

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITOR CALDAS AFONSO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO PELA ÓTICA DA
FILOSOFIA LIBERAL NO BRASIL**

NATAL/RN

2020

VITOR CALDAS AFONSO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO PELA ÓTICA DA
FILOSOFIA LIBERAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do Rio
Grande do Norte (UNI-RN) como requisito
final para obtenção do título de Bacharel em
Direito

Orientador: Prof. MSC. Luiz Felipe Pinheiro
Neto

NATAL/RN

2020

Página para ficha catalográfica a ser solicitada à biblioteca após defesa em banca

VITOR CALDAS AFONSO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO PELA ÓTICA DA
FILOSOFIA LIBERAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do Rio
Grande do Norte (UNI-RN) como requisito
final para obtenção do título de Bacharel em
Direito

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Luiz Felipe Pinheiro Neto

Orientador

Prof. Titulação Nome Completo

Membro

Prof. Titulação Nome Completo

Membro

Dedico este trabalho a todos os falecidos defensores da liberdade citados nessa pesquisa, bem como, a todos os que continuam vivos, e não obstante a todos os que venham a ler meu trabalho em busca de conhecimento e que sejam tão apaixonados quanto eu pela busca da liberdade por inteiro, minha e de todos

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar à todos os filósofos e economistas que deram suas vidas em busca de um mundo mais livre.

Aos meus pais Zandra e Yuri, por sempre acreditarem em mim, me amarem, e, me auxiliarem em minhas conquistas.

Aos meus colegas Ivan Barros Junior e Marcelo Athayde pelo auxílio prestado na confecção desta pesquisa.

À minha companheira Esther Louise Lucena Soares, pela paciência, auxílio, incentivo e força que me deu na execução deste trabalho.

Ao professor Fábio Fidelis de Oliveira pela sua orientação prestada durante o CONIC, seus apontamentos e indicações bibliográficas foram essenciais para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao professor Luiz Felipe Pinheiro Neto, pelas suas orientações prestadas na orientação desse trabalho desde a disciplina de TC1, quando não era meu orientador oficialmente, sem o seu auxílio este trabalho não seria o mesmo.

Ideias, e somente ideias, podem iluminar a
escuridão

Ludwig von Mises

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo principal analisar o Ativismo Judicial sob a ótica da filosofia liberal, para tanto, será feito em primeiro plano uma síntese do pensamento liberal, o resumindo em 8 máximas, posteriormente, com a intenção de demonstrar não somente como se constitui o pensamento liberal, mas também, como ele foi formado será feita uma contextualização histórica sobre o surgimento do liberalismo e logo após o surgimento e evolução do liberalismo no Brasil, tendo em vista que, o enfoque do trabalho é o Ativismo Judicial no Brasil. Em segundo plano, será apresentado uma série de conceitos e fenômenos necessários a compreensão do objeto principal do trabalho: Direitos Fundamentais (delimitação do seu significado, bem como sua relação com o liberalismo), Constituição de 88 (Características e processo de formulação) e Hermenêutica (Origem, problemas e como funciona). Em terceiro momento adentrara-se no Ativismo Judicial, fazendo uma contextualização abarcando a evolução da Jurisdição, passando pelos conflitos entre: *Natural Law* e *Statute Law*, *Common Law* e *Statute Law* e a Jurisdição Constitucional, para enfim, abordar o ativismo judicial, fazendo sua diferenciação com a Judicialização, apresentando seu antagonista: a Autocontenção Judicial, para finalmente definir o que é o ativismo, quando ele é negativo e quando ele é positivo. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo (1. “O ativismo judicial é uma ferramenta necessária a garantia dos direitos fundamentais”, e, 2. “O ativismo judicial é uma ferramenta de origem liberal”), bem como pesquisa bibliográfica. Destarte, partindo da problemática de que todo ativismo judicial é ruim, e, da infeliz conotação negativa que o liberalismo adquiriu com o passar dos anos, essa monografia obteve como conclusão que o ativismo judicial é quando um magistrado decide um caso em desconformidade com a lei, porém, o que é relevante para definir se esse ativismo é negativo ou positivo são as motivações que o magistrado teve para decidir assim, portanto, o ativismo judicial é negativo quando o juiz decide em desconformidade com a lei por deixar sua decisão ser contaminada por suas predileções pessoais e políticas, nesse momento sua decisão é corrupta, devendo ser abominada, independentemente do seu espectro filosófico e político, em outro sentido, quando o juiz toma suas decisões em desconformidade com a lei para salvaguardar direitos e garantias fundamentais (os

