

71 - 93
Artigo

**AS CAUSAS PRÓXIMAS E REMOTAS DO
ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO**

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

AS CAUSAS PRÓXIMAS E REMOTAS DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

THE NEAR AND REMOTE CAUSES OF BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

Mestre em Direito

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil

ambarbosa@mpmg.mp.br

RESUMO: O fito de explicitar as causas remotas e próximas do ativismo judicial brasileiro desvela o constrangimento epistemológico resultante da redução da liberdade das cortes em entender que o direito é o que os tribunais dizem. Logo, o ativismo judicial ofende o regime democrático e ocasiona a perda da autonomia do direito, conforme método hermenêutico-fenomenológico da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Luiz Streck.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; constrangimento epistemológico; dizer o direito.

ABSTRACT: The purpose of explaining the remote and proximate causes of Brazilian judicial activism unveils the epistemological constraint resulting from the reduction of the freedom of the courts to understand that the law is what the courts say. Therefore, judicial activism offends the democratic regime and causes the loss of the autonomy of the law, according to the hermeneutic-phenomenological method of the *Hermeneutic Critique of Law*, by Lenio Luiz Streck.

KEYWORDS: judicial activism; epistemological constraint; say the right.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ativismo judicial versus Judicialização da política. 3. O neoconstitucionalismo como causa remota do ativismo judicial brasileiro. 4. As causas próximas do ativismo judicial brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O neoconstitucionalismo como causa remota do ativismo judicial para promover o fortalecimento de um dirigismo constitucional acabou por dar azo ao nascimento de teorias de decisão judicial que apostam no livre convencimento do magistrado para a resolução de questões difíceis, o que tem influenciado os pronunciamentos jurídicos brasileiros desprovidos de uma teoria da decisão judicial a estarem em descompasso com a maneira idealizada por seu criador. Aliás, os fatores que levam os tribunais a dizer o que é o direito, em uma nítida relação sujeito-objeto, deixa clara a necessidade de um constrangimento epistemológico.

2. Ativismo judicial versus Judicialização da política

Antes de explicitar as causas do ativismo judicial, é necessário diferenciá-lo da judicialização da política. Tate e Vallinder (1995, p.13) veem “judicialização da política” como o processo pelo qual cortes e juízes passam a elaborar ou a aumentar políticas públicas que já foram ou deveriam ter sido criadas por outros, podendo-se dizer que a judicialização essencialmente envolve transformar algo numa forma de processo judicial.

Nas democracias, principalmente nas assembleias eleitas popularmente, as tomadas de decisão se baseiam no princípio majoritário de um livre e público debate entre iguais, caso em que o Legislativo toma conta dos direitos e obrigações da maioria. Constitui tarefa das cortes proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, e a judicialização da política significa atender ao segundo em detrimento do primeiro (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13-14).

No que se refere especificamente ao fenômeno da judicialização da política, Tate e Vallinder (1995) apontam que facilitariam a expansão do poder judicial: a existência de um regime democrático; a separação de poderes; uma política de direitos; o uso dos tribunais por Grupos de Interesses; o uso do tribunal pela oposição; instituições majoritárias inefetivas; percepções das instituições formuladoras de política; e a delegação deliberada das instituições majoritárias.

O ativismo judicial, segundo Lenio Luiz Streck (2016, p.730), extrapola os limites da Constituição, dos princípios jurídicos, das leis, da jurisprudência, etc. e/ou invade a competência dos demais poderes. E complementa: “sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada construída à margem da linguagem pública” (2016, p. 724).

Assim, diferentemente do ativismo judicial, a judicialização da política ocorre quando “algumas questões de larga repercus-

são política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não por instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional ou o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 12). Em outras palavras, resulta no cumprimento, via Judiciário, dos objetivos políticos constitucionais, ou seja, o Judiciário entrega aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pelo texto constitucional, ainda que de forma contingencial (SILVA, 2015, p. 244).

Logo, no ativismo judicial o julgador deixa o direito de lado e decide conforme suas convicções pessoais, com argumentos de política, moral, sem qualquer critério hermenêutico ou, quando utiliza alguma metodologia filosófica, emprega-a equivocadamente, ultrapassando-se os limites conferidos pela Constituição. Streck (2016, p.724) aponta que no caso específico da judicialização da política, o ativismo representa decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político para realizar pretensão “avanço” ou para manter o *status quo*. Ativismo é, assim, um “behaviorismo judicial”.

Apesar desse posicionamento doutrinário contrário ao ativismo judicial, é necessário destacar que existe opinião favorável. Julgando que ele faz parte da solução e não do problema, em razão da crise de representatividade dos poderes Legislativo e Executivo, Luís Roberto Barroso afirma que o ativismo judicial “é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”. Para o referido ministro do Supremo Tribunal Federal, juízes não agem por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. “Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis” (BARROSO, 2009, p. 20-21).

