⁷⁸ MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A Legislação sobre o Aborto e seu Impacto na Saúde da Mulher.**

¹⁷⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por meio dos Precedentes Judiciais:** uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

¹⁸⁰ MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A Legislação sobre o Aborto e seu Impacto na Saúde da Mulher.**

fixação do âmbito de proteção de cada um. Para demarcar o conteúdo e alcance de um direito fundamental, o intérprete precisará levar em conta *aspectos intrínsecos* ao direito em questão – *i.e.*, sua própria conformação, nos termos da Constituição – e *aspectos externos* a ele, relacionados com a multiplicidade de outros direitos e interesses que existem no mundo jurídico, também com proteção constitucional.¹⁸¹

O direito fundamental tutelado, como o aborto, deve ser analisado de forma minuciosa pelo intérprete. Logo, para se alcançar o direito constitucional basta examinar as possibilidades que a norma constitucional possui não a deixando de lado.

Não obstante, o direito à vida não tem uma proteção absoluta no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que é relativizado pelo legislador, a exemplos como casos de aborto resultante de estupro ou risco de vida da mãe, ou quando for de estado de necessidade como excludente de ilicitude, ou pena de morte exceção da norma constitucional em caso de guerra declarada.¹⁸²

Infere-se, portanto, que não resta dúvida que o STF no caso referido foi ativo, já que o aborto é questão de conteúdo moral, sendo precípua um direito fundamental. E a quem, em tese, deveria elaborar uma lei quanto ao tema necessariamente seria o Poder Legislativo, que é o poder que tem esta competência.

No próximo item do Capítulo, alcançará a necessidade de mudanças do Poder Judiciário no Brasil, sendo que recebe muitas críticas neste sentido.

2.3 A necessidade de mudanças do Poder Judiciário

As questões estruturais judiciais e o seu funcionamento, é algo que está cada vez mais em evidência nos últimos tempos, inclusive, sendo pilar de debates nos países latino-americanos. Uma reforma quase que geral, é vista como extremamente necessária em quase todo o continente, nada obstante, não resta cristalino o real sentido das supracitadas reformas.¹⁸³

Há necessidade de reformas no sistema Judiciário brasileiro para melhorar o amparo judicial de direitos. Não é possível garantir os direitos do povo se não tiver assegurado os meios processuais para que o Judiciário atue com independência e eficiência. Sabe-se, então, que esses dois princípios, eficiência e independência, são igualmente valiosos e não podem coexistir sem estar em harmonia. Evidentemente, no Brasil, isso não tem sido levado em consideração, pois as

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. p. 507.

¹⁸² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. **Por uma Leitura Moral dos “Domínios da Vida”**: uma interpretação não moralista sobre o aborto.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. p. 21.

discussões sobre como melhor aproveitar e acepillar os órgãos Judiciários têm como base o pressuposto de que já está resguardada a sua independência, ou ainda, deveria ser mais restrita, de modo evitar constrangimentos para o Executivo, e por isso a procura pela eficiência, tornou-se o principal objetivo.¹⁸⁴

Há uma vulnerabilidade do Judiciário, que é a fragilidade da sua falta de legitimidade, pois a sociedade por desconhecê-lo, possui a visão de que as suas particularidades soam como privilégio excessivo.¹⁸⁵

Sem embargo, tendo como reflexo o que vem ocorrendo em vários países da América Latina, tanto o governo brasileiro, quanto os setores sociais os quais possuem maior privilégio, estão despendendo maior vigor na tentativa de estabelecer o “Estado mínimo” e a circulação livre e não responsável das riquezas, como se estivéssemos vivenciando novamente um passado distante. Devido a escolha destas prioridades, todas as iniciativas destinadas a melhorar os órgãos fundamentais do Estado e a melhorar a proteção e implementação dos direitos sociais são excluídas.¹⁸⁶

Apesar da reforma do Estado¹⁸⁷ ter sido pautada por inúmeras vezes, tem-se que não passa de uma expressão retórica, pois a organização federativa, a estrutura e o funcionamento do Legislativo, Executivo e Judiciário ainda continuam com os mesmos problemas e sem uma solução à vista, sem sequer haver projetos sobre os mesmos, mais especificamente sobre o Poder Judiciário. Por esse ângulo, cabe observar que no primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), houve manifestações em determinadas pautas, asseverando sobre

¹⁸⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 63.

¹⁸⁵ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

¹⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 1.

¹⁸⁷ Mas, afinal, quais são os componentes ou processos básicos da reforma do Estado dos anos 90, que levarão ao Estado Social-Liberal do século vinte-e-um? São a meu ver quatro: (a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e “publicização” (este último processo implicando na transferência para o setor público não-estatal das serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta); (b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional; (c) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente, (d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno01.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2023.

a reforma do Judiciário¹⁸⁸ tão somente nas questões processuais, e apenas sugerindo alterações na independência dos magistrados e tribunais.¹⁸⁹

Como sociedades fortes não podem existir sem um Judiciário forte, os membros do Poder Judiciário devem reconhecer que seu enfraquecimento atua como um freio à organização interna do Estado, ainda fundada na construção de um Estado Democrático de Direito. A fragilidade daqueles coloca em risco todos os alicerces sobre os quais a sociedade brasileira foi construída.¹⁹⁰

Como percebe-se em diversos lugares do mundo, inclusive em alguns que são espelhos para teorias e modelos jurídicos, o Brasil possui um vasto contingente de ótimos magistrados, todavia, com o Judiciário, na prática, sendo deficiente. Obviamente, todos os Poderes que compõem o sistema do país, possuem falhas e corrupções que limitam sua eficácia e com isso, geram azo os que buscam tirar proveito pessoal, independente se tal ação será ética ou não. Lamentavelmente, o povo acaba por ser enganado por diversos indivíduos por determinado lapso temporal, já que transparecem imagem supostamente íntegra, porém, como consequência, o povo julga, de forma injusta, toda pessoa pública como sendo demagoga e corrupta. Analisadas as particularidades de cada setor público, tornou-se corriqueiro encontrar pessoas desta estirpe nos três Poderes.¹⁹¹

Sem dúvidas, se faz necessária mudanças, no entanto, a problemática está em se chegar a um consenso sobre quais pontos mudar seja sua estrutura, seu desempenho e até mesmo sua legitimação. Naturalmente, além do mais, tem oposição dos integrantes do Poder Judiciário, há uma indefinição a respeito dos rumos a serem tomados. Defende-se, que se forem feitas alterações nos instrumentos ou na estrutura organizacional do Poder Judiciário, que não têm impacto sobre o seu funcionamento. Pois uma reforma eficaz deverá pontuar exhaustivamente a função que se almeja para o Poder Judiciário, com um único intuito: seja capaz de cumpri-la.¹⁹²

Dentro do Judiciário existem diversas inconformidades, sendo muitas destas consideradas imutáveis. Por consequência, o Poder Judiciário brasileiro está obsoleto, e mesmo laborando

¹⁸⁸ A retomada da discussão sobre a reforma judiciária ocorreu em agosto de 1995, com a instalação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para analisar a PEC 96/92. Para o cargo de relator da comissão foi escolhido o deputado Jairo Carneiro (PFL-BA) que, após 10 meses de audiências públicas e sessões de discussão, apresentou seu parecer sugerindo uma série de mudanças constitucionais, com destaque para 4 pontos principais: 1) súmulas de efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores; 2) criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão que exerceria o controle externo do Judiciário; 3) extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho bem como dos chamados juízes classistas; 4) mudanças relativas ao pagamento dos precatórios judiciais. SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **Reforma do Judiciário**. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

¹⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. p. 1-2.

¹⁹⁰ BARBOSA, Cláudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

¹⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. p. 81.

¹⁹² BARBOSA, Cláudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

arduamente, os resultados são escassos, se sopesarmos que, ao menos em teoria, ele dê justiça, avalizando os direitos individuais com celeridade e deliberando rapidamente com probidade os conflitos de direitos. Como a insuficiência na formação dos juízes, a quem devem ser atribuídos os frágeis cursos jurídicos, é ainda mais agravada pela acomodação dos próprios magistrados e sua metodologia de trabalho, gerando vícios institucionais os quais transmitem a imagem de lento, formalista, elitista e distante da realidade da sociedade. Tudo isso é negativo para a imagem da magistratura.¹⁹³

Portanto, tem-se uma variedade de observações críticas a respeito do Poder Judiciário, especialmente do Brasil, sendo diversas delas, como indicação de muitas delas aplicáveis ao Judiciário geralmente considerado, com a indicação de melhoras relevantes. Logicamente, apesar de tais críticas específicas e ideias de reforma, não se nega tudo o que o Judiciário tem entregado ao longo dos anos para a sociedade, ou seja, a resolução justa das divergências sociais. É mister ressaltar, que pôr o Judiciário possuir deficiências enraizadas, sua contribuição se torna limitada.¹⁹⁴

Com isso, verifica-se indubitavelmente a necessidade de mudanças do Poder Judiciário, em estrutura, mas principalmente quanto o modo de decidir da judicatura de maneira irrestrita, como acontece no Ativismo Judicial.

Não se pode olvidar que o Judiciário é apenas um “braço” da sociedade, e com isso, não conseguirá sozinho erradicar as injustiças institucionais e os vícios de comportamento que assolam o Brasil, bem como, outros países, impedindo de viver de forma democrática e primando pela justiça social. Porém, um sistema organizado, possuindo magistrados comprometidos com a causa, seja no *juízo a quo* ou Suprema Corte, como resultado a verdadeira legalidade genuína e dignidade humana serão protegidas e promovidas.¹⁹⁵

As atuais garantias não blindam totalmente a sociedade contra os excessos do Ativismo Jurisdicional. É verdade que arquitetá-las não é coisa fácil, uma vez que isto exige filosofar mais sobre o equilíbrio do que a própria separação, na dependência legítima mais do que na independência radical, na devida da distância entre o privilégio aristocrático e conluio populista.¹⁹⁶

As difíceis relações entre juízes e comunidades políticas são suavizadas ou apaziguadas pela afirmação de garantias constitucionais independentes e pelo fornecimento de espaços de encontro. Esta é a razão pela qual muitos dos países democráticos optaram pela instituição do

¹⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 81-82.

¹⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 164.

¹⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 164.

¹⁹⁶ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. p. 244.

Conselho Superior da Magistratura, que, através das diversas expressões utilizadas em cada país, visa garantir a imparcialidade dos juízes, bem como assegurar a representação e garantir a ética.¹⁹⁷

Inferre-se a necessidade de não somente ter um planejamento ou teorias, mas também as mudanças¹⁹⁸ que a sociedade almeja para o Poder Judiciário. Além disso, é preciso implantar novas metodologias¹⁹⁹ que funcionem e entreguem o que a sociedade anseia, um Judiciário íntegro, que respeite a Constituição e demais leis, bem como, prese pelo resguardo dos direitos individuais e coletivos, entregando a tão sonhada “justiça”.

Apresenta-se no Capítulo 3 a pesquisa sobre os subsídios teóricos para limitar o Ativismo Judicial; da teoria do Constitucionalismo Popular: resposta ao Ativismo Judicial; a utilização do Direito Comparado: na acepção do Constitucionalismo Popular; e, por último, a limitação de aplicação do direito: juiz *versus* povo, o qual tem objetivo em servir de fundamento teórico à resolução do problema relativo à pesquisa.

¹⁹⁷ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. p. 245.

¹⁹⁸ Entrevista realizada com 570 juízes. **Tabela 2** Obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário (em porcentagem): Falta de recursos materiais 85,6%; Excesso de formalidades nos procedimentos judiciais 82,3%; Número insuficiente de juízes 81,1%; Número insuficientes de varas 76,3%; Legislação ultrapassada 67,4%, Elevado número de litígios 66,5%; Despreparo dos advogados (causas mal propostas etc.) 64,0%; Grande número de processos 59,3%; Juízes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas 59,1%; Instabilidade do quadro legal 53,2%; Insuficiência na formação profissional do juiz 38,9%; Extensão das comarcas 26,8%; Curta permanência dos juízes nas comarcas 25,3%. SADEK, Maria Tereza. **A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes**: resultados de uma pesquisa quantitativa.