direitos conquistados nas revoluções liberais, os direitos liberais), ele é positivo, devendo ser considerado como uma ferramenta de defesa liberal, uma ferramenta de defesa dos direitos e garantias fundamentais, devendo seu uso ser louvável (mas seu uso deve ser restrito a somente esses casos), porém, sendo necessário propor soluções para os efeitos não intencionais que são negativos, advindos dessas decisões, os efeitos decorrentes da irresponsabilidade fiscal e da conseqüente insegurança jurídica.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Liberalismo. Liberalismo no Brasil. Hermenêutica. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present monography has as its main goal analyse the Judicial Activism under the optic of the liberal philosophy, therefore, firstly it will be done a sintesis of the liberal thinking, resuming it in 8 dogmas, posteriorly, with the intention of showing not only what constitutes the liberal thinking but also how its philosophy was formed, in doing so, it will be done a historical contextualization about the emergence of liberalism and in sequence, because the focus of this work is Judicial Activism in Brazil, the emergence and evolution of liberalism on Brazil. In second plan, it will be presented a series of concepts and phenomena necessary to the comprehension of the main object of this work: Fundamental Rights (delimitation of its meaning, as well as its relation with liberalism), Brazilian 1998 Constitution (characteristics and process of formulation) and Hermeneutics (Origin, problems, how it works). In a third moment, get in Judicial Activism, doing a contextualization encompassing the evolution of jurisdiction, going through the conflicts between: Natural Law and Statute Law, Common Law and Statute Law and the Constitutional Jurisdiction, for at last, approach the Judicial Activism, establishing its differentiation with the judicialization, presenting its antagonist: the Judicial Restraint, for finally define what is activism, when it is negative and when it is positive. For this purpose, it was used the hypothetical-deductive method (1. "The judicial activism is a necessary tool to guarantee fundamental rights", and, 2. "Judicial activism has its origins in liberalism"), as well as bibliographic research. Thus, starting from the problem that all judicial activism is seen as negative, and, the sadly negative connotation that liberalism has acquired, so, this monography has achieved as conclusion that the judicial activism is when a judge decides a case not accordingly with the law, but, what is relevant to define if this activism is negative or positive is the motivations the judge had to rule like that, so, the judicial activism is negative when the judge decides against the law for letting its ruling be contaminated with its personal and political preferences, in this moment its decision is corrupt, and it should be abhorred, independently of your philosophical and political spectrum, in the other way, when the judge rules against the law in order of protecting fundamental rights and guarantees (the rights achieved on the liberal revolutions, the liberal rights), it's positive, and it should be considered an appliance to protect fundamental rights and guarantees, as also, its usage should be commendable (but it should be restricted to

this cases), even though, its necessary to propose solutions to the non intentional negative effects that those decision carry, the effects arising from fiscal irresponsibility and the judicial insecurity.

Key-Words: Judicial Activism. Liberalism. Liberalism in Brazil. Hermeneutics. Fundamental Rights.