Abboud (2021) deixa contribuição para o tema ao introduzir a “proceduralização”¹ como medida que evita o agigantamento do Judiciário em temas complexos como o direito à saúde. Segundo ele:

[...] a aplicação da proceduralização se reservaria aos casos em que a complexidade que lhes é ínsita impõe a necessidade de estruturação de soluções e procedimentos para a imunização do problema surgido, por exemplo, a questão da judicialização da saúde ou temas referentes à tecnologia. Em ambos os casos, o STF não tem conhecimento necessário para encerrar, em definitivo, problemas que envolvam essas temáticas. Outrossim, a todo momento podem surgir inovações tecnológicas e científicas que tornariam a decisão judicial obsoleta (ABBOUD, 2021, p. 591).

Ainda segundo Abboud (2021, p. 609), que compartilha a posição da impossibilidade de se pretender assegurar a efetividade do direito à saúde mediante a atuação protagonista do Judiciário sem levar em consideração questões orçamentárias, há necessidade da proceduralização não só para manter as vias de aprendizagem

1 A proceduralização constitui verdadeira mudança de paradigma no ato decisório, uma vez que permite a absorção da complexidade: diálogo, acordo e autorregulação, modalidades que podem interagir na resolução de um mesmo litígio. A proceduralização advém do Direito Procedural, que prega haver uma dissonância cognitiva do Poder Público, que, em lugar de reconhecer suas próprias limitações, aposta na materialização como modo de lidar com as questões contemporâneas, sem buscar novas formas de produção de conhecimento, razão pela qual é necessário progredir para um modelo de Estado Procedural apto a lidar com a complexidade típica das questões da pós-modernidade. A ideia procedural básica é de que os tribunais ajam como verdadeiros árbitros de interesses, cabendo à corte especificar com quais procedimentos as partes chegarão, por si mesmas, à solução negociada que considerem mais adequada, produzindo conhecimento que poderá ser usado de modo a impor solução apta a ser modificada posteriormente porque contém a autorreflexividade. O modelo procedural se apresenta como uma terceira via, instituída para permitir que o Poder Público lide com a complexidade que a materialização e a formalização não conseguem absorver, auxiliando o Judiciário em face do indecível, assumindo o Estado-juiz uma posição de humildade frente às limitações inerentes à decisão judicial tradicional, uma vez que a solução será construída cooperativamente com os que serão afetados, não provocando o mesmo nível de ressentimento social gerado a partir da decisão estatal tradicional. Infelizmente, o acoplamento de paradigmas depende de longa e desafiadora transição. Fique claro que o paradigma da proceduralização não pretende substituir um outro modelo de decisão, mas buscar um acoplamento paradigmático com a proceduralização (ABBOUD, 2021, p. 566-567, 570, 572, 598, 602). Note-se que no caso da proceduralização existe intervenção do Judiciário em políticas públicas, só que de forma que previna qualquer tipo de ativismo judicial ou mesmo judicialização da política temerária.

abertas, como para possibilitar o diálogo entre os poderes para a melhor regulamentação possível do tema. Abboud (2021, p. 612-613) afirma que a proceduralização constitui um paradigma apto a evitar decisões discricionárias, uma vez que cria conhecimento, flexibilizando e dialogando com os demais poderes, deixando temas relevantes sem o mínimo de regulamentação.

Enquanto no ativismo judicial há um julgar baseado no “sentir” do julgador, no livre convencimento, por questões emotivistas, utilitaristas, pragmatistas, na judicialização da política é, em muitos casos, contingencial e necessário. O Judiciário, por deliberada omissão e ineficiência, ao se valer da jurisdição constitucional e sem ultrapassar os limites hermenêuticos, entrega aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pela Constituição, como o direito à saúde, o livre exercício do voto, a segurança pública, o regime democrático, entre outros.

3. O neoconstitucionalismo como causa remota do ativismo judicial brasileiro

Compreendido o que seja ativismo judicial, é essencial se compreender como surgiu o neoconstitucionalismo e como ele deu nascimento a algumas das teorias jurídicas contemporâneas, explicitando em que medida constitui uma causa remota do ativismo judicial brasileiro.

Depois da Segunda Guerra Mundial, com o fim de ditaduras ocorridas na Alemanha e na Itália, as constituições promulgadas ao redor do mundo instituíram mecanismos para a proteção dos direitos fundamentais. No período anterior, prevalecia uma cultura jurídica essencialmente legalista, sendo a lei a fonte principal do direito. Sem força normativa, os direitos fundamentais valiam apenas quando protegidos pela lei (SARMENTO, 2009, p. 4).

Ressalve-se, todavia, que a expansão do poder judicial não se inaugurou com o fim da Segunda Guerra Mundial. Antes, já haviam sido criados mecanismos de defesa judicial da Constituição, como a *judicial review*, em prática desde 1803 (SANTOS, 2021, p. 48). Em 1803, convém lembrar, a primeira instância de revisão judicial é o famoso caso *Marbury v. Madison*. Durante a última parte do século 19, a Suprema Corte decidiu estabelecer a revisão judicial como uma característica básica do sistema governamental americano.