¹⁹⁹ Entrevista realizada com 570 juízes. **Tabela 4** Como agilizar o Judiciário (em porcentagem): Informatização dos serviços judiciários 93,2%; Redução das formalidades processuais 90,2%; Juizados especiais de pequenas causas 83,5%; Simplificação no julgamento dos recursos 73,9%; Recurso mais frequente à conciliação prévia extrajudicial entre as partes 69,1%; Limitação do número de recursos 67,5%; Reforço da figura do árbitro, escolhido pelas partes para julgar questões trabalhistas 36,0%; Implementação da Justiça Agrária prevista na Constituição de 1988 26,8%; Implementação da Justiça de Paz 13,9%; Criação da Justiça Municipal 8,9%. SADEK, Maria Tereza. **A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes**: resultados de uma pesquisa quantitativa.

3. SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA LIMITAR O ATIVISMO JUDICIAL

Certamente, a falta de transparência na identificação das funções judiciárias resulta na impossibilidade de se ter uma visão ampla e clara sobre suas estruturas. No entanto, é difícil não reconhecer que isso é amplificado pela tentação de esconder, sem pensar com precisão, o que poderíamos chamar de uma percepção quase que genérica de “crise judicial”, que não passa de uma dramatização indefinida.²⁰⁰

Santos, preconiza que:

Nos últimos anos tem crescido o debate sobre a quem compete a interpretação final das normas constitucionais do/no Estado. Com efeito, desde o constitucionalismo moderno, inaugurado pelas cartas constitucionais dos EUA (1787) e da França (1791), frutos de revoluções liberais e do constitucionalismo contemporâneo dos pós-guerras, as Constituições nacionais assumiram um protagonismo estrutural nunca visto antes na história do Estado, quando passaram a servir de limites e baliza tanto para a política quanto o ordenamento jurídico.²⁰¹

Durante a evolução histórica, houve diversos embates sobre quem detem o poder para interpretar as normas constitucionais. Contudo, desde as cartas constitucionais dos EUA e da França, o mundo passou a enxergar a Constituição com outros olhos, e como consequência, passou a utilizá-la como bússola, tanto para a política, quanto para o mundo jurídico.

Diante a vasta tendência mundial, no sentido do constitucionalismo, diversos teóricos acreditam decorrer das modernas democracias após a Segunda Guerra Mundial, com o sentimento de que a democracia engloba muito mais do que a simples adesão ao princípio da maioria. Afirma-se frequentemente que isso reflete o compromisso com a proteção robusta e auto vinculante dos direitos básicos e liberdades civis em um esforço para proteger grupos e indivíduos vulneráveis da tirania da maioria política. Nesse sentido, as práticas de revisão constitucional e judicial, muitas vezes percebidas como antidemocráticas, são muitas vezes retratadas como conciliatórias com o governo da maioria ou simplesmente como restrições necessárias à democracia que devem ser respeitadas. Em suma, o fortalecimento do Judiciário por meio do constitucionalismo, do controle de constitucionalidade e da criação do direito de recurso caso a caso tem surgido, nos últimos anos, como algo aceito igualmente à manifestação do senso comum da teoria constitucional na contemporaneidade.²⁰²

²⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. p. 23.

²⁰¹ SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o protagonismo da interpretação da constitucional**. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/supremacia_judicial_e_constitucionalismo_popular.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²⁰² HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. p. 31.

Kozicki e Barboza afirmam que: “O que se percebe nesse contexto político-jurídico criado no pós-guerra com o estabelecimento da supremacia dos direitos humanos, seja por constituições escritas ou não, é que esse movimento se dá junto com a expansão do *judicial review* em diversos países”.²⁰³

Independente se a "crise" é explorada politicamente, se é repetitiva na América Latina, se é abusada a ponto de apontar qualquer disfunção, ou se é usada para suprimir o pensamento gerando drama, o próprio conceito perdeu conteúdo pela sua carga emocional, dificultando o diagnóstico e a antecipação de soluções. Em todo caso, é certo que essa "sensação" necessita ter algum embasamento real, já que parece tão ampla.²⁰⁴

É amplamente percebido que a constitucionalização de direitos, assim como a instauração do controle de constitucionalidade, constitui medida de difusão de poder, e muitas vezes estão atreladas a valores liberais, ou até mesmo, a ideais igualitários. Os estudos sobre suas origens políticas tendem a descrever sua adoção como um reflexo do progressismo social, da mudança política ou da devolução das sociedades ou da devoção dos políticos. Celebração acrítica dos direitos humanos por uma densa democracia. Apesar do pressuposto da benevolência e das origens progressivas da constitucionalização, a maioria dos pressupostos relativos à difusão do poder, efeitos redistributivos e permanecem amplamente, não são testados.²⁰⁵

Com base em decisões contramajoritárias proferidas pelo mesmo poder, sempre houve tensão e acusação, já que enxergam tal conduta como sendo antidemocrática. Por certo, os membros e titulares do Judiciário que não são eleitos de forma direta pela sociedade, possuem amplos poderes de intervir, diretamente, em atos e produções dos demais poderes, que, obviamente, no pensamento social, possuem maior legitimidade, afinal, foi o povo quem os escolheram e, ao menos em tese, caberia a somente eles praticar os atos de anular, revogar ou reformar seus próprios atos.²⁰⁶

Quanto a revisão judicial, pretende-se avaliar positivamente a legitimidade da revisão judicial ao mesmo momento que almeja estabelecer limites para essa revisão através de sua teoria da abrangência da constituição como uma árvore viva.²⁰⁷ Entende-se que a revisão judicial pode

²⁰³ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas.**

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 23.

²⁰⁵ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo.** p. 31.

²⁰⁶ SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o protagonismo da interpretação da constitucional.**

²⁰⁷ WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: an idiot defends.** Disponível em: <https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Constitutions_as_Living_Trees_An_Idi-1.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

ser utilizada se, e apenas se, puder ser apresentada, de algum modo, desde que possua origem democrática.²⁰⁸

Firmemente, o controle de constitucionalidade conduz a ideia de que o Judiciário deve interpretar e aplicar a Constituição, por se tratar de um texto legal hierarquicamente superior. Desde o início, o modelo de controle de constitucionalidade ganhou *status* hegemônico na história constitucional brasileira ao se tornar elemento fundamental do regime hegemônico.²⁰⁹

É motivo de preocupação para os Estados Unidos que a revisão judicial forneça verificação dos resultados obtidos pelo processo político, tendo em vista a legitimidade democrática para tais atos. Esta questão ganha dimensões ainda maiores, quando além do poder conferido ao Judiciário para, possivelmente, invalidar leis conflitantes com a Constituição, acaba por conferir, também, a função interpretativa da Lei Maior, e com isso, dar o veredicto final.²¹⁰

Com a criação de legislações diversas no campo do direito, não houve outra alternativa, senão judicializar a interpretação constitucional, e com isso, o Judiciário deteve o direito de diferenciar o que julgava certo ou errado nos textos constitucionais. O resultado foi tanto a esfera privada, quanto a pública, judicializando e com isso, causando o deslocamento do poder, que em tese, deveria ser do Legislativo, para o Judiciário.²¹¹

Não é apenas o compromisso dos políticos com ideias progressistas e uma visão elevada de direitos universais que conduz à constitucionalização dos direitos e à instauração do controle de constitucionalidade, mas também o engajamento genuíno dos políticos com os melhores interesses do país em mente. Muitos de seus esforços tendem a ser motivados por tentativas de manter o estado atual e obstar tentativas de provocar esse *status quo* por meios democráticos. Esta é a sua verdadeira motivação, em muitos casos.²¹²

Essencialmente nas transgressões do Poder Judiciário para além de suas jurisdições e atribuições, que se baseia numa hermenêutica particular e subjetivista dos juízes, tendo como

²⁰⁸ TREMBLAY, Luc B., **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures.** Oxford University Press and New York University School of Law 2005, 617 I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 617–648 doi:10.1093/icon/moi042.

²⁰⁹ CARDOSO, Rodrigo Mendes. **As Teorias do Constitucionalismo Popular e do Diálogo na Perspectiva da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.10#:~:text=O%20artigo%20trabalha%20com%20a,atualmente%20em%20debate%2C%20no%20plexo>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²¹⁰ VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo Popular: modelos e críticas.**

²¹¹ SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o protagonismo da interpretação da constitucional.**

²¹² HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo.** p. 355.

agravador, o fato de que, não possui nem um “freio”, nem um “contrapeso” externo, senão, exclusivamente a prevenção nas intervenções em matérias politicamente controvertida.²¹³

Adicionalmente, a razão jurídica foi utilizada como parte elementar da deliberação, gerando discussões aprofundadas dos tribunais, algo que demonstrava ser mais seguro e estável, do que, as falas romantizadas e cativantes de políticos de destaque da época.²¹⁴

A solidificação do Judiciário através da criação de legislações para salvaguardar os direitos, bem como, a fixação do controle de constitucionalidade, pode acarretar a cristalização das origens políticas da constitucionalização, que por vezes, é olvidado. Embora os catálogos constitucionais acrescentem o arcabouço institucional necessário para a judicialização da política, não são suficientes para motivar a demasiada quantidade de demandas políticas perante os tribunais.²¹⁵

Não pairam dúvidas de que resolver conflitos sociais de todos os aspectos é inerência judicial, todavia, não é essa característica que o define, uma vez que existem inúmeros órgãos do próprio Estado, ou até mesmo particulares, os quais desempenham aquele papel. Mas, sem sombra de dúvida, a principal função judicial é dissipar conflitos, e por isto, é mister que a sociedade tenha amplo acesso aos serviços do Judiciário, e que este tenha eficácia plena. Isso torna a concordância muito genérica, mesmo que não se refira ou pareça não se referir à sua implementação adequada.²¹⁶

É consabido que Poder Judiciário não nasceu da noite para o dia; foi politicamente edificado ao longo dos anos. Pensa-se que o resultado de um pacto estratégico pensado pelas elites políticas, impactaram na criação da constitucionalização de direitos, assim como, no fortalecimento da revisão judicial. Insta frisar que constantemente é ameaçado, já que busca dissociar suas anteposições políticas no tocante as variações de humor da política democrática, tendo como base de apoio elites econômicas e judiciais que tem o mesmo pensamento. Por fim, as mutações resultantes conjecturam um misto de anseios políticos e profissionais dos grupos supracitados.²¹⁷

Em que pese todo o esforço despendido pelo Poder Judiciário para elucidar suas reais funções para a sociedade, constata-se que este Poder ainda é incompreendido por inúmeras pessoas. De certa forma, é compreensível que a sociedade profira veementemente críticas²¹⁸ ao

²¹³ SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o protagonismo da interpretação da constitucional.**

²¹⁴ SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o protagonismo da interpretação da constitucional.**

²¹⁵ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo.** p. 73.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 35.

²¹⁷ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo.** p. 104.

²¹⁸ O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve,

Judiciário, já que o Ativismo Judicial²¹⁹ com isso, gera revolta no povo, que julga o Judiciário como usurpador de poderes, pelo fato de magistrados não terem sido eleitos pelo voto popular, e mesmo assim, tomam decisões anulando, revogando ou reformando atos da Administração Pública ou até mesmo leis. Logo, gera-se uma intensa tensão entre diversos institutos do ordenamento jurídico brasileiro, do qual, destaca-se, a soberania popular e supremacia judicial.

Para efeito, no próximo item do capítulo será tratado sobre o Constitucionalismo Popular, teoria está oriunda dos Estados Unidos, contudo, suscita definições importantes para embasamento da pesquisa.

3.1 Da teoria do Constitucionalismo Popular: resposta ao ativismo judicial

Tem-se, que o “Constitucionalismo Popular” busca, essencialmente, retirar os poderes conferidos ao Judiciário, que interpretam e aplicam a Constituição, e com isso, o povo quem seria o detentor de tais poderes, que poderia exercer das formas que bem entendesse, ou seja, ele próprio ou “nomeando” representantes, *in casu*, através das eleições”.²²⁰

Kock e Coura ilustram que “O Constitucionalismo Popular é uma teoria fundamentada no poder exercido pelo povo na interpretação das normas constitucionais, como pressuposto da democracia”.²²¹ Neste sentido, não haveria o Ativismo Judicial, e por consequência, a tripartição dos Poderes seria mais harmônica entre si.

primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga. Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O Problema do Ativismo Judicial:** uma análise do caso MS3326.