Sumário

1.	INTRODUÇÃO.....	13
2.	DO LIBERALISMO	16
2.1.	AS MÁXIMAS LIBERAIS.....	16
2.1.1.	LIBERDADE	18
2.1.2.	INDIVIDUALISMO	19
2.1.3.	IMPÉRIO DA LEI.....	20
2.1.4.	COOPERAÇÃO SOCIAL, LIVRE MERCADO E A MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL.....	21
2.1.5.	TOLERÂNCIA	23
2.2.	A ORIGEM DO LIBERALISMO.....	24
2.3.	A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO LIBERALISMO NO BRASIL	28
2.3.1.	O PRIMEIRO CICLO: O MARQUÊS DE POMBAL.....	30
2.3.2.	O SEGUNDO CICLO:.....	31
2.3.2.1.	O SEGUNDO CICLO: O CORREIO BRASILENSE E A INDEPENDÊNCIA BRASILEIRA.	31
2.3.2.2.	O SEGUNDO CICLO: A CONSTITUINTE DO PODER MODERADOR	33
2.3.3.	O TERCEIRO CICLO: LIBERALISMO NA REPÚBLICA VELHA	37
2.3.4.	O QUARTO CICLO: OS RECESSOS DEMOCRÁTICOS.....	41
2.3.4.1.	O QUARTO CICLO: A ERA VARGAS (1940-1945)	41
2.3.4.2.	O QUARTO CICLO: O INTERREGNO DEMOCRÁTICO (1945-1964) E OS PRIMÓRDIOS DA DITADURA MILITAR.....	42
3.	A LEGITIMAÇÃO DO STF: DAS CONSTITUIÇÕES GARANTIDORAS, DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	44
3.1.	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
3.2.	CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.....	46
3.2.1.	PROCESSO DE FORMULAÇÃO DA CARTA DE OUTUBRO.....	47
3.2.2.	A CONSTITUIÇÃO DE 88 E O STF	50
3.3.	A HERMENÊUTICA.....	52
3.3.1.	ORIGEM DA HERMENÊUTICA.....	52
3.3.2.	A NECESSIDADE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	53
3.3.3.	COMO FUNCIONA E PROBLEMAS.....	56
3.3.4.	O HERMENEUTA NO BRASIL	57
4.	ATIVISMO JUDICIAL E O LIBERALISMO	58
4.1.	DA EVOLUÇÃO JURISDICIONAL.....	59
4.1.1.	DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO	59
4.1.2.	CIVIL LAW E COMMON LAW.....	61
4.1.3.	A Jurisdição Constitucional.....	63

4.2.	ATIVISMO JUDICIAL	64
	4.2.1.ATIVISMO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO.....	65
	4.2.2.ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL.....	68
	4.2.3.AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E O ATIVISMO JUDICIAL	70
	4.2.4.ATIVISMO POSITIVO E NEGATIVO	73
	4.2.5.QUAL O POSICIONAMENTO DA FILOSOFIA LIBERAL?.....	76
5.	Conclusão.....	78
	REFERÊNCIAS.....	80

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a missão de demonstrar a importância do ativismo judicial, como uma ferramenta liberal na defesa de direitos e garantias conquistadas desde as primeiras revoluções liberais, que datam do século XVII, para isso, se partirá de duas premissas a serem comprovadas ou não: 1) Os direitos fundamentais tem origem liberal e 2) O ativismo judicial é uma ferramenta liberal, e, em situações específicas, é legítima e necessária.

Em primeiro momento, faz-se necessário delimitar o motivo pelo qual o ativismo judicial está sendo analisado sob a ótica da filosofia liberal e não qualquer outra filosofia, como: Marxismo, conservadorismo, anarquismo, etc. O motivo é simples, a análise será feita pela filosofia liberal, pois, o ativismo judicial brasileiro é legitimado pela defesa dos direitos fundamentais, esses direitos que foram conquistados em meio às primeiras revoluções liberais e constitucionalistas.

Portanto, pode-se dizer que o constitucionalismo é de herança liberal, e assim como o constitucionalismo tem herança liberal, os direitos fundamentais, inicialmente somente os direitos de 1ª e 2ª geração (o rol é estendido com o passar dos anos), os direitos fundamentais também tem herança liberal, e, se o Ativismo Judicial no Brasil se legitima em meio a prerrogativa de garantir os direitos fundamentais, o ativismo judicial no Brasil, também tem herança liberal. Deste modo, resta-se evidente a razão pelo qual o ativismo judicial brasileiro, deve ser estudado pela ótica da filosofia liberal.

Com essa finalidade, a pesquisa será dividida em 3 grandes tópicos.

O primeiro tópico tratará do liberalismo em si, delimitando em primeiro momento como um liberal pensa, apresentando ao leitor um resumo do pensamento liberal, em algumas máximas ou dogmas, para que o leitor possa compreender como um liberal pensa, e consiga antever qual seria o posicionamento de um liberal sobre determinado assunto.