Além da experiência americana e alemã, a tradição europeia de revisão judicial se encontra na Áustria, capitaneada por Hans Kelsen, que se tornou professor de direito em 1911 na universidade de Viena, e, terminada a Primeira Guerra Mundial, lhe foi confiada a tarefa de redigir a Constituição para a nova república austríaca. Nas regras de revisão judicial, certas contradições ao sistema americano se observaram: não era para ser manipulada pelas cortes ordinárias, mas por uma corte constitucional (TATE; VALLINDER, 1995, p. 23).

No período pós-Segunda Guerra Mundial, o papel das cortes e dos juízes foi expandido, e a judicialização da política ocorreu em muitos países democráticos (TATE; VALLINDER, 1995, p. 17). Não obstante o controle concentrado ter sido inovação incapaz de se considerar como fundante do neoconstitucionalismo, houve um fortalecimento dessa espécie de controle em detrimento do controle difuso (SANTOS, 2021, p. 53).

Em razão dos movimentos históricos que se seguem ao fim da Segunda Guerra Mundial, há uma radical mudança na intencionalidade em relação ao direito. Os debates teóricos passam a demandar princípios axiológicos de fatores além da legislação como forma de fundamentar as decisões dos tribunais, movimentos que levaram à consolidação da chamada jurisprudência

dos valores²³ que surgiu na Alemanha, oportunidade em que começam a aparecer, nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão, argumentos que remetiam a “cláusulas gerais”, “enunciados abertos” e “princípios” (OLIVEIRA, 2008, p. 60).

E considerando que parcela das normas constitucionais se caracteriza pela abertura e indeterminação semântica, a sua aplicação pelo Poder Judiciário necessitou de novas técnicas de interpretação capazes de conferir legitimidade às decisões, pondo termo ao critério da mera subsunção, no afã de superar a velha cultura jurídica essencialmente legalista. Nesse contexto fático e histórico (SARMENTO, 2009, p. 6 e 8), passou-se a reconhecer a força normativa de princípios com elevada carga axiológica, caso em que há uma penetração da moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais.

Segundo Oliveira (2008, p. 66-71), a radicalização do dirigismo instituído nas constituições da Alemanha (1949); da Itália (1948); da Espanha (1972); de Portugal (1976); e, posteriormente, do Brasil (1988) passa a reivindicar uma postura de concretização da Constituição a partir do estabelecimento de sua força normativa (Hesse), implicando mudança da postura metodológica do direito, apresentando novas tarefas ao Poder Judiciário, que assume papel de destaque na arena política. No chamado neoconstitucionalismo, o modelo de Estado cunhado para instrumentalizar e dar eficácia ao conteúdo dirigente é o Estado Democrático de Direito.

2 A Jurisprudência dos Valores entende o direito como uma ordem positiva de valores, e o juiz, boca da lei, toma a decisão orientado por tais valores, indo além daquilo que se encontra enunciado no texto legislativo, conduzindo-se por valores arraigados em uma dada sociedade. Em vez de um pensamento teleológico (jurisprudência dos interesses), prefere orientar-se por valores. Em vez de uma ponderação de interesses, há uma ponderação de valores (TOVAR, 2020, p. 112-116).

3 Digno de nota, no segundo momento da chamada Jurisprudência dos Valores começa a surgirem “métodos” para justificar o não relativismo dos valores, com o fito de minimizar a discricionariedade da atividade do tribunal, ocasião em que começa a tomar forma um elemento decisivo que é a “ponderação”, conceito utilizado por Robert Alexy com o intuito de coibir os erros cometidos pela jurisprudência dos valores (OLIVEIRA, 2008, p. 60-61).

Assim, infere-se que o termo neoconstitucionalismo foi fruto de uma transição ocorrida na Europa, quando lá se vislumbrava necessário romper com um cenário político marcado pela eclosão de regimes totalitários e, consequentemente, a horrível indignação contra os direitos dos cidadãos, especialmente durante a guerra (STRECK, 2020, p. 249).

Bruno Aguiar Santos, quando afirma que o neoconstitucionalismo passou a ser uma convicção filosófica e política como deveria ser o direito (2021, p. 37), esquematiza que as proposições dessa ideologia se resumiriam a alguns pontos:

(i) existência de uma “[hiper]conexão necessária” entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo [...] (ii) a preponderância de normas constitucionais sob a forma de princípios como valores, e a distinção destes para com as regras (importada das teorias de Alexy, de uma leitura equivocada do esquema ponderação-subsunção); (iii) a centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios – mas não só; (iv) o intento indiscriminado da realização do “caráter material” da Constituição por um direito constitucional da efetividade; e, por fim, (v) no ativismo judicial como “parte da solução” para os problemas de concretização da Constituição.