²¹⁹ Do outro lado, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a*) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b*) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c*) como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d*) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O Problema do Ativismo Judicial:** uma análise do caso MS3326.

²²⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **O que é Constitucionalismo Popular?** O notável papel do STF na proteção dos direitos. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/o-que-e-o-constitucionalismo-popular-21072015>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²²¹ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade.**

Não é outro o entendimento de Vieira: “Os constitucionalistas populares defendem um modelo em que o Poder Judiciário não tenha protagonismo na interpretação constitucional, transferindo este protagonismo ao povo, o verdadeiro detentor da Constituição”.²²²

Muitos doutrinadores da seara constitucional creem veementemente em um modelo institucional o qual os protagonistas seriam o povo, e com isso, caberia a estes a vasta interpretação constitucional.

Quanto a atividade jurisdicional do STF, Brandão apresenta:

A auto-atribuição, pela Suprema Corte, da “última palavra” retiraria a interpretação da Constituição do alcance do povo, atuando como instrumento ideológico que permite que se inculque nas mentes dos cidadãos a noção de que aquele que critica decisão da Suprema Corte não é patriota. Assim, a supremacia judicial conduziria a uma concepção juriscêntrica que desestimularia seriamente a interpretação constitucional fora das Cortes.²²³

Em vista disso, a ideia principal da Corte Superior é monopolizar a interpretação constitucional, embutindo na mente do povo que somente ela é detentora desta incumbência, e com isso, pensar diferente, seria ser apátrida.

Na verdade, o Constitucionalismo Popular é um ressurgimento de valores constitucionais indispensáveis. Como pressuposto de um regime democrático, ela se fundamenta na efetividade do poder então exercido, até mesmo tenha o papel de dar sentido às normas constitucionais então instituídas.²²⁴

Observa-se certo grau de consistência na distribuição dos juízes, inclusive os do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a opinião popular e as decisões da Corte Maior. Quando se ganha o apoio da grande maioria das pessoas, assim, há proteção de ser atacado pelos demais Poderes.²²⁵

Neste diapasão, vê-se que os teóricos do Constitucionalismo Popular criaram uma dúvida comum contra à Suprema Corte americana, sob o pressuposto de que o governo sempre pertencerá ao povo e não ao Judiciário.²²⁶

²²² VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo Popular: modelos e críticas.**

²²³ BRANDÃO, Rodrigo. **O que é Constitucionalismo Popular?** O notável papel do STF na proteção dos direitos.

²²⁴ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade.**

²²⁵ VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo Popular: modelos e críticas.**

²²⁶ CARDOSO, Rodrigo Mendes. **As Teorias do Constitucionalismo Popular e do Diálogo na Perspectiva da Jurisdição Constitucional Brasileira.**

Kramer contribuiu exaustivamente para a teoria do Constitucionalismo Popular esclarecendo que foi “o povo” que manifestou uma insatisfação quanto o começo da Independência dos EUA, assim, discutiu-se para adotar uma inédita Constituição.²²⁷

Na visão do autor, a Constituição nasceu de uma vontade popular, em que era chamada “carta do povo”, e mais, feita pelo povo. Além disso, era o povo quem trabalhava e respondia aos agentes políticos, ainda o povo era o encarregado para interpretar e aplicar de forma correta a norma constitucional. Inclusive, a concepção de entregar estas incumbências aos juízes era incabível.²²⁸

Portanto, tem-se que, com isto, estão ocorrendo mudanças na sapiência de vários setores da sociedade, desde a Suprema Corte até as mídias, no entanto, o povo é o mais afetado quanto ao entendimento sobre o real papel a ser desenvolvido pelos Poderes e a real função da sociedade civil no tocante a interpretação constitucional. Atualmente, há harmonia de que a supremacia judicial reduz ferozmente a “*energia do constitucionalismo popular*”, pois, mesmo que a soberania popular, quanto a interpretação Constitucional, não tenha sido completamente descartada, como pode-se denotar nas rígidas reações políticas em decisões que a Corte Superior desatrelou-se demasiadamente da opinião pública, como foi na *Lochner*, percebe-se que a supremacia judicial ao dar grandes proporções aos poderes da Corte, bem como, a tendência da supremacia judicial, ao maximizar os poderes da Corte e espalhar uma cultura de demasiada veneração as suas próprias decisões, tem como objetivo “*tornar esse ponto de ruptura o mais distante possível*”.²²⁹

Deste modo, surge a chamada tensão entre o povo e as Cortes com as disposições contrárias da supremacia da interpretação judicial e do Constitucionalismo Popular. Os influentes da supremacia judicial possuem entendimento que cabe aos tribunais definir o sentido do texto constitucional em consonância com seu conteúdo eminentemente jurídico-normativo sendo que, cabe ao Judiciário a interpretação da legislação infraconstitucional, obviamente, pela Constituição servir como texto base para as demais legislações, a incumbência de interpretar seria ainda maior. De outro sentido, existem os constitucionalistas populares que enxergam esta atitude como sendo

²²⁷ KRAMER, Larry D., **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Orford: Oxford University Press, 2004. p. 7.

²²⁸ “[...] Their Constitution remained, fundamentally, an act of popular will: the people’s charter, made by the people. And, as we shall see, it was “the people themselves” - working through and responding to their agents in the government – who were responsible for seeing that it was properly interpreted and implemented. The idea of turning this responsibility over to judges was simply unthinkable”. “A sua Constituição permaneceu, fundamentalmente, um ato de vontade popular: a carta do povo, feita pelo povo. E, como veremos, era “o próprio povo” – trabalhando e respondendo a seus agentes no governo – que era responsável por zelar para que fosse devidamente interpretado e implementado. A ideia de entregar essa responsabilidade aos juízes era simplesmente impensável!”. KRAMER, Larry D., **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. p. 7.

²²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **O que é Constitucionalismo Popular?** O notável papel do STF na proteção dos direitos.

uma verdadeira afronta e usurpação à soberania popular pelo Judiciário, não obstante legitimado, não tem o condão de substituir o povo.²³⁰

De modo geral, ao examinar a história brasileira, verifica-se que há uma inclinação à democratização em termos de legitimidade ativa para proposição das ações de controle concentrado de constitucionalidade, que são mecanismo de interpretação constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais.²³¹

Assim, acredita-se no Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, ao possuir a missão de resguardar os direitos e aperfeiçoar o caráter deliberativo da democracia brasileira. A inclusão de críticas democráticas ao constitucionalismo brasileiro é vital para o processo de interpretação constitucional no Brasil, adicionando um elemento inclusivo e deliberativo ao processo. No entanto, essas visões teóricas não devem ser agrupadas como parte do direito brasileiro, especialmente aquele que diz respeito a propostas de mudança da instituição. Se faz necessário ter derradeiro cuidado no transplante de ideias, do contrário, assim como ocorre em uma cirurgia de transplante de órgãos, quem recebe tais ideias poderá vir a óbito.²³²

Não há dúvidas que é de suma importância para o ordenamento brasileiro o respeito e o poder popular. Por fim, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e por isso, um dos princípios fundamentais da Constituição brasileira é taxativo ao mencionar que todo o poder emana do povo, podendo ser exercido, seja por ele próprio ou pelos representantes eleitos através de processo eleitoral.²³³

Fazendo um comparativo entre a realidade brasileira e a norte-americana, tem-se a disparidade distinção por três fatores. O primeiro é que a judicialização da política e os efeitos desta junto ao Judiciário existem a mais de 200 anos nos EUA, enquanto no Brasil, remete a pouco mais de uma década. Segundo, porque, enquanto existe nos EUA uma sólida cultura liberal que denegou o seguimento de autoritarismos mesmo em momentos propícios para tal expansão (primeiro pós-guerra), já na democracia brasileira encontra-se dando os primeiros passos, sendo que o contexto histórico político-institucional remete a diversos governos autoritários que achacaram a independência judicial. Por fim, o terceiro, porque enquanto os EUA a partir da década de 1960 são considerados uma democracia de direitos, na qual os Poderes respeitam este ideal, em que a implantação a Suprema Corte obteve papel histórico de extrema relevância. No

²³⁰ SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o protagonismo da interpretação da constitucional.**

²³¹ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade.**

²³² BRANDÃO, Rodrigo. **O que é constitucionalismo popular?** O notável papel do STF na proteção dos direitos.

²³³ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade.**

Brasil o constitucionalismo e os direitos ainda são embrionários, uma vez que tão cultuados na cultura política.²³⁴

Constata-se na vivência social, que a missão de interpretar a Constituição é exercida pelos três Poderes, no que diz respeito aos seus atos e práticas rotineiras. Todavia, é de inerência do Poder Judiciário, o poder de resolver os conflitos fortuitos na compreensão das normas, e conseqüentemente, dar o parecer final nas controvérsias que envolvem dispositivos constitucionais.²³⁵

Destarte, possíveis propostas de extinção do controle de constitucionalidade seriam lastimáveis para a implantação de uma democracia de direitos. Ainda, mesmo que houvesse propostas para implantação de mecanismos de reação a decisões judiciais que intervêm de forma mais drástica na independência judicial, estas soariam bastante excessivas no Brasil. Realmente, antes de 1988, tais mecanismos deram a direção das relações institucionais, e o com isso, ao invés de presenciar um Constitucionalismo Popular, vivenciou-se uma hegemonia dos poderes políticos, com destaque para o Executivo na acepção de normas constitucionais indeterminadas, que ocasionou efeitos para a fundação do constitucionalismo e de uma cultura de direitos no Brasil.²³⁶

A despeito deste aparato teórico, direcionado na superação da postura tradicional de vasta interpretação da Constituição, raras são as propostas de disposições institucionais na esperança de tais teorias.²³⁷

Logicamente, em decorrência das moléstias que assolam a democracia liberal nas sociedades modernas, percebe-se que a problemática não cinge apenas em devolver o poder para o povo interpretar a constituição de forma formal, pois, para o sucesso tanto das propostas de Constitucionalismo Popular quanto de diálogo constitucional, se faz mister reconhecer cabalmente a importância e o quilate institucional que possui a participação popular. E com isso, se faz necessário a ampliação de debates no seio social sobre a Constituição em sentido amplo e abrangente.²³⁸

²³⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **O que é Constitucionalismo Popular?** O notável papel do STF na proteção dos direitos.

²³⁵ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade.**

²³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **O que é Constitucionalismo Popular?** O notável papel do STF na proteção dos direitos.

²³⁷ CARDOSO, Rodrigo Mendes. **As Teorias do Constitucionalismo Popular e do Diálogo na Perspectiva da Jurisdição Constitucional Brasileira.**

²³⁸ CARDOSO, Rodrigo Mendes. **As Teorias do Constitucionalismo Popular e do Diálogo na Perspectiva da Jurisdição Constitucional Brasileira.**

Segundo a teoria, a tarefa interpretativa final pertencia ao “povo”, já os tribunais e os representantes eleitos, subordinavam-se a seus julgamentos. Nesta perspectiva, o controle de constitucionalidade aparece na prática através do Constitucionalismo Popular.²³⁹

O Constitucionalismo Popular busca, principalmente, avançar contra uma visão juricêntrica, que transmite a ilusão através de indivíduos usando togas e com a ideia de que a Constituição deve ser interpretada somente por membros do Judiciário do alto clero. É necessário inserir o povo no contexto analítico, e neste sentido, delegar poder para que aquele possa participar dos debates constitucionais e conseqüentemente, de suas transformações. Por fim, os juízes constitucionalistas precisam ter em mente que são funcionários do povo e não seu patrão.²⁴⁰

O fato é que os dogmas não conjecturam a aplicação na prática do Constitucionalismo Popular no Brasil.²⁴¹

Por fim, os doutrinadores brasileiros são desfavoráveis a inclusão desse movimento no ordenamento jurídico, entretanto, é inegável que a Constituição Federal de 1988 adotou diversos princípios para servir de pilares em nosso sistema, dentre eles: a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o equilíbrio entre trabalho e a livre iniciativa.²⁴²

Justifica-se a não inclusão da teoria do Constitucionalismo Popular ao ordenamento jurídico brasileiro, está a historicidade na qual foi aplicada, a cultura liberal do EUA e ser adepto ao sistema *common law*. Apesar de a teoria do Constitucionalismo Popular não ser possível de se aplicar no Brasil, conclui-se ser aceitável extrair alguns conceitos dela, no sentido de aprimorar e se utilizar como fonte de conhecimento para a pesquisa.