Em segundo momento, será feita uma contextualização histórica a fim de mostrar como o liberalismo surgiu ao redor do mundo e como evoluiu, para que, o leitor não só saiba quando surgiu o liberalismo, e, quais são os posicionamentos defendidos, mas, para que ele consiga entender os fatores que levaram a formar qualquer

defensor da liberdade (sejam as liberdades individuais, sociais ou econômicas), esses fatores que serão de grande influência e respaldo filosófico ao Ativismo Judicial e como guia rumo a liberdade, em momentos de governo autoritários e carentes de representação popular.

Em terceiro momento a contextualização histórica partirá para o Brasil, visto que, o enfoque desta pesquisa é o ativismo judicial no Brasil, portanto, ficará claro que desde a época do Marquês de Pombal, os ideais liberais foram o nosso guia, nossa luz, para cada vez mais, garantir a nosso povo mais liberdade, seja na liberdade de crença, de opinião, afetiva, política, ou até mesmo por uma atuação negativa do Estado, bem como, uma atuação fiscalizatória, e, até mesmo posteriormente com uma atuação positiva por meio do ativismo Judicial e de ações afirmativas. O liberalismo esteve e está presente em tudo, como nossa bússola pela liberdade, mesmo que, tenhamos passado por recessos democráticos com nossas crises representativas, nossa bússola pôde até tardar em certos momentos, como na ditadura de 64, demorando 20 anos para nos levar de volta a nosso caminho, mas ela não falha, em nos levar ao caminho da liberdade e da garantia dos direitos fundamentais.

Após tornar clara a trajetória, a importância e evolução do liberalismo no Mundo e principalmente no Brasil, a pesquisa seguirá para seu próximo tópico que tem a finalidade de introduzir conceitos importantes, que sem eles, se tornará difícil a compreensão do ativismo judicial.

O primeiro conceito a ser abordado será o dos direitos fundamentais, pois, é sobre esses direitos que o ativismo judicial encontra respaldo legal, ético e moral para atuar no Brasil. Em segundo lugar será apresentada a formulação da Carta política de 5 de outubro, com a finalidade de demonstrar a razão de termos uma constituição tão garantista, e, os meios que ela nos dispôs para garantir nossos direitos fundamentais.

Por fim, será introduzido a hermenêutica: como ela surgiu, quais motivos a tornaram importante para culminar em seu desenvolvimento, mesmo que não muito consistente, até o que ela é nos dias de hoje: um conjunto de técnicas utilizadas pelos magistrados e ministros para interpretar a lei, pois, essa é a ferramenta utilizada pelos magistrados para realizar o ativismo judicial, demonstrando como que esse procedimento é realizado, e, onde ele apresenta falhas que o tornam vulneráveis a

corrupção e conseqüentemente o Ativismo. Para que assim se possa introduzir o contexto no qual o Ativismo Judicial encontra respaldo para se fortalecer.

Delimitado todos os conhecimentos necessários à compreensão das conclusões a serem expostas, se passará para o último tópico deste trabalho. Esse fará a conexão entre o surgimento do ativismo judicial com a evolução histórica jurisdicional, desde os tempos em que se discutia o embate entre a *Natural Law* e a *Statute Law*, para a progressão entre a discussão entre a *commom law* e *Civil Law*, para depois, apresentar a evolução jurisdicional nos países pioneiros das revoluções liberais constitucionais, que ensejaram ao surgimento do ativismo judicial em suas diversas formas, sendo uma delas uma ferramenta de garantia dos direitos fundamentais, os direitos liberais, os direitos de liberdade.

Após essa contextualização, será apresentado de forma sintética os tipos de constituições, para que, possa-se tomar uma conclusão sobre qual o modelo de jurisdição constitucional brasileira, com o fim de que, se possa introduzir o Ativismo Judicial de maneira adequada, tornando possível compreender como o fenômeno se manifesta no mundo e no Brasil.

Em segundo momento, já entendido o contexto jurisdicional vivido, este será brevemente retomado para que se possa expor a origem do Ativismo Judicial, bem como, delinear alguns conceitos necessários à compreensão do fenômeno, inclusive, fazendo a diferenciação do Ativismo, para com, outros fenômenos que ordinariamente são vistos aos olhos leigos como ativismo judicial, como a judicialização e a autocontenção judicial, em que nesses tópicos, será introduzido críticas ao ativismo judicial e ao sistema jurisdicional brasileiro.