Segundo Novelino (2013, p. 191), o termo neoconstitucionalismo foi cunhado por Susanna Pozzollo (2003), e costuma ser empregado em quatro acepções: como um modelo específico de organização política; como uma teoria que serve para descrever esse novo modelo; como uma ideologia que valoriza as transformações ocorridas nos sistemas constitucionais; e como uma nova concepção sobre o papel a ser desempenhado pela teoria jurídica, passando a exercer uma tarefa prescritiva ao lado da tradicional função descritiva.

Pozzollo (2003, p. 210), em crítica dura ao termo neoconstitucionalismo, afirma: “Há uma certa indecisão. Trata-se de uma teoria

ou de uma ideologia e, provavelmente, deseja ser ambas as coisas; razão pela qual o neoconstitucionalismo é um constitucionalismo ambíguo”.

O neoconstitucionalismo também é visto como pós-positivismo. Nas teorias da argumentação jurídica, os casos difíceis passam a ser resolvidos pela ponderação de princípios. A relevância do tema é descobrir como é feita a escolha ou a eleição dos princípios colidentes (STRECK, 2020, p. 257).

Por aqui já começa a se desenhar a existência de uma tensão entre regras oriundas de um Estado legalista e os princípios que possibilitariam uma abertura interpretativa para alguns. Para outros, os princípios fecham a interpretação, o que possibilita o combate ao positivismo exegético, ao sistema puro de regras. Por um lado, os princípios são cláusulas de abertura e desoneram o juiz “conteudisticamente” do dever de fundamentar, porquanto se valeria de um procedimento para tanto. Por outro lado, os princípios de um “fechando interpretativo” estariam aptos a sanar as discricionariedades advindas da indeterminabilidade do direito (OLIVEIRA, 2008, p. 163).

Extraí-se, pois, que a tensão entre regras e princípios possui nascedouro dentro desse contexto histórico e teórico, no afã de afastar as limitações do positivismo jurídico, do sistema puro de regras, a fim de buscar a superação, no plano teórico-interpretativo, do “paleojuspositivismo” (STRECK apud FERRAJOLI, 2017, p. 91).

No contexto de o Poder Judiciário ser chamado muitas vezes a solucionar questões polêmicas e relevantes para a sociedade, a leitura clássica do princípio da separação de poderes cede espaço a visões mais favoráveis à expansão do poder judicial, em defesa dos valores constitucionais que, ao fim e ao cabo, vão importar em restrições aos poderes de conformação do legislador, ampliando em demasia a fiscalização por juízes não eleitos (SARMENTO, 2009, p. 7-9).

Santos (2021, p. 39-40) concorda com o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso quando ele afirma que o neoconstitucionalismo possui no Brasil, grosso modo, a redemocratização ocorrida no pós-Segunda Guerra Mundial.

Segundo PRAZAK, SOARES e AIRES (2021, p. 207-208), no contexto brasileiro, o neoconstitucionalismo somente se corporificou a partir da Constituição Federal de 1988. Apesar das várias constituições antes dessa, as anteriores não se revestiam de valores humanistas além dos textos. Elas serviam a interesses principalmente econômicos e políticos para darem sustentação a atos não democráticos, haja vista a Constituição de 1937, conhecida como a do Estado Novo, inspirada no modelo fascista e em outros modelos autoritários existentes na Europa.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se passou a valorizar efetivamente o papel dos princípios, com sua incorporação explícita ou implícita aos textos constitucionais, e houve o reconhecimento, pela ordem jurídica, de sua normatividade. No caso brasileiro, ainda se agrega à necessidade de transformação social e emancipação (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 147).

STRECK (2014, p. 133) afirma que foi nos anos 90 que se verificou a existência de terreno fértil para o surgimento do neoconstitucionalismo, cujos avanços deram azo, no Brasil, ao que ele denomina “pamprinciologismo”. A partir desse influxo neoconstitucionalista, a tensão entre regras e princípios fica evidente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos tempos tem invocado princípios abertos nos seus julgamentos não imune a críticas, para as quais se apontam três motivos:

(a) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo (SARMENTO, 2009, p. 24).

A tensão entre regras e princípios vai além da necessidade de resolver o problema da inefetividade das normas constitucionais, notadamente aquelas de cunho compromissório (STRECK, 2017b, p. 98), e, sem prejuízo das observações gizadas por Daniel Sarmento, a aludida tensão deu azo ao surgimento das mais diversas teorias da decisão, enervando as discussões acerca dos critérios utilizados para a solução dos casos aparentemente complexos.

Na trilha do neoconstitucionalismo se incentivou, no Brasil, a recepção da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, e do ativismo judicial norte-americano, tudo porque se acredita que a jurisdição constitucional é a responsável pela incorporação dos verdadeiros valores que definem o direito por isso “plenipotente”. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), pelas razões expostas, utiliza a expressão “constitucionalismo contemporâneo” ao se referir ao movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra, presente no contexto atual justamente porque não coaduna com a do direito formulado pelo “neoconstitucionalismo”. Na verdade, o constitucionalismo contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade, com novas conquistas que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial [...] representando redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição). Na teoria da norma, devido à normatividade dos princípios; na teoria da interpretação, nos termos propostos, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos (STRECK, 2017, p. 67-69).