No seguinte item do Capítulo, é abordado a utilização do Direito Comparado na acepção da teoria do Constitucionalismo Popular, para esmiuçar o motivo que a teoria do Constitucionalismo Popular não é aplicada no Brasil.

²³⁹ “[...] Final interpretive authority rested with “the people themselves”, and courts no less than elected representatives were subordinate to their judgments. It is the story of this practice of “popular constitutionalism” that emerges through our study of judicial review [...]”. “A autoridade interpretativa final cabia ao “próprio povo” e os tribunais, tanto quanto os representantes eleitos, estavam subordinados a seus julgamentos. É a história dessa prática de “constitucionalismo popular” que emerge através de nosso estudo do controle de constitucionalidade”. KRAMER, Larry D., **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. p. 8.

²⁴⁰ VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo Popular: modelos e críticas**.

²⁴¹ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade**.

²⁴² KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade**.

3.2 A utilização do Direito Comparado: na acepção da teoria do Constitucionalismo Popular

O Direito Comparado estabelece um dos assuntos principais dos estudos e pesquisas jurídicas, tendo em vista a sua característica instrumental que faz progressivamente expandir a sua relevância.²⁴³ Acrescenta-se ainda o Direito Comparado sendo uma ciência auxiliar, renomada ao estudo científico e histórico dos ordenamentos jurídicos.²⁴⁴

São inabituais esboços comparativos no tocante as origens e consequências da transformação Constitucional e do incremento de Poder do Judiciário, sendo que os existentes sofrem com ausência de uma metodologia coerente. Em resumo, mesmo os tribunais atualmente desenvolvendo função basilar no enfrentamento das questões sociais e políticas controvertidas, constata-se a permanência de três assuntos igualmente e precariamente pesquisados, bem como, pouco teorizados, quais sejam: os estudos jurídicos comparativos em geral, as origens políticas e consequências do fortalecimento do Judiciário em particular.²⁴⁵

Há empréstimos constitucionais e migração de ideias constitucionais, no entanto, vislumbra-se que não são apropriadas a sua utilização. Primeiramente, o significado emprestar tem a ideia de confiar algo a alguém com a exigência de devolução. Contudo, observa-se que nenhum tribunal está emprestando suas decisões. Posteriormente, migrar tem o sentido de movimentar de um local para outro. Logo, um tribunal, ao utilizar um preceito constitucional estrangeiro, não a está migrando.²⁴⁶

Cabe salientar que o Direito Comparado é com mais acerto constituído pela locução “comparação de direitos”, considerando que decorre da norma, do substrato social, econômico e cultural.²⁴⁷

A proximidade de numerosos sistemas jurídicos tem sido frequente na nova situação mundial, existindo tendência que não pode ser revertido para que os vários ordenamentos nacionais comuniquem em termos de leis e jurisprudência, de modo que o método comparativo e a ciência jurídica comparada obtêm importância excepcional historicamente.²⁴⁸

²⁴³ OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²⁴⁴ **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas / Organização J. M. Othon Sidou ...[*et.al.*]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁴⁵ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. p. 34.

²⁴⁶ FREIRE, Alonso. **Importação de Ideias Constitucionais**. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²⁴⁷ CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/mrBH6vqQdksL7LMtxHwSF6C/?lang=pt>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²⁴⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Capítulo II – Transjusfundamentalidade: diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direito Fundamentais**. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/13876>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

Destaque a relevância do Direito Comparado através dos juscomparativistas e pelos estudiosos do Direito em geral. Isso porque a pesquisa jurídica comparativista colabora de uma maneira notável para o desenvolvimento e a ampliação das fronteiras do conhecimento jurídico.²⁴⁹

O Direito Comparado sempre esteve fortemente ligado à política legislativa e aos momentos constituintes. Entretanto, muitos motivos competem para que se receba uma relevância gradativa nos procedimentos de interpretação das constituições nacionais, especialmente, referente aos direitos fundamentais.²⁵⁰

Preliminarmente, o Direito Comparado se importa com a questão da comparação de ordenamentos jurídicos específicos de distintos países. Evidenciam-se os seus pontos iguais ou diferentes, o que estabelece a macro comparação. Em contrapartida, pode delimitar o seu exercício à comparação de específicos institutos jurídicos próprios de sistemas jurídicos diversos, a exemplo, o contrato no Direito brasileiro e no Direito italiano, o que reflete a micro comparação.²⁵¹

No Brasil, não é obrigatória a utilização de precedentes estrangeiros, já que inutilizaria a teoria constitucional.²⁵² Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro faz parte dos sistemas do *civil law*. Em decorrência da sua construção cultural, observa-se que o senso comum teórico dos operadores do direito reflete uma postura o qual se contradiz, visto que tem fascínio com as novidades e importações de sistemas jurídicos estrangeiros.²⁵³

Outra questão é que no Brasil, a importação de conceitos constitucionais não encontrou relutância. Como exemplos, o mínimo existencial, a proibição de retrocesso social, entre outros.²⁵⁴

No Supremo Tribunal Federal, a análise jurisprudencial assegura que o Direito Comparado é exercido pelos Ministros, como ferramenta enriquecedora das decisões, no entanto ele não seja determinante na construção da jurisprudência, bem como nos Estados “constitucionais” atualmente.²⁵⁵

Ressalte-se que pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal as jurisprudências e doutrinas estrangeiras são citadas, em seus votos, para fundamentá-los, da mesma maneira para

²⁴⁹ OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**.

²⁵⁰ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos; BUNN, Alini. **Abertura e Diálogo entre as Cortes Constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/323189335_Abertura_e_dialogo_entre_as_cortes_constitucionais_identificacao_dos_padroes_de_utilizacao_pelo_STF_do_argumento_de_direito_comparado>. 22 fev. 2022.

²⁵¹ OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**.

²⁵² SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Capítulo II – Transjusfundamentalidade: diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direito Fundamentais**. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/13876>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²⁵³ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos; BUNN, Alini. **Abertura e Diálogo entre as Cortes Constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado**.

²⁵⁴ FREIRE, Alonso. **Importação de Ideias Constitucionais**.

²⁵⁵ CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional**.

acrescentar profundidade aos debates junto ao plenário ou das turmas. Não é apenas um estilo, o uso serve para mudanças da jurisprudência interna da Corte durante os anos.²⁵⁶

A argumentação comparativista não é desconsiderada pela judicatura. Longe de ser, por isso é utilizado a fundo pelos magistrados constitucionais de diversos países, como já mencionado os Ministros da Corte utilizam, mesmo que a comparação não esteja cercada da discussão a respeito dos fundamentos contextuais da legislação, do precedente ou da doutrina estrangeira.²⁵⁷

Nota-se que a ligação dialógica entre Cortes Nacionais influencia, especialmente, a atitude eficiente do Judiciário brasileiro, por intermédio das decisões de seu tribunal de última instância, ao filiar a maneira parecida de tribunais de demais países interpretarem suas regras e princípios constitucionais, além de sua própria atuação no sistema.²⁵⁸

Aponta-se sobre a necessidade de pensar os limites da concretização constitucional, sobretudo no que diz respeito à direção social das suas expectativas. Percebe-se que aparentemente não há limitação ao exercício dos julgantes, em especial os da jurisdição constitucional.²⁵⁹

Neste contexto, as ideias constitucionais, ao serem importadas, podem sofrer mudanças de alguma ordem. Isso porque são diferentes os sistemas sociais, culturais e jurídicos para os quais elas são importadas.²⁶⁰

Verifica-se que o Direito Comparado está sendo mais utilizado nas seções da Suprema Corte, atendendo, na maioria, das vezes o embelezamento dos votos dos Ministros. Todavia, é verdade que existiu momentos em que a utilização era para embasar através da importação de posicionamentos estrangeiros.²⁶¹

Com isso, compreende-se que apesar de não ser novo o Direito Comparado, seu entendimento ainda está caminhando. Considerando a existência de conflitos a respeito, não sendo pacífico, já que para a utilização do Direito Comparado não existe um método, assim trazendo críticas sobre, já que não se estuda profundamente para se usar o Direito Comparado em determinado sistema jurídico. Afora, muitas vezes não tem semelhança com ordenamento do país que foi importada a ideia constitucional.

Interessante comentário que Barroso faz sobre a doutrina brasileira, pontuando que nos últimos tempos, constatou-se um célere avanço na produção científica do Direito, seja em

²⁵⁶ TEIXEIRA, Weverton Paraguassú. **O Papel do Direito Comparado na Jurisdição Constitucional Brasileira.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-papel-do-direito-comparado-na-jurisdicao-constitucional-brasileira/>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²⁵⁷ CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional.**

²⁵⁸ TEIXEIRA, Weverton Paraguassú. **O Papel do Direito Comparado na Jurisdição Constitucional Brasileira.**

²⁵⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Capítulo II – Transjusfundamentalidade: diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direito Fundamentais.**

²⁶⁰ FREIRE, Alonso. **Importação de ideias constitucionais.**

²⁶¹ TEIXEIRA, Weverton Paraguassú. **O Papel do Direito Comparado na Jurisdição Constitucional Brasileira.**

quantidade ou qualidade. Todavia, o senso crítico ainda é insuficiente, e por isto, o debate acadêmico possui como alicerce teorias estrangeiras. Não há dúvidas que é benéfico possuir novos parâmetros pelo mundo, entretanto, reside o risco de viver as experiências de outros países, absorvendo possíveis projetos e seus temores, e deixando de lado a aptidão de filosofar sobre si e a sua realidade. E com isso, acabar perdendo a verdadeira essência social do conhecimento.²⁶²

Conforme ficou demonstrado no item anterior, não é qualquer teoria que cabe a um ordenamento jurídico, no caso, destaca-se o Brasil. Já que o Constitucionalismo Popular é uma teoria dos EUA, dentre os motivos de não aplicação, encontram-se a história que foi aplicada à época a teoria, a cultura liberal do país, ou até mesmo, por ser de um sistema *common law*.

Fica evidente, por mais que a Constituição de 1988 recebeu os princípios da soberania popular, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do equilíbrio entre trabalho e da livre iniciativa, à teoria do Constitucionalismo Popular não se adequa com a realidade do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que seu ponto fundante seja o povo. Portanto, na comparação dos direitos dos EUA e do Brasil, os ordenamentos jurídicos destes países são diferentes, sendo inviável sua aplicabilidade no momento vivenciado pelo Brasil.

Por fim, é importante frisar que o ordenamento jurídico de um país não é uma “colcha de retalhos” ou até mesmo um “Frankenstein”, é necessário observar todo o sistema jurídico, para ver se há adequação para se utilizá-lo, fazendo da melhor forma a comparação destes direitos na situação concreta, e não deixando de analisar o contexto social, econômico e cultural.

Com o último item da pesquisa, destina-se a resolução do problema que se enfrenta com o seguinte questionamento: “É possível estabelecer critérios e limites para o modo como o Poder Judiciário decide as controvérsias da sociedade se utilizando do Ativismo Judicial?” Finalmente, procede-se a uma síntese conclusiva das ideias expostas ao longo da dissertação, sob a forma de proposições objetivas.

3.3 A limitação de aplicar o direito: juiz *versus* povo

A Constituição define, também, o procedimento como as leis serão elaboradas e, ocasionalmente, sua matéria. Igualmente, leis e sentenças judiciais estão ligadas ou determinadas de forma semelhante.²⁶³

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 281-282.

²⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. p. 64.