Por fim, se delimitará quando o ativismo é uma ferramenta positiva (propondo-se a não utilização desse termo para se referenciar à defesa dos direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais), devendo ser incentivado o seu uso como uma ferramenta aliada numa sociedade predominantemente liberal, sendo essencial seu uso para a garantia das liberdades individuais, e, quando a sua utilização é negativa e, conseqüentemente, deve ser abominada.

2. DO LIBERALISMO

Neste tópico, será apresentado, de forma sintética, as “máximas” liberais. Segundamente será feito um retrospecto histórico, por meio do qual o pensamento liberal se originou e se desenvolveu, para que, o leitor não só saiba quando surgiu o liberalismo, e, quais eram as teses defendidas, mas, para que ele consiga entender os fatores que levaram a formar qualquer defensor da liberdade (sejam as liberdades individuais, sociais ou econômicas), esses fatores que serão de grande influência e respaldo filosófico ao Ativismo Judicial e como guia rumo a liberdade, em momentos de governo autoritários e carentes de representação popular.

2.1. AS MÁXIMAS LIBERAIS

O espectro do pensamento liberal é muito vasto, porém, com essa apresentação de alguns dogmas liberais que será feita a seguir, o leitor será capaz de compreender de maneira mais rápida, como um liberal pensa, podendo inclusive, prever qual seria o posicionamento de um liberal num assunto X ou Y, assim como, conseguirá fazer a ligação entre o pensamento liberal, o ativismo judicial e os direitos fundamentais antes mesmo dessa ligação ser totalmente explicitada posteriormente.

“‘Antes de mais nada’, na filosofia, sociologia, política existe uma ‘dicotomia esquerda/direita.’” (TEIXEIRA, 2018, p. 76) Essa dicotomia pode ser resumida em: no lado extremo da esquerda temos a defesa de pautas voltadas à garantir liberdade do indivíduo (reconhecimento do casamento homoafetivo, direito da mulher de abortar, legalização das drogas, etc.), somada ao autoritarismo (Socialismo e Comunismo) necessário para se aplicar um governo de Esquerda – “Os autores franceses que lançaram as bases do socialismo moderno não tinham dúvida de que suas ideias só poderiam ser postas em prática por um forte governo ditatorial” (HAYEK, 2010) -, já, no lado Moderado do espectro, têm-se a socialdemocracia que substitui o autoritarismo por uma postura intervencionista e principalmente paternalista, ou seja, quando o Estado protege o indivíduo dele próprio, nas palavras de Milton Friedman:

“Os indivíduos, diz-se, são incapazes de escolher adequadamente seus criados, seus médicos, seus bombeiros ou seus barbeiros. Para

que um homem escolha inteligentemente seu próprio médico, é preciso que também seja médico. A maioria das pessoas são, portanto, incompetentes e devem ser protegidas contra sua própria ignorância. Isso significa dizer que nós, em nossa qualidade de eleitores, devemos nos proteger a nós próprios, em nossa qualidade de consumidores, contra nossa própria ignorância, a fim de não utilizarmos os serviços de médicos ou bombeiros incompetentes.” (Friedman, 2018, p. 151-152)

Então qual seria a diferença entre: Socialismo, comunismo e socialdemocracia? Todos esses termos se referem à um mesmo espectro, o lado da Esquerda, que, como já vimos defende a liberdade individual ao mesmo tempo em que julga necessário a grande interferência do governo na economia – as vezes de forma contraditória, interferência nas liberdades individuais também - , deseja o planejamento central, mas, enquanto alguns querem fazer isso de forma democrática (socialdemocracia), outros tentam alcançar esse regime em sua forma utópica (socialismo) e outros pretendem chegar a seus fins pela força, pelo autoritarismo (comunismo): “Isso não quer dizer que comunismo e fascismo sejam essencialmente a mesma coisa. O fascismo é o estágio atingido depois que o comunismo se revela uma ilusão” (HAYEK, 2018).