Nesse contexto, as teorias contemporâneas surgidas pós-advento do neoconstitucionalismo têm influenciado os pronunciamentos jurídicos brasileiros no fito de solucionar os chamados casos

difíceis. Na visão da CHD, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy não se preocuparia com a decisão, porque o procedimento da ponderação não leva em conta o resultado produzido, mas tão somente a correta observação da fórmula. Segundo Oliveira (2008, p. 237), na ponderação alexyana a própria determinação dos princípios em conflito já envolve uma decisão que é entregue à discricionariedade do julgador, desonerando-o do dever de legitimar o pronunciamento judicial.

Na mesma senda, Motta (2012, p. 149), na defesa da CHD e em crítica à teoria da argumentação, afirma que, a pretexto de dar racionalidade ao discurso, a ponderação acaba por conceber tão somente um instrumento em favor do operador do direito, sendo a resolução do caso posto à apreciação do Judiciário uma aposta no sujeito ou na fórmula.

Ademais, toda a problemática reside no fato de que, com a teoria da argumentação jurídica, os princípios só seriam utilizados quando o texto fosse insuficiente e, com isso, eles só integrariam o direito em um vetor de racionalidade de segundo nível, afirma Streck⁴, diferentemente da CHD, que entende que toda regra é, necessariamente, por um princípio.

Com efeito, há inegável prejuízo e desconsideração ao regime democrático, já que uma resposta correta deve ser aquela adequada à Constituição e não fruto do “sentir” daquele que julga, rechaçando o subjetivismo, o solipsismo, o decisionismo, fenômenos recorrentes no pós-positivismo.

⁴ Existe um primeiro nível que é o da compreensão, que sempre chega antes de qualquer procedimento. O procedimentalismo se encontra em um segundo nível. No excerto de *Verdade e consenso*, Lenio Streck afirma que a hermenêutica não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico. Em outras palavras, ele não é contra a teoria procedimental. O modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento. As teorias da argumentação constituem um vetor de racionalidade de segundo nível, ficando no plano apofântico, ao passo que a hermenêutica filosófica, que não cinde interpretação de aplicação, perfaz uma racionalidade de primeiro nível, a partir de um “como hermenêutico” (2017, p. 110; p. 318).

O neoconstitucionalismo deu azo primeiro a uma má recepção. No Brasil de teorias alienígenas utilizadas de forma desmesurada e equivocada, como a da argumentação jurídica de Robert Alexy, sem prejuízo das demais; e, segundo, ao mal emprego dos princípios jurídicos na maioria aplicados como álibis teóricos, como capas de sentido (Streck), no fito de conferir racionalidade a uma decisão que é fruto do subjetivismo daquele que manipula.

Na atualidade, os princípios têm sido utilizados, amiúde, de forma meramente performática, como álibis teóricos, a ponto de constituir aquilo que Luis Alberto Warat denomina senso comum teórico dos juristas. Conforme Streck (2014, p. 175), o crescimento exponencial e criativo de um conjunto de álibis teóricos vem recebendo o nome de “princípios”, os quais, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metarregras, o que acaba por fragilizar o direito em vez de reforçá-lo.

Para Warat (1982, p. 49-51), o saber crítico e o saber jurídico, muitas vezes, apropriam-se do costume teórico do direito, por intermédio de julgamentos sobre a cientificidade dos discursos que os juristas elaboram em nome do que eles entendem por verdade. Do “senso comum teórico dos juristas” se extrai uma diferenciação das opiniões comuns (doxas) do conhecimento científico (episteme).

Segundo Gilmar Antônio Bedin (2002, p. 180), o senso comum teórico dos juristas é forte no Brasil porque a tradição jurídica brasileira “reproduz a mesma forma de ordenação predominante no Ocidente – família romano-germânica de Direito ou Civil Law”. Em razão disso, recebe passivamente as matrizes da teoria jurídica desse campo de racionalidade.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2020, p. 64) corrobora Bedin (2002) ao afirmar que existe um colonialismo do saber jurídico pela matriz europeia, uma vez que toda teoria do direito no país foi feita por europeus desde a virada do século XIX.

Na *praxis* forense brasileira, o senso comum teórico dos juristas invoca princípios com a finalidade de afastar o direito posto, em prejuízo ao regime democrático de construção das normas jurídicas. Entrementes, como afirma Tovar (2020, p. 263), princípios existem porque são historicamente pertencentes a uma dada comunidade. Por estarem ligados à prática social de um direito conhecido, não podem ser utilizados como ornamentos de forma performática, de forma retórica.