Em um Estado moderno, tendo como exemplo o Poder Executivo, também deve acatar as decisões dos juízes e tribunais, além de prover meios para a execução destas decisões. Atribui-se a essa expressão popular “decisão de juiz se cumpre, não se discute” ao fato de que, nos sistemas constitucionais contemporâneos, os tribunais são independentes do Parlamento e do Executivo e as decisões judiciais são regras, não pareceres ou sugestões.²⁶⁴

Compreender que a instituição de leis é inerente e o monopólio do Poder Legislativo, pois advém da categorização das doutrinas e consolidada das atribuições do Estado. Porém, a propósito, a criação da lei não é única do Legislativo, e sua função, ainda hoje, não é exclusiva dele. Como resultado, apresentou-se um conceito pluralista que é adequada de compreender com facilidade o caráter criativo e normativo do desempenho jurisdicional.²⁶⁵

Geralmente, o legislador tem a opção e não a obrigação de criar leis. Inclui-se na esfera de incumbência a decisão sobre editar ou não uma norma. Não há dúvida de que sua inércia não será indício de que está cometendo ato inconstitucional. Não obstante, nos casos em que a Constituição obriga ao Legislativo o dever de editar norma regulamentadora para o cumprimento de específico preceito constitucional. Sua abstenção não será legítima e constituirá um caso de inconstitucionalidade por omissão sobre aquele preceito constitucional.²⁶⁶

Depreende-se que ao Judiciário compete sempre fazer predominar a norma constitucional, quer eliminando os atos regulamentares inconstitucionais, quer eliminando as omissões das leis que prejudicam sua concretização.²⁶⁷

Nalini crítica o não uso da lei revela que:

O fenômeno, que tem motivado reflexões e a reação ora iniciada, parece decorrer de centenas de anos, durante os quais o direito, do *jus*, transformou-se na *lex*, a norma. Nessa conversão perdeu seus aspectos éticos e veio a se tornar um bem de consumo, igual a outros tantos da sociedade massificada. E a lei, sua única expressão concreta, é por sua vez outro bem de consumo e, portanto, de natureza descartável. Quando já se não mostra adequada ou convincente, pode ser substituída por outra mais apropriada à demanda momentânea. O processo legislativo, típico à sociedade de massas, vem sendo utilizado para aparente encaminhamento de todos os problemas. A proliferação legislativa evidencia o fenômeno e efeitos perversos dele são a obsolescência da lei e sua elaboração por encomenda, já não mais refletindo o ideal de relação necessária derivadas da natureza das coisas.²⁶⁸

²⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 91-92.

²⁶⁵ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. p. 120.

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 158.

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 164.

²⁶⁸ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. p. 21.

O autor faz um paralelo entre a lei e um bem de consumo, como exemplo, inclusive, menciona que a lei pode ser descartável, igual a um objeto que se rejeita quando não se quer mais. Ademais, pode-se substituí-la por uma mais adequada.

É impossível resolver conflitos em concordância com o direito sem ter anteriormente interpretado a norma (o que provoca a importância as normas constitucionais já que edifica a lei que se encontra imersa), de maneira inevitável, implica uma esfera de comando em relação ao legislador ou um aprimoramento constitucional da abrangência de seus termos.²⁶⁹

Os órgãos, aplicadores do direito, ao interpretar a lei há constantemente dois requisitos: cognitivos e volitivos, posto que este órgão executa uma escolha entre as chances apresentadas.²⁷⁰

Aplicar a lei a um caso concreto é um trabalho difícil, equívoco e discutível. Caso contrário, as bibliotecas de direito seriam prescindíveis. É verdade que, perante certas problemáticas, conservadores e liberais, socialistas e democratas-cristãos interpretam a lei de maneira diferente. Isso se deve a certa congruência entre a compreensão de mundo de cada indivíduo e sua compreensão de direito, ou seja, é algo que existe no mundo, independentemente de qualquer disfunção institucional.²⁷¹

Nesse sentido, o juiz usa diversos modelos de interpretação da lei e se julga sem ter responsabilidade, transferindo a quem legisla pelas injustiças que acompanham suas sentenças. Quando um juiz é considerado escravo da lei, tem-se a ideia de que sua imparcialidade e neutralidade é algo visto como positivo, no mesmo momento em que o juiz é apenas um aplicador da lei, e assim a aplica com rigor, logo ele não pode mais legislar.²⁷²

Enfatiza-se que no passado distante ao fato da função judicial preexistia à função legislativa.²⁷³

É imperioso destacar que de um lado soberania e poder constituinte, e de outro poder constituinte e poder constituído, forma um dinamismo que proporciona o começo e a manutenção de uma Constituição. Este dinamismo, por outro ângulo, refere-se à competência do povo de se autolegislar e basear-se no ordenamento jurídico que lhe comandar. Quando se estabelecer uma norma e, posto isso, conceber-se como um grupo político, o povo reivindica, ao mesmo momento em que, o ordenamento seja respeitado. Para essa finalidade, limites são paradoxalmente

²⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. p. 57.

²⁷⁰ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 29.

²⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. p. 92.

²⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. p. 99.

²⁷³ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 121.

acordados à soberania popular. Evidencia-se que esta paradoxal ligação entre constitucionalismo e democracia.²⁷⁴

Certifica-se que o juiz ao aplicar o direito não procura com tanta frequência a elaboração racional de soluções lógico-formais perfeitas, todavia a convicção de que a resolução concedida é a mais razoável e justa.²⁷⁵

A interpretação de uma regra de direito é a única maneira de compreender seu significado e alcance. Nesta perspectiva, interpretar tem o sentido de retirar do preceito legal a definição que ela inclui, de modo a esclarecer a matéria do direito, a apresentar sua essência, viabilizando assim o entendimento.²⁷⁶

Aponta-se o ato de vontade como agente diferenciador a interpretação jurídica realizada pelo juiz que aplica o direito de toda e outra forma de interpretação principalmente.²⁷⁷

Almeja-se, com aplicação imediata e fiel dos textos normativos, diminuir a responsabilidade dos juízes em suas decisões, que na maioria das vezes contêm injustiças visíveis. Sempre que esse comportamento é perguntado, utiliza-se a justificativa de que o juiz não legisla, a ele não é autorizado reformular a norma na ocasião de aplicá-la, acrescentando-se, ainda, que, se for aceita a invasão do juiz na fixação do significado da norma, existirá uma norma desigual para cada juiz e dessa maneira a solução será injusta, já que casos idênticos serão decididos de forma divergentes.²⁷⁸

Barboza interpreta, quanto aos precedentes, “Até porque a força gravitacional do precedente significa que, não só uma parte dispositiva irá vincular as decisões futuras, mas também os princípios que fundamentaram a decisão e a interpretação que lhes foi dada”.²⁷⁹ Constata-se que os precedentes é uma forma de limitar o poder do juiz, uma vez que não apenas a parte dispositiva vincula as decisões, igualmente os princípios.

Contudo, se o legislador sempre operasse de forma perfeita, em nenhum momento existiria necessidade de submeter o entendimento da norma à Constituição, ainda que a legislação se remeta ao direito material. Em outras palavras, é exatamente porque se tem receio que a norma possa se distanciar dos princípios do Direito Constitucional e dos direitos fundamentais, que se

²⁷⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia** – soberania e poder constituinte. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R4fdDzgNCj6Y7ms4PgQXmhP/?lang=pt>>. Acesso em: 07 dez. 2022.

²⁷⁵ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. p. 115.

²⁷⁶ COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito**. Disponível em: <<https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/757/1619>>. Acesso em: 18 fev. 2023.

²⁷⁷ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. p. 29.

²⁷⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 101.

²⁷⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea.

assevera que o direito fundamental à tutela jurisdicional recaí a respeito da percepção judicial das regras processuais.²⁸⁰

O legislador, ao criar as normas, inicia-se com a ideia de que não é possível antecipadamente contemplar de forma ampla as necessidades que poderão surgir no futuro e as existentes. Por isso, é indispensável oferecer poder aos operadores do Direito para a caracterização e o emprego dos sistemas processuais apropriadas às inúmeras circunstâncias. Nesta lógica, a realização do preceito processual, ou seja, na execução do preceito processual no caso concreto, ou, também, na caracterização e o emprego do método processual, somente aprovada pela lei compatível, se for atendidas as necessidades concretas.²⁸¹

Como ponto de partida, nota-se que a finalidade da interpretação tem por motivo não um texto, mas sim determinar o sentido que ele exprime e qual foi definido ou continua a ser estabelecido por outro ato interpretativo ou pela autoridade encarregada de interpretar o texto, que entretanto, é subordinada por causas as quais podem alterar, restringir e aumentar. Desta maneira, coloca-se a dificuldade inicial da interpretação.²⁸²

Não há dúvida de que necessita ser interpretado o direito para ser aplicado. O ato de interpretar do direito é efetuada pelos juízes de primeira instância e de segundo grau, assim como pelos juristas e teóricos dos direitos, sendo os teóricos os encarregados pela doutrina.²⁸³

Corroborar-se à lei já instituída não é algo que antecede a execução do direito, é, sim, a finalização da ordem. Em razão de que a lei não está concluída quando o legislador a cria, necessita-se finalizar através da atuação do julgador e do administrador.²⁸⁴

Logo, os juízes constituem o direito a interpretarem a legislação jurídica. E isso é resultado do seu ofício relativo à interpretação, existe a construção de um outro texto para uma norma individual sobre aquele que está sendo interpretado. Desta maneira, existe um aprimoramento da atividade do legislador.²⁸⁵

O que as Constituições modernas têm em comum é o crescimento das competências inerentes ao Poder Judiciário, sendo mister pontuar que tais atribuições que lhe vêm sendo dadas exacerbam sua responsabilidade política e social. Como parte da responsabilidade constitucional do Poder Judiciário, é necessária a atualização de conceitos, inclusive superando o legalismo

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à tutela Jurisdicional Efetiva**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79071827.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2023.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à tutela Jurisdicional Efetiva**.

²⁸² AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 34.

²⁸³ COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito**.

²⁸⁴ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 116.

²⁸⁵ COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito**.

formalista, para que desempenhe sua função com eficácia. Muitas vezes, os juízes tendem a se preocupar exclusivamente com os aspectos formais de suas decisões, vício este ligado a retrocessos no ensino jurídico e exacerbado pela mentalidade daqueles. Tornou-se comum as sentenças ou acórdãos se preocuparem mais com o linguajar utilizado, centrados nas formalidades processuais, deixando de lado um dos principais fatores: a questão da justiça fornecida nas decisões.²⁸⁶

Tendo em vista a Constituição ser uma norma base, os princípios lá insculpidos devem ser aplicados de modo a envolver todas as demais legislações. Contudo, sem a contrapartida democrática, isso não seria suficiente, uma vez que a democracia desenvolve a função de não deixar que o constitucionalismo se acomode sobre as suas conquistas. Muito pelo contrário, ela tem papel primordial nesta conjuntura, pois o tenciona constantemente, seja provocando-o, seja renovando-o com base na aplicação/reaplicação da Constituição, independentemente de sua interpretação ou reinterpretação ser efetuada pelo povo ou pelo Judiciário.²⁸⁷

Em situações diversas, no intuito de não se declarar a inconstitucionalidade de uma norma processual, é necessário aditar significado ao seu texto, sempre tendo como texto base a Constituição, e assim, fazendo-se a devida interpretação para que não se crie um texto legal contrário aos ditames constitucionais. Como exemplo, ao sopesar o texto legal que assevera que a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar efeitos irreversíveis ao réu, o magistrado não necessita declarar a sua inconstitucionalidade, em vez disso, deverá concluir que a norma cinge apenas sobre a proibição da sua concessão quando o valor do direito do requerido, com base no caso concreto, não justificar tal risco. Isso porque estará sob a eminência de risco irreversível, não podendo impedir por si só, a concessão da tutela antecipatória, pois esta tem como requisito básico o risco de lesão a um direito mais provável que o do réu. Logo, se o direito do requerente é provável e está sendo ameaçado de lesão, sendo estes requisitos indispensáveis para a concessão da tutela de urgência, é inteiramente irreal pensar que o direito do requerido, que agora é improvável, não poderá ser exposto a demasiado risco.²⁸⁸

Usando o modelo positivista, acredita-se que os juízes permaneçam neutros ao confirmar que a lei e a Constituição são compatíveis por meio de uma afirmação formal e séptica. O magistrado não teve a oportunidade de se envolver na construção judicial, o que exigiria do magistrado uma atividade criativa como parte de suas atribuições. Assim, a decisão que declara a

²⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 99.