Por isso, é seguro concluir que o neoconstitucionalismo, além de promover uma má recepção, no Brasil, de teorias alienígenas como a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (sem prejuízo das demais), que de forma desmesurada e equivocada deram azo ao mal emprego dos princípios jurídicos, na maioria aplicados como álibis teóricos, como capas de sentido (Streck), no fito de conferir racionalidade a uma decisão que é fruto do subjetivismo daquele que manipula.

4. As causas próximas do ativismo judicial brasileiro

Os juristas, e especialmente a doutrina brasileira, têm um papel importante. Para Santos (2021, p. 122), a defesa dos direitos fundamentais em forma de “princípios”, feita pelo Poder Judiciário, permite única compreensão em última escala: o direito é aquilo que os tribunais dizem que é.

Todos vão desempenhar um papel, mesmo porque os magistrados não são os únicos protagonistas no quesito interpretação do direito. Como afirma Motta (2012, p. 35), “existem outros agentes cujas decisões afetam os direitos dos concidadãos”; e, por certo, os advogados, os promotores de Justiça e a academia devem exercer o papel que lhes cabe com responsabilidade, sem adotarem postura subalterna no que diz respeito à compreensão do direito.

Ocorre que, em vez de os juristas levarem a efeito um verdadeiro constrangimento epistemológico⁵, o que se percebe é que setores da doutrina, além de não exercerem um controle sobre as decisões judiciais, assumem postura subserviente, já que em muitos livros as explicações não mais se baseiam na dogmática, em uma epistemologia nascida de debates teóricos e filosóficos, mas no próprio entendimento dos tribunais superiores.

Como afirma Streck (2017, p. 276; p. 297), um dos papéis da doutrina é o de controlar cada vez mais a decisão dos juízes, e para isso é necessário doutrinar em vez de simplesmente reproduzir verbetes jurisprudenciais e ficar à mercê de decisões dos tribunais.

O que aqui se explicita é que o outrora candidato a cargo público de juiz, promotor, defensor público, advogado público, etc. acaba por concordar ou eventualmente entender que o direito é o que os tribunais dizem que é, porque o sistema em que se encontra inserido o obriga a tanto.

A partir do momento em que a doutrina utilizada pelo candidato eventual detentor de cargo público está impregnada de explicações com argumentos não mais baseados na dogmática, em uma epistemologia nascida de debates teóricos e filosóficos, mas no próprio entendimento dos tribunais superiores, as provas de concurso público obrigam o candidato a conhecer algo do tribunal muitas vezes em contradição ao pregado pela doutrina.

Streck (2007, p. 276), ao asseverar a necessidade de se efetuar um controle sobre as decisões judiciais, deixa implícita a convicção de setores da doutrina em contribuir para o protagonis-

5 Constrangimento epistemológico, termo cunhado por Lenio Streck, consiste na maneira de controlar o intérprete para que este não diga qualquer coisa sobre qualquer coisa. Para isso faz a importância da tradição, lugar de inserção do homem, além da obediência à integridade e à coerência (termos de matriz dworkiana), o que não implica proibição de interpretar, mesmo porque o Judiciário exerce um papel nas democracias constitucionais contemporâneas na concretização de direitos fundamentais, mas deve levar em conta que a compreensão é projeto compartilhado (2014, p. 312; p. 329; p. 330).

mo judicial: “as decisões dos juízes devem ser (cada vez mais) controladas”. Este é o papel da doutrina, que precisa “doutrinar”; algo cada vez mais raro em um país dominado por uma cultura de manual, baseada em verbetes jurisprudenciais.

O sujeito quando se torna juiz, promotor de Justiça, defensor público, ele é um *ser-no-mundo*⁶, já nasce em mundo em que o direito é o que os tribunais dizem que é. Esse nascimento se compreende como o momento em que a pessoa começa a estudar a doutrina e se submete aos certames em que grande parte das questões consiste em entender o direito a partir da opinião das cortes (HEIDEGGER, 2012).

Em se concluindo que a tese é verdadeira, é necessário um verdadeiro constrangimento epistemológico, ainda que isto implique um retorno ao ponto anterior, em que a doutrina doutrinava, em que o tribunal se amoldava à doutrina e não o contrário; que as instituições deixaram de cobrar do candidato o entendimento dos tribunais, ao menos nas questões em que compete à doutrina dar a resposta, uma vez que doutrina explicita conceitos que são frutos de um longo e aprofundado debate teórico e filosófico⁷ (ABBOUD, 2021).

6 A expressão “*ser-no-mundo*” é aquela empregada por Martin Heidegger (2018, p.98-100) na obra *Ser e tempo*, como um de seus existenciais, como condições do homem, refere-se a um fenômeno de unidade, um estar “dentro de”, designando o modo de ser de um ente que está num outro, como a água está no copo, a roupa no armário, o banco na sala de aula, a sala na universidade, a universidade na cidade, e assim por diante.