²⁸⁷ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia** – soberania e poder constituinte.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à tutela Jurisdicional Efetiva**.

inconstitucionalidade de uma lei representa a vontade do legislador constituinte e não do Tribunal Constitucional.²⁸⁹

Em contraste, a independência de um juiz se refere ao fato de que ele não estará sujeito às pressões exercidas sobre ele por poderes externos em sua própria esfera judicial, bem como a garantia de que ele não será afetado pelas pressões exercidas sobre ele pelos órgãos colegiados em sua própria esfera judiciária.²⁹⁰

Resta cristalino que se pode constatar os riscos de um Judiciário sem independência, muito mais facilmente, do que de um Judiciário afastado do poder. Delatar uma justiça presa ao poder seria a mesma coisa que sempre criticar o Estado. Com base na hipótese implícita de um risco vindo do centro (pressão sobre juízes, invasão do executivo judicial, etc.), as garantias do Estado democrático devem permanecer disponíveis para limitar as ameaças vindas de seu próprio contrapoder. No entanto, percebe-se que os riscos surgem de forma inesperada em virtude dos excessos da descentralidade.²⁹¹

Um juiz não deve ser concebido nos tempos presentes como um mero empregado dos demais Poderes, mas também, não pode ser um empregado da Corte ou do Supremo Tribunal. Não pairam dúvidas que o Poder Judiciário não é hoje conceptível como mais um ramo da administração e, portanto, não se deve ter a visão de sua estrutura como sendo a com hierarquias de um exército, já que, um Judiciário verticalmente militarizado é tão exótico e ameaçador quanto um exército horizontalizado.²⁹²

Sendo sempre autêntica à interpretação do órgão aplicador da lei, este gera um direito não só toma a forma de lei, mas também quando cria lei aplicável a um caso particular, note-se, quando cria uma regra aplicável exclusivamente a um caso particular.²⁹³

O juiz utiliza o ordenamento jurídico com a finalidade de solucionar um caso concreto que lhe foi entregue. Com isso, busca-se a lei mais apropriada para ser usada à espécie, isso significa optar pela interpretação que resolverá o caso de maneira mais razoável possível. Dá-se o nome de atividade interpretativa a análise da norma pelo melhor resultado. Assim, o juiz logo que verifica qual a lei mais correta a ser aplicada ao caso concreto, ele está interpretando, está procurando a definição jurídica que o regramento legal, ou seja, norma em potencial, pretende expressar, está formando a lei.²⁹⁴

²⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** p. 60-61.

²⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 88.

²⁹¹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** p. 56.

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 88.

²⁹³ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual.** p. 29.

²⁹⁴ COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito.**

Vastos e detalhados debates doutrinários, ampla citação de doutrinadores e de jurisprudência, deferimento ou réplica das alegações dos membros do Ministério Público e advogados, tudo isso gira a volta da escolha da norma a se aplicar e a mais correta maneira de interpretar um artigo, um parágrafo ou até mesmo um termo. São constantes as sentenças e os acórdãos dos tribunais abastados de exposições conceituais, manuscritos em linguagem aprimorada e centralizadas em debates de formalidades processuais, não dando a devida importância ou menos do que se devia a questão da justiça.²⁹⁵

Através da interpretação autêntica, criadora do direito, realiza-se uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que situe fora da moldura que a norma aplicar representa.²⁹⁶

Apresenta-se o conceito de interpretar que é expor o sentido, é elucidar ou iluminar a definição de um texto, de uma norma, de uma sensação e também um ato, isto é, interpretar é procurar o significado dos acontecimentos que rodeiam o indivíduo. A palavra interpretação, em contrapartida, tem dupla compreensão, pode-se ter o significado de ato ou efeito de interpretar como a consequência da solução desta atividade, ou seja, a elucidação, a solução, o que foi entendido.²⁹⁷

Ressalta-se que as decisões podem fazer novas normas e princípios que surgem da própria Constituição, do contexto histórico e de anteriores interpretações do direito em relação ao entendimento da norma constitucional, os juízes, deste modo, devem estar conscientes de que, embora o direito estar em frequente transformação, a interpretação que se deve fazer compreende métodos que asseguram continuidade, estabilidade, coerência e integridade.²⁹⁸

Dallari comenta no que diz respeito à aplicação da lei:

O conhecimento da evolução das teorias jurídicas e sociais mostra, de modo evidente, a fragilidade dessas desculpas, que já não são aceitáveis nas sociedades modernas. No caso do Brasil não existe, sequer, o pretexto de que o legislador prendeu o juiz numa camisa-de-força e não lhe deu meios para agir com alguma liberdade na procura da solução legal e justa dos conflitos jurídicos. Basta lembrar que a impropriamente chamada “Lei de Introdução ao Código Civil”, que é, na realidade, uma lei que fixa critérios para a interpretação e aplicação da legislação brasileira, estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade *deve* procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação.²⁹⁹

²⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 84.

²⁹⁶ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. p. 29.

²⁹⁷ COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito**.

²⁹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea.

²⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 101.

Aponta-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942 traz critérios e limites para interpretação e aplicação da lei no Brasil. No entanto, além-se ao fato que ao juiz é cabível buscar alternativas, desde que respeite a lei.

É certo que as partes procuram persuadir e convencer o juiz, que começa desde a inicial com a exposição dos fatos, sublinha-se que o advogado não elabora uma peça exclusivamente descritiva e sem interesse. Contrariamente, existe sempre uma intenção que indica para o resultado almejado, e esta intenção se estende nos acentos de tonalidades que se apresenta na exposição em busca da finalidade perseguida.³⁰⁰

A interpretação está atrelada à norma conforme os métodos tradicionais tenha dirigido a duas ou mais entendimentos possíveis. Em tal caso, deve-se procurar a interpretação que proporcione a verdadeira tutela do direito, apontado no caso prático. É nestas palavras que se fala que a interpretação é realizada em concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.³⁰¹

Existe quem crítica a interpretação do juiz por entender que está limitada a esfera interna do texto da norma, não podendo ele se distanciar em hipótese alguma. Por outro lado, existe quem acredita que o juiz, ao aplicar o direito ao caso concreto apresentado, pode escapar dos limites legais impostos pela norma, chegando a elaborar o direito.³⁰²

A atividade judicante não condiz em falar o direito abstratamente, seu objetivo é resolver de forma justa o problema do indivíduo. O litígio que se tem conhecimento não se restringe somente a um confronto entre duas partes perante as normas. O juiz não é unicamente um profissional da aplicação da lei positivada.³⁰³

Imperioso se faz sublinhar que os juízes são os exclusivos intérpretes das normas jurídicas que são capazes e podem chegar até a finalização do ato de interpretar o direito, em razão de serem competentes do poder de executar o ato de decidir. Os outros operadores jurídicos e os doutrinadores deste conhecimento ainda interpretam regras e normas jurídicas, todavia, eles não conseguem alcançar o final da etapa do ato de interpretação da ciência do direito, não por serem incapazes, mas por carecer do poder de estabelecer, em cada caso prático, a lei de decisão. Mencionado poder é destinado ao juiz.³⁰⁴

³⁰⁰ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 115.

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à tutela Jurisdicional Efetiva**.

³⁰² COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito**.

³⁰³ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 121.

³⁰⁴ COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito**.

Não há dúvida que o juiz é um elemento do Estado. A identificação de que o desejo do juiz coincide com o anseio do Estado, na atuação judicante, considera que seu desempenho seja de modo eminente político.³⁰⁵

A natureza da atividade jurisdicional está em valer a ordem abstrata na ordem concreta entre as partes de um processo que leva à instituição de uma regra individual.³⁰⁶

Não é à toa que tudo que está colocado em torno do indivíduo é atribuído de uma definição. Absolutamente tudo que compõe a vida do ser humano tem um significado, um motivo de ser. O homem produz um sentido a todas as coisas que têm convívio. Ao se defrontar com um signo de linguagem não conhecido, inédito, o indivíduo se preocupa em dar-lhe uma explicação, o qual é acolhido e será reconhecido em meio às normas de linguística dentre as quais este se junta.³⁰⁷

É verdade que não é notável a preocupação com os interesses e as aflições dos indivíduos os quais necessitam das decisões e que com muita frequência já não têm mais viabilidades para usufruir das vantagens de uma decisão favorável, isto porque, quando veio a decisão as partes, já tinham sido obrigadas a desistir de seus direitos, demorados pelas situações da vida ou da morte.³⁰⁸

Contempla-se que a decisão judicial não é jamais o encerramento obrigatório de um silogismo, porém sempre uma decisão que, assim como, presume a chance de escolher por outros resultados.³⁰⁹

Garapon argumenta que:

Recorre-se à justiça para que tome o lugar do fator político exatamente porque ela não pode deixar de decidir, correndo inclusive o risco de se expor à condenação da comunidade científica ou da opinião pública. Quando a comunidade científica tem que ser pronunciar sobre uma questão, ela se dá o tempo necessário e, às vezes, conclui sobre a impossibilidade de se pronunciar. *Idem* para o legislador, como vimos na questão da bioética. A justiça, entretanto, deve dar uma decisão. A justiça *deve* julgar com as informações de que dispõe. Essa obrigação de julgar constitui a particularidade do julgamento judiciário.³¹⁰

Apreende-se que o Poder Judiciário não tem a discricionariedade de, simplesmente, optar por não decidir um caso concreto que lhe foi apresentado. Independentemente de o Judiciário ser criticado em virtude do que foi decidido.

Barbosa sustenta que “Não se discute mais a óbvia necessidade e utilidade da interpretação da norma. Busca-se definir limites e possibilidades do ato interpretativo, tendo-se

³⁰⁵ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 130.

³⁰⁶ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 130.

³⁰⁷ COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito**.

³⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 84.

³⁰⁹ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 114.

³¹⁰ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. p. 161.

em conta a função e a legitimidade de cada um dos poderes dentro do Estado”.³¹¹ Equivalente, com a pesquisa, procuram-se os limites e critérios do modo como os juízes decidem.

Os Capítulos anteriores ofereceram um aporte teórico e normativo destinado a possibilitar uma nova forma de atuação jurisdicional, no sentido, de estabelecer limites e critérios para o modo como o Poder Judiciário decide as controvérsias da sociedade se utilizando do Ativismo Judicial. Além de fixar limites da atuação judicante, examina-se a atuação do povo, especificamente, no Poder Judiciário.

Enfatiza-se a atividade do Poder Judiciário, mas se abre lugar para algumas ponderações quanto o desempenho da sociedade civil, ou seja, o povo pelas manifestações que têm participado do Estado contemporâneo e pelo verdadeiro alcance que elas podem e devem realizar sobre as entidades públicas.³¹²

Explica-se o sentido a respeito do juiz *versus* povo, no subtítulo, na verdade, para fins de observação o juiz não está contra o povo, nem o povo está contra o juiz, são papeis antagônicos que se exercem.

A definição de democracia é o povo estabelecendo os assuntos politicamente importantes do seu grupo, isso insere as temáticas da Constituição de um país, ou seja, as leis que constituem as organizações do governo e fixam limites aos concernentes aos poderes do Estado. Contudo, se o constitucionalismo exterioriza limites à soberania popular, logo algumas matérias constitucionais, devem continuar distante da abrangência da decisão majoritária ou das deliberações democráticas.³¹³

Abre-se espaço, para mencionar, a semelhança da teoria do Constitucionalismo Popular com o significado de democracia.

Porém, o juiz não decide nem determina como pessoa, sua função é de agente público, que tem uma parte de poder de livre escolha, também de responsabilidade e de poder de coação, para a obtenção de ajustes de propósitos sociais. Além do mais, é o povo, de quem ele “representa”, quem “paga” a atividade do juiz, o que notabiliza sua posição de agente do povo. Esse conjunto de referências já seria satisfatória para a identificação do caráter político da magistratura.³¹⁴

³¹¹ BARBOSA, Cláudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**.

³¹² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 124.

³¹³ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia** – soberania e poder constituinte.

³¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 92.

Concorda-se que o Poder Judiciário exerce uma função de “autogoverno”, o que não é negado nas suas afirmações de funções manifestas, no entanto se colocam em incerteza sobre seus limites e se debate seu formato.³¹⁵

Na maior parte, quando o Poder Judiciário se apropria de um desempenho politicamente mais ativo e especialmente quando faz uso de seu poder de controle constitucional, ou seja, quando se gera o que frequente se denomina Ativismo Judicial, é ele perguntado e a argumentação usual defendida é sua base “não democrática”.³¹⁶

A premissa idealizadora de um sistema jurídico perfeito seria, justamente, somente a aplicação do direito, que consiste em entregar um caso concreto ao ordenamento jurídico com a finalidade de resolução do litígio.³¹⁷ No entanto, não é assim que ocorre muitas vezes, com isso, a partir deste momento, responde-se o problema relativo à pesquisa.

O juiz é um indivíduo, contemplado, então, de consciência moral e, em consequência, não cabe obrigar a independência ética ou moral, pelo motivo que é algo totalmente específico e de sua respectiva convicção. O direito apenas pode proporcionar esta independência moral. A possibilidade ou lugar que se menciona é a independência jurídica do juiz, que é a principal que não pode ocupar.³¹⁸

Uma condição essencial, no que se refere à democratização, é a transformação na ligação do Poder Judiciário com o povo, sob muitos entendimentos. Preliminarmente, é obrigatório que os juízes, de todos os graus, notem que eles existem em incumbência do povo, que é quem lhes concede legitimação para pronunciarem decisões e os direitos devem merecer permanente consideração e cuidado.³¹⁹

O povo abrange, desta maneira, os indivíduos de todas as classes sociais, que se encontram ligadas em uma união, recebendo todos os indivíduos, por serem integrantes do próprio povo, exatamente igual respeito, igual importância e a igual proteção de direitos. Não existe suporte moral nem jurídico para o cuidado diferente dos indivíduos tendo em vista causas sociais, políticas, econômicas, ou qualquer outro que se proponha utilizar para contradizer o princípio constitucional, que diz, todas as pessoas são iguais e devem ter o mesmo tratamento.³²⁰

Se o verdadeiro fim da função jurisdicional é uma missão pacificadora e a procura de soluções adequadas aos litígios, deve-se inferir por um liame de necessidade lógica de que o juiz

³¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 35-36.

³¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 41.

³¹⁷ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual.** p. 113.

³¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 87.

³¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** p. 147.

³²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** p. 147-148.

há de estar habilitado a criar, em caso de necessidade, o direito aplicável, e também a determinar sob certas condições soluções mais apropriadas.³²¹ Reafirma-se que órgão competente para a guarda da Constituição atualmente no Brasil é o STF, a quem cabe dar a última palavra.

Chueiri e Godoy comentam que “É preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes constituídos”.³²² É, extremante, importante que o povo esteja engajado na ação concreta referente as leis, em especial, a Constituição.

É inequívoco que a necessidade de discernimento da norma a começar da Constituição confere ao juiz mais subjetividade, o que prende a legitimidade da prestação jurisdicional à elucidação da sua correção. Contudo, a questão da legitimidade da tutela jurisdicional no Estado moderno está em averiguar se a possibilidade de conferir correção à decisão do juiz, ou ainda, achar-se no sentido do que se objetiva falar com a correção da decisão jurisdicional.³²³

Conclui-se que a resposta do problema se comprova que é possível limitar o modo como os juízes decidem os casos controversos com os seguintes critérios: com a interpretação e aplicação da Constituição como fonte primária, seria satisfatória para limitar o Ativismo Judicial, visto que a norma constitucional é a lei maior; com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; além disso o sistema que o Brasil adota é o *civil law*.

³²¹ AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norm a Individual**. p. 122.

³²² CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia** – soberania e poder constituinte.

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à tutela Jurisdicional Efetiva**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com à análise sobre o Poder Judiciário se examinou reflexões pertinentes a partir de seu papel contemporâneo, à crise experimentada, seu surgimento que derivou do Estado Democrático, conseqüentemente, da democracia. Desta maneira, todo o arcabouço se desdobra entre Estado de Direito, democracia, Constituição e Poder Judiciário. Logo, a Constituição tem função de limitar o Estado para não interferir nos direitos dos indivíduos, bem como, viabiliza delimitar a atuação da jurisdição constitucional.

Quanto ao desempenho do Poder Judiciário através dos juízes tem natureza diferente, suas decisões são expressões de um poder-dever de Estado, que centraliza o direito e validam o sistema de coerção.³²⁴

Insta salientar não ser de hoje que há um descontentamento ao Poder Judiciário, desde a forma como os juízes exercem sua jurisdição quanto a estruturação que compõe o Poder Judiciário. Desempenhar a função jurisdicional não é um ofício fácil, por outro lado, alinhar essa função é necessária em prol de todos.

A função do Poder Judiciário é a jurisdição, ou seja, dizer o direito ao caso concreto, como um terceiro que não esteja vinculado com as partes perante um litígio, porém, na verdade, simplesmente é um sinal da natureza do desempenho da judicatura, sem produzir uma definição de sua complexidade e muito menos de sua importância política.³²⁵

Entende-se que há uma inobservância quanto aos limites e as funções que o Poder Judiciário deve exercer, necessita-se definir para que haja uma melhor prestação jurisdicional, principalmente, para que não se tenha dúvidas de sua atuação.

No Brasil, subordina-se ao sistema da *civil law*, considerando que o ordenamento jurídico a lei é a primeira fonte para solucionar o caso concreto. Acontece que, a exemplo, mesmo adepto ao sistema *civil law*, há casos em que a criação judicial ocorre, tornando, na verdade, o juiz como papel principal.

Uma das problemáticas que permeiam o Poder Judiciário brasileiro, e gera um descrédito em sua atuação, é, justamente, as decisões de conteúdo moral e político. Em especial, são decididas pelo STF; ministros nomeados pelo Presidente da República e chancelados pelo Senado Federal.

Portanto, o desempenho e estrutura do Poder Judiciário precisam de uma delimitação para melhor funcionamento do aparelho jurisdicional.

³²⁴ BARBOSA, Claudia Maria. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.**

³²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** p. 35.

Depreende-se a importância da figura do juiz, a independência da sua atividade, para que possa agir com liberdade e, principalmente, quando aplica o direito ao caso concreto, na tentativa de se fazer justiça. Percebe-se que há um misto de defensores de ambas as vertentes, seja na aplicação da lei integral, ou em certos casos concretos, na utilização de bom senso, no valor moral e ético apenas.

As duras críticas ao Judiciário têm ocorrido de forma constante, dentre elas, destaca-se a morosidade. Falhas na aplicação da justiça são assuntos recorrentes na mídia, propulsionando movimentos populares e o surgimento novas formas para a dirimir os conflitos. Acontece que estes delineamentos não particularizam o Brasil e muito menos os países que, recentemente, tornaram-se democráticos.³²⁶

Com relação a relativização da relação entre os poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo, percebe-se que apesar da tripartição dos poderes, possuindo harmonia e independência entre eles, na prática, tem-se visto o Judiciário legislando e dando interpretações além da letra constitucional, tendo como consequência, a interferência judicial tanto no Legislativo, quanto no Executivo.

Em linhas gerais, almeja-se uma harmonização simétrica entre os três poderes, para que não haja invasão em suas competências. Deduz-se que para que a atuação dos poderes seja correta, é necessário limites entre eles, para proteção dos direitos dos indivíduos.

Neste diapasão, compreende-se que mesmo diante da tripartição dos poderes estar prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988, possuindo como embasamento a independência entre si, todavia, devendo os Poderes agirem em harmonia, constata-se que tanto a independência, quanto a harmonia não estão bem sendo respeitados. E com isso, gerou uma quase que total descredibilidade dos Poderes perante o povo.

Por conseguinte, percebe-se que mesmo diante da tripartição dos poderes estar prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988, possuindo como embasamento a independência entre si, todavia, devendo os Poderes agirem em harmonia, constata-se que tanto a independência, quanto a harmonia não estão bem sendo respeitados. E com isso, gerou uma quase que total descredibilidade dos Poderes perante o povo.

Vislumbra-se que tem se estudado a respeito das perdas a combinação de separação de poderes, bem como a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir assuntos sociais e políticos de relevância evidente ao Estado Democrático de Direito.³²⁷

³²⁶ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes.**

³²⁷ BARBOSA, Cláudia Maria; ARAUJO, Sylvania Maria Cortês Bonifácio de. **A Contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da *Accountability Social* sobre o Judiciário.**

Não são raras as críticas ao Ativismo Judicial, principalmente, em torno da função de se observa a extrapolação da função do Poder Judiciário.

O Brasil adotou o modelo norte-americano, que fez o Judiciário na sua historicidade evolutiva o exercer um papel diferente, ou seja, mais ativo, na atividade eficaz da Constituição, sobretudo, desde que optou o modelo do constitucionalismo moderno norte-americano liberal pelo constitucionalismo social, sustentando, entretanto igualmente o exemplo de proteção da Constituição referente aos órgãos que devem defendê-la.³²⁸

Constata-se que o povo, seja pela distância do Judiciário para com a sociedade, pela morosidade, pela burocracia judicial, ou até mesmo seu “antidemocratismo”, já que os magistrados não são escolhidos pelo povo, criou uma insatisfação e com isso, se desiludiu com o Poder Judiciário. Até mesmo, porque, a sociedade entende e espera da justiça que haja isonomia. Todavia, com base em um conhecimento superficial, pois os magistrados devem obedecer a alguns princípios, dos quais, destaca-se: o princípio da imparcialidade e da legalidade.

Nesta orientação, o ativismo, como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, autorizaria ao juiz desconsiderar não apenas a norma constitucional, mas também “as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”, de maneira a “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Constata-se que, embora Dworkin concorda com um tribunal ativista o qual esteja capacitado para dar soluções a questões de moralidade política, esse ativismo não quer dizer desconsiderar o passado, pelo contrário, deve o juiz observar o que já foi escrito até o momento, para redigir um novo capítulo. Isto é, os juízes devem aplicar a Constituição através da interpretação, devendo adaptar suas decisões “à prática constitucional e não ignorá-la”.³²⁹

Desta forma, filia-se ao entendimento de que o juiz não deve ignorar o que foi escrito, principalmente, devem os juízes aplicarem a norma constitucional mediante a interpretação.

O que se tem não é a defesa absoluta da tripartição dos poderes, mas, tão somente, recriminar a intervenção direta e constante do Ativismo Judicial, pois a sociedade não almeja que os juízes, pessoas não eleitas pelo povo, profiram decisões judiciais fora da sua competência.³³⁰

³²⁸ TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional e Direitos Sociais no Brasil**. Capítulo II Neoconstitucionalismo e Democracia e Legitimação. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 143.

³²⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea.

³³⁰ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial**: desafios à democracia brasileira. Capítulo III Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 325.

Em conclusão, constata-se que o Ativismo Judicial não se pode considerar uma prática excludente, ou seja, conforme o caso concreto o juiz designado decide de acordo com sua convicção sobre a lei ou criando normas que a Carta Magna não prescreve.

Verifica-se que há necessidade de reformas no sistema Judiciário brasileiro para melhorar o amparo judicial de direitos. Não é possível garantir os direitos do povo se não tiver assegurado os meios para que o Judiciário atue com independência e eficiência. Sabe-se, então, que esses dois princípios: eficiência e independência, são igualmente valiosos e não podem coexistir sem estar em harmonia. Evidentemente, no Brasil, isso não tem sido levado em consideração, pois as discussões sobre como melhor aproveitar e melhorar os órgãos Judiciários, tem como base, o pressuposto de que já está resguardada a sua independência, ou ainda, deveria ser mais restrita, de modo a evitar constrangimentos para o Executivo, e por isso a procura pela eficiência, tornou-se o principal objetivo.³³¹

Inferre-se que se faz necessária, não somente ter um planejamento ou teorias, no tocante as mudanças que a sociedade almeja para o Poder Judiciário, é preciso implantar novas metodologias que funcionem e entreguem o que a sociedade anseia: um Judiciário íntegro, que respeite a Constituição e demais leis, bem como, prese pelo resguardo dos direitos individuais e coletivos, entregando a tão sonhada “justiça”.