7 Georges Abboud (2021, p.75), ao comentar como o neoconstitucionalismo tem servido de base para a prática patológica em nosso sistema jurídico, disseminando completa insegurança jurídica por meio de extermínio da própria dogmática, faz com que conceitos dogmáticos percam importância na aplicação do direito, quando da invocação de valores sob o subterfúgio do uso de princípios constitucionais, exemplificando o conceito de “negócio jurídico” que, segundo ele, “na prática, tem apresentado cada vez menos serventia, uma vez que pode sofrer mutações de toda ordem sob o argumento de boa-fé, função social ou qualquer outro termo vago que se queira invocar para se alcançar a decisão considerada mais justa pelo julgador. Obviamente, não ignoramos a boa-fé objetiva como elemento fundamental para a funcionalização do negócio jurídico. Todavia, a sua própria utilização perpassa pelo uso da dogmática, historicamente sedimentada, e não por argumentos neoconstitucionalistas performativos que tornam sem eficácia séculos de dogmática privatista sob o argumento de fazer o bem e prestigiar a justiça.

Diferentemente da dogmática que traz à luz o entendimento de conceitos jurídicos, depois de longo e aprofundado debate teórico e filosófico, os tribunais, não raro, os utilizam performativamente para conferir um ar de racionalidade à decisão que, ao fim e ao cabo, é fruto do subjetivismo do julgador, sem qualquer aporte em uma teoria da decisão; ou fundamentada de forma diversa da elaborada pelo seu criador, ou, ainda que alicerçada na teoria, nos exatos moldes do inventor pode até mesmo implicar verdadeiro *deficit* democrático.

Na cotidianidade dos fóruns e dos tribunais, um *prêt-à-porter* colocado à disposição do operador do direito contém resposta pronta e rápida, tudo com o aval da dogmática jurídica atual, com o crescimento exponencial da indústria de manuais e compêndios, verdadeiros tutoriais de como ser um “medalhão”. Machado de Assis, Todos os contos, 2019, p. 375-383).

Para Streck (2014, p. 85), o senso comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica, interiorizando convenções linguísticas acerca do direito e da sociedade. No direito brasileiro, como um pensamento coletivo massificado, sem crítica e sem técnica, acaba por moldar os discursos dos operadores do direito na cotidianidade, reduzindo o conhecimento a certas verdades jurídicas consagradas (STRECK, 2012, p. 238).

Ainda segundo Streck (2014, p. 98-99), o senso comum teórico possui relação direta com o processo de aprendizagem, embora a cultura calcada em manuais de duvidosa cientificidade predomine nas faculdades de Direito, que se ocupam ora em simplificar o ensino jurídico, ora em sustentar o saber jurídico em comentários e ementários de jurisprudência desacompanhados dos respectivos contextos, razão pela qual se afirma que a hermenêutica praticada nas salas de aula e nesses livros de doutrina continua refratária ao giro linguístico.

Constitui papel, sobretudo da doutrina, constranger os pronunciamentos dos tribunais, quando em contradição à lei ou a con-

ceitos jurídicos há muito consolidados. Não se pode dar voz a um entendimento voluntarista que pretende promover uma mudança arbitrária do sentido das coisas.

A proliferação de manuais que explicam o direito a partir de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais a atender apenas às necessidades dos candidatos a juiz, a promotor de Justiça, entre outros, além das do futuro profissional no desempenho de suas funções, é o resultado da formação de uma cultura jurídica padrão, que entende o direito, a partir do palpite dos tribunais, de forma descontextualizada (STRECK, 2014, p. 102).

Streck (2014, p. 110-111), ao intensificar crítica àquela situação de tantos anos de pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, do giro ontológico-linguístico e do novo constitucionalismo, sem lograr êxito em construir um modelo de ensino que supere a leitura de leis e códigos comentados – que se baseiam em alguns pontos em repositórios jurisprudenciais –, afirma proliferar uma cultura estandardizada cuja função é vender facilidades aos estudantes que pretendem passar em concursos públicos, deixando de efetuar o necessário constrangimento epistemológico.

A 25.^a edição do Manual de Direito Administrativo, de José dos Santos Carvalho Filho, aborda, ainda que de maneira tímida, um caso de constrangimento epistemológico. Trata-se de equívoco do Supremo Tribunal Federal ao considerar que o ato administrativo da “licença” não é vinculado, mas mera faculdade de agir, sendo suscetível de revogação nas hipóteses de obras licenciadas não iniciadas. Na oportunidade, o doutrinador afirma:

Em que pese ser pacífico o entendimento, parece-nos, no mínimo, estranho e incompatível com o instituto da licença e de seu caráter de ato vinculado e definitivo. Ademais, sempre se assegura, na hipótese em questão, indenização ao prejudicado, o que não se coaduna com a figura da revogação dos atos administrativos (CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2012, p. 141).

Outra obra cuja doutrina cumpre seu papel é *Direito Civil: curso completo*, de César Fiuza (2014, p. 267). Nesse livro, o termo jurídico “obrigação” foi analisado por estudiosos, pesquisadores e doutrinadores internacionais, como Pothier (francês), Aubry et Rau, Démogue (francês), Enneccerus, Kipp e Worf (alemães), e nacionais como Serpa Lopes, Pontes de Miranda, Lacerda de Almeida, Orlando Gomes, Caio Mário Pereira. O conceito a que chegaram, portanto, foi fruto de um longo e aprofundado debate teórico e filosófico.