Uma teoria trazida foi o Constitucionalismo Popular que se baseia na proteção de um modelo em que o Poder Judiciário não tenha protagonismo na interpretação da Constituição, concedendo esta função ao povo, que seria o titular verdadeiro da norma constitucional.³³²

Muitos doutrinadores da seara constitucional, creem veementemente em um modelo institucional cujos protagonistas seriam o povo, e com isso, caberia a estes a vasta interpretação constitucional. Neste sentido, não haveria o Ativismo Judicial, e por consequência, a tripartição dos Poderes seria mais harmônica entre si.

Na verdade, o Constitucionalismo Popular é um ressurgimento de valores constitucionais indispensáveis. Como pressuposto de um regime democrático, ela se fundamenta na efetividade do poder então exercido, até mesmo tenha o papel de dar sentido às normas constitucionais então instituídas.³³³

Por fim, os doutrinadores brasileiros são desfavoráveis a inclusão desse movimento no ordenamento jurídico, entretanto, é inegável que a Constituição Federal de 1988 adotou diversos

³³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 63.

³³² VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo Popular: modelos e críticas**.

³³³ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade**.

princípios para servir de pilares em nosso sistema, dentre eles: a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o equilíbrio entre trabalho e a livre iniciativa.³³⁴

Apesar da teoria do Constitucionalismo Popular não ser possível de se aplicar no Brasil, conclui-se que é aceitável extrair alguns conceitos dela, no sentido de aprimorar e se utilizar como fonte de conhecimento para à pesquisa.

No entanto, observou com o estudo do Direito Comparado na compreensão do Constitucionalismo Popular que não é plenamente possível o uso da teoria estrangeira no Brasil, não é qualquer teoria que cabe a um ordenamento jurídico. Já que é uma teoria dos EUA, dentre os motivos de não aplicação, encontram-se a história que foi aplicada à época a teoria, a cultura liberal do país, ou até mesmo, por ser de um sistema *common law*.

Inclusive, destaca-se ao fato que o Ativismo Judicial é um modelo norte-americano que foi adoto no Brasil pelos doutrinadores do direito constitucional.

Por fim, é importante frisar que o ordenamento jurídico de um país não é uma “colcha de retalhos” ou até mesmo um “Frankenstein”, é necessário observar todo o sistema jurídico, para ver se há adequação para se utilizá-lo, fazendo da melhor forma a comparação destes direitos na situação concreta, e não deixando de analisar o contexto social, econômico e cultural.

O último item do Capítulo 3, que trata a respeito da limitação de aplicabilidade do direito: juiz *versus* povo, não desmerecendo os outros Capítulos, julga-o mais relevante, em razão de trazer, especificamente, subsídios para responder a problemática que é o alicerce da pesquisa.

Antecipadamente, a respeito do juiz *versus* povo, na verdade, para fins de observação o juiz não está contra o povo, nem o povo está contra o juiz, são papeis antagônicos que se exercem.

Abre-se lugar para algumas ponderações quanto ao desempenho da sociedade civil, ou seja, o povo pelas manifestações que têm participado do Estado contemporâneo e pelo verdadeiro alcance que elas podem e devem realizar sobre as entidades públicas.³³⁵

No último Capítulo, em especial, busca-se a tentativa de resolução do problema relativo à pesquisa, enfrenta-se, aqui, a questão: “É possível estabelecer critérios e limites para o modo como o Poder Judiciário decide as controvérsias da sociedade se utilizando do ativismo judicial?”

Na fase inicial da dissertação, listou-se as seguintes hipóteses: I - A limitação do Ativismo Judicial com a utilização de subsídios teóricos e normas legais; II - A teoria do Constitucionalismo

³³⁴ KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade.**

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 124.

Popular seria uma forma de limitação do Ativismo Judicial; III - A interpretação e aplicação da Constituição seria satisfatória para limitar o Ativismo Judicial nos casos controversos.

Dentre as três hipóteses elencadas, com base no que se foi estudado, as hipóteses I e III, restaram confirmadas, uma vez que as proposições testáveis responderam a solução do problema, no entanto, a hipótese II não foi confirmada.

Na primeira hipótese, a explicação para a comprovação é a interpretação hermenêutica e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Já na segunda hipótese, não se valida. Isto porque a teoria do Constitucionalismo Popular não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo inviável de ser utilizada como contribuição para limitar o Ativismo Judicial.

Finalmente, em relação à terceira hipótese, foi provada a interpretação e aplicação da Constituição seria satisfatória para limitar o Ativismo Judicial, visto que a norma constitucional é lei maior; o sistema que o Brasil adota é o *civil law*. Por mais que, a segunda hipótese não foi atestada, isto não inviabiliza à pesquisa, e não deixa de responder o problema.

Então, a resposta-solução da problemática da pesquisa é afirmativa, pode-se limitar o modo como os juízes decidem. Primeiro, o subsídio utilizado é a interpretação hermenêutica e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; segundo, a Constituição Federal é a lei superior do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se aplicar em todos os casos concretos, sem exceções; terceiro, o sistema tradicional *civil law* é o adepto pelo Brasil.

Considera-se que as respostas não foram criadas com a pesquisa, tornando-se inovadoras, pelo contrário, observa-se que é uma utopia, já que as respostas estão prontas, entretanto, na prática é outra. Com um Poder Judiciário ideal, que aplica a lei de forma adequada sem ultrapassar seu poder, assim, fazendo a tão aguardada justiça igualmente, inclusive, parece redundante já que várias doutrinas e teóricos compartilham do mesmo entendimento.

REFERÊNCIAS

AKEL, Hamilton Elliot. **O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, Claudia Maria; ARAUJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de. **A Contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da *Accountability Social* sobre o Judiciário**. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%20%20direito%205%20comparativista.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

_____. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/080.pdf>>. Acesso: 25 abr. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. ***Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

_____. **Escrevendo um Romance por meio dos Precedentes Judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/98>>. Acesso em: 09 dez. 2022.

_____; FACHIN, Melina Girardi. **Os Debates Judiciais do Direito ao Aborto no Brasil: julgamento com perspectiva de gênero?** Disponível em: <https://www.academia.edu/74504552/OS_DEBATES_JUDICIAIS_DO_DIREITO_AO_ABORTO_NO_BRASIL_JULGANDO_COM_PERSPECTIVA_DE_G%C3%8ANERO>. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos; BUNN, Alini. **Abertura e Diálogo entre as Cortes Constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/323189335_Abertura_e_dialogo_entre_as_cortes_con>

stitucionais_identificacao_dos_padroes_de_utilizacao_pelo_STF_do_argumento_de_direito_comparado>. 22 fev. 2022.

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

BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RAGEL, Henrique. **O Constitucionalismo Popular em uma Leitura Rawlsiana**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16726>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. **O que é Constitucionalismo Popular?** O notável papel do STF na proteção dos direitos. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/o-que-e-o-constitucionalismo-popular-21072015>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC n. 43/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC n. 44/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC n. 54/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n. 54/DF, Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADO n. 26/DF, Rel Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>>. Acesso em: 06 out. 2021.

CAPELLARI, Eduardo. **A Crise do Poder Judiciário no Contexto da Modernidade: a necessidade de uma definição conceitual.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/727/Capellari%2c%20Eduardo_152.pdf?squence=8&isAllowed=y>. Acesso em: 26 abr. 2023.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/mrBH6vqQdksL7LMtxHwSF6C/?lang=pt>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. **As Teorias do Constitucionalismo Popular e do Diálogo na Perspectiva da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.10#:~:text=O%20artigo%20trabalha%20com%20a,atualmente%20em%20debate%2C%20no%20plexo>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

CONJUR. **STF Publica Acórdãos do Julgamento sobre Prisão em Segunda Instância.** Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia#:~:text=fim%20de%202019&text=Na%20%20C%20BAltima%20quinta%20Dfeira%20\(12,ap%20C%20B3s%20condena%20C%20A7%20C%20A3o%20em%20segunda%20inst%20C%20A2ncia.](https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia#:~:text=fim%20de%202019&text=Na%20%20C%20BAltima%20quinta%20Dfeira%20(12,ap%20C%20B3s%20condena%20C%20A7%20C%20A3o%20em%20segunda%20inst%20C%20A2ncia.)>. Acesso em: 22 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022: ano-base 2021/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2022.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

COSTA, Andréia da Silva. **A Liberdade do Juiz nas Atividades de Interpretação/Aplicação do Direito.** Disponível em: <<https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/757/1619>>. Acesso em: 18 fev. 2023.

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R4fdDzgNCj6Y7ms4PgQXmhP/?lang=pt>>. Acesso em: 07 dez. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas / Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A Justiça de Toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência?.** Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>>. Acesso em: 06 out. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y Constitución**. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FREIRE, Alonso. **Importação de Ideias Constitucionais**. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **La Dificultad de Defender el Control Judicial de las Leyes**. Isonomía No.6/ Abril 1997.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: EDA, 2020.

KOCK, Angela Baptista; COURA, Alexandre de Castro. **O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/82375#:~:text=RESUMO%3A%20%20presente%20trabalho%20descreve,de%20controle%20concentrado%20de%20constitucionalidade.>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em: <https://www.academia.edu/39237051/DEMOCRACIA_CONSTITUCIONAL_ATIVISMO_JUDICIAL_E_CONTROLE_JUDICIAL_DE_POL%C3%8DTICAS_P%C3%9ABLICAS>. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/abstract/?lang=pt#>>. Acesso em: 02 mar. 2023.

KRAMER, Larry D., **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: University Press, 2004.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 2. ed. Lumen *Juris* Direito, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à tutela Jurisdicional Efetiva**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79071827.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Altas, 2021.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A Legislação sobre o Aborto e seu Impacto na Saúde da Mulher**. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_abort_o_impacto.pdf?sequence=6>. Acesso em: 24 fev. 2023.

MOREIRA, João Paulo de Oliveira. **Crise de Hegemonia no Brasil nos anos 1980: o plano cruzado e as tensões intraclasses dominantes.** Disponível em: <<https://e-revista.unioeste.br/index.php/alamedas/article/view/17010>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NÓBREGA, Ana Beatriz; WANDERLEY, Breno; MELO, Aécio. **Interpretação da Prisão em Segunda Instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades.** Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/12531>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.** Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; CORDEIRO, Fabiana Aparecida Menegazzo; FERNANDES, Mariana Correa. **O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) Instrumentalizado pela Súmula Vinculante, pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e pelo Silêncio.** Disponível: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73421>>. Acesso em: 16. fev. 2023.

OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado.** Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle.** Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno01.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2023.

PRENDERGAST, David. **The Judicial Role in Protecting Democracy from Populismo.** German Law Journal (2019), 20, pp.245-262.

RODRIGUES, Alexandre Brandão; BITENCOURT, Caroline Müller. **O Cognitivismo Judicial como forma de Limitar e Controlar o Ativismo Judicial.** XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. ISSN 2447-8229. Edição 2016. UNISC.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes.** Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934/28712>>. Acesso em: 06 out. 2021.

_____; ARANTES, Rogério Bastos. **Reforma do Judiciário.** Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. **A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa.** Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/00003c/00003c93.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Ativismo Judicial Conservador Neutraliza Avanços.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-04/contrarrevolucao-juridica-ativismo-judiciario-conservador>>. Acesso em: 10 out. 2021.

SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o protagonismo da interpretação da constitucional.** Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/supremacia_judicial_e_constitucionalismo_popular.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Worst Practices and The Transnational Legal Order (Or How To Build a Constitutional “Democratship” In Plain Sight).** (The University of Toronto 2016) Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Capítulo II – Transjfundamentalidade: diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direito Fundamentais.** Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/13876>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O Problema do Ativismo Judicial: uma análise do caso MS3326.** Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>. Acesso em 04 mar. 2023.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

TEIXEIRA, Weverton Paraguassú. **O Papel do Direito Comparado na Jurisdição Constitucional Brasileira.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-papel-do-direito-comparado-na-jurisdicao-constitucional-brasileira/>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

TREMBLAY, Luc B., **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures.** Oxford University Press and New York University School of Law 2005, 617 I·CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 617–648 doi:10.1093/icon/moi042.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo Popular: modelos e críticas.** Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55478>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: an idiot defends.** Disponível em: <https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Constitutions_as_Living_Trees_An_Idiot.pdf>. Acesso em: Acesso em: 06 out. 2021.