Contudo, não é sempre assim. Existem aqueles que reproduzem sem fazer qualquer tipo de apontamento o acerto ou o desacerto do pronunciamento judicial. Eles replicam quase que integralmente a compreensão das cortes, com base em acórdãos do STF ou STJ, razão pela qual se conclui que a doutrina passa a ser caudatária do entendimento dos tribunais. Depreende-se certa inversão de papéis. Em vez de a doutrina corrigir e constranger, ela é quem sofre correção a fim de se amoldar aos entendimentos dos tribunais e, mais grave que isso, se submeter às próprias instituições realizadoras de concurso público. Não se pode deixar de considerar a própria estrutura que obriga o candidato aspirante a um cargo de promotor de Justiça ou a um de juiz de Direito a entender que o direito é o que os tribunais dizem que é, quando as provas de concursos públicos se ocupam em cobrar dos candidatos os entendimentos das cortes.

Ante o exposto, é seguro concluir que a ausência de um constrangimento epistemológico – pelos operadores do direito e, principalmente, pela doutrina – constitui causa próxima do ativismo judicial brasileiro, na medida em que o direito passa a ser o que os tribunais dizem que é, sem que estes sofram qualquer espécie de correção, o que dá azo à formação de profissionais que são seres-no-mundo, seres-com-os-outros, porquanto há toda uma estrutura que os obriga a compreenderem o direito da forma ditada pelas cortes.

5. Conclusão

O neoconstitucionalismo, além de paradigma constitucional de cunho compromissório de feições dirigentes, o que seria o aspecto positivo, acelerou o surgimento das mais diversas teorias da decisão, o que influencia, em grande medida, o direito brasileiro e, notadamente, os tribunais superiores.

Ocorre que a utilização descriteriosa da teoria alexyana – para falar só dela – fundamenta os mais diferentes posicionamentos, cujos riscos constituem um procedimento generalizado de aplicação do direito, dando azo a um ativismo sem limites.

Além do mais, a abertura interpretativa de alguns pelo emprego dos princípios jurídicos acaba por transformá-los em verdadeiros senso comum teórico, álibis teóricos, salvo-condutos para a atribuição arbitrária de sentidos, afastando o direito posto, em evidente prejuízo ao regime democrático de construção das normas jurídicas.

O uso desmedido e abusivo dos princípios se torna uma carta que o operador do direito utiliza para justificar a descon sideração do direito posto por meio de uma série de argumentos que representam o senso comum, que, ao final, nada mais é do que doxa (opinião) mesclada com a episteme que possui uma mera aparência de verdade.

Por isso, a má recepção e o uso incorreto das teorias da decisão, bem como dos princípios como abertura interpretativa daqueles denominados pamprincípios por Streck, cujo nascedouro advém do neoconstitucionalismo na sua vertente teórica, constituem causa remota do ativismo judicial brasileiro.

Por sua vez, a ausência de constrangimento epistemológico – pelos operadores do direito e, principalmente, pela doutrina – constitui causa próxima do ativismo judicial brasileiro, na medida em que o direito passa a ser o que os tribunais dizem que é,

o que dá azo à formação de profissionais que compreendem e aplicam “um direito” que é algo, menos direito, uma espécie de terceira via do direito.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.

ABBOUD, Georges; HENRIQUE, Garbellini Carnio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2013.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. *Revista de Processo*. v. 242, 2015. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/qu aestioiuris/article/view/40889>>. Acesso em: 28 maio 2021.

ASSIS, Machado. *Machado de Assis: Todos os contos*. Volume I., Ed. Nova Fronteira, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do CE*, Fortaleza, v.5.n.8, p. 12, jan/dez.2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Ensino Jurídico: do senso comum teórico dos juristas ao reconhecimento da complexidade do mundo*. *Revista Direito em Debate*, v. 12, n. 18-19, 2003. Disponível em:< <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/757>>. Acesso 28 maio 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Almedina, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15 ed. Petrópolis: Vozes. 2015.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 7 ed. Petrópolis: Vozes. 2012.

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

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado.2008.

SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbitrio*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPODIVM. 2021.

SILVA, Bruno Miola. *O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro*. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: p. 244, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.fds m.edu.br/adm/artigos/42ac878e602eab56029bb0134ae-e23f2.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz et al. *Hermenêutica constitucional e senso comum teórico dos juristas*. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 6, n. 19, p. 237-261, 2012. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/313>>. Acesso em: 28 maio 2021.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev.- atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Ed. Casa do Direito. 2017.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva. 2017.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics*. 1995. New York: New York University.

WARAT, Luis Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 28 maio 2021.

Artigo recebido em 27/06/2023.

Artigo aprovado em 06/10/2023.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.504