Socialismo e comunismo são a mesma coisa, e, a socialdemocracia é um meio termo da manifestação do Socialismo, de uma forma não autoritária. A grande contradição está em que:

“E o mais extraordinário é que o mesmo socialismo, que além de ser reconhecido a princípio como a mais grave ameaça à liberdade, surgiu como uma reação ostensiva contra o liberalismo da Revolução Francesa, obteve a aceitação geral sob a bandeira da liberdade. Quase não nos ocorre hoje que o socialismo era, de início, francamente autoritário.” (Hayek, 2010)

A ideia de liberdade defendida pelos teóricos socialistas é de que o governo iria dar liberdade econômica aos indivíduos, e isso, os tornaria livres, mas para esse fim, ele utilizaria de meios que restringiriam a sua liberdade individual, além de que como se foi demonstrado exhaustivamente por Ludwig von Mises uma pessoa não pode ser livre se ela não tiver liberdade econômica, enfim, o socialismo é um paradoxo em si.

Já no lado da direita do espectro, assim como na esquerda, no seu extremo há governos autoritários, como o regime militar brasileiro, na direita se defende a diminuição das liberdades individuais, porém, com a defesa da liberdade de mercado,

em que o extremismo pode chegar à defensores de uma anarquia para garantir o livre mercado e a inexistência da interferência estatal na vida privada, ou, uma ditadura da direita, assim como, há os conservadores que pretendem defender as mesmas pautas, porém, de forma democrática, ou seja, os Conservadores são os socialdemocratas da direita.

Nesse interim, existem vertentes de pensamento que defendem a liberdade individual, mas cerceiam a liberdade econômica, e do outro lado há quem defenda a liberdade econômica e cerceia as liberdades individuais, existindo ainda quem defenda a total falta de liberdade. Porém, não existem somente dois lados – Esquerda e Direita - , há uma terceira via, o lado Liberal, que defende a liberdade por inteiro, na economia, na vida privada, onde quer que se imagine, parafraseando Friedman (2018), liberalismo é a doutrina da pessoa livre, este lado que será melhor explorado nos tópicos a seguir, que se tratam das “máximas liberais”.

2.1.1. LIBERDADE

A primeira máxima de um liberal é a defesa pela liberdade, tanto que, liberalismo no sentido original é considerado a doutrina da pessoa livre (FRIEDMAN, 2018), com a conotação de que todas as decisões de um liberal giram em torno de uma pergunta: isso vai diminuir ou vai aumentar a liberdade do indivíduo? Passando por esse primeiro filtro, a discussão pode continuar.

O indivíduo deve ser livre para tomar as decisões que pensar corretas em sua vida, em comparação à uma sociedade autoritária, em que o governo escolhe onde você vai trabalhar, com o que você irá trabalhar, quantos filhos você terá, e, quais projetos receberam verba para serem postos em prática, já, numa sociedade livre, em que o governo não intervirá na vida pessoal de seus cidadãos, cada um pode fazer o que quiser – mesmo que seja uma decisão errada - , contanto que, não interfira na liberdade alheia, por que liberdade é também ter o direito de errar (MISES, 2019).

“A essência da filosofia liberal é a crença na dignidade do indivíduo, em sua liberdade de usar ao máximo suas capacidades e oportunidades de acordo com suas próprias escolhas, sujeito somente à obrigação de não interferir com a liberdade de outros indivíduos fazerem o mesmo. Este ponto de vista implica a crença da igualdade

dos homens num sentido; em sua desigualdade noutra. Todos os homens têm o mesmo direito à liberdade.” (Friedman, 2018, p. 198)

O objetivo do liberal, portanto, é preservar o máximo de liberdade para cada indivíduo separadamente, de maneira a possibilitar que a liberdade de cada um não interfira na liberdade do próximo.

2.1.2. INDIVIDUALISMO

“O individualismo tem hoje uma conotação negativa e passou a ser associado ao egoísmo. Mas o individualismo a que nos referimos, em oposição a socialismo e a todas as outras formas de coletivismo, não está necessariamente relacionado a tal aceção.” (HAYEK, 2010)

Quando se fala em individualismo, se trata da defesa dos interesses individuais, que o indivíduo não deve ser punido ou coagido à ser prejudicado em prol do bem comum, esse altruísmo se for se manifestar, tem de partir da própria pessoa sem coação. Além de que essa coação não é necessária, visto que, o bem comum, é a soma de milhões de bens individuais, portanto, o bem comum é inevitável.

Como já demonstrado por Adam Smith, isso não é prejudicial, os indivíduos devem ser deixados livres para serem individualistas, temos de partir do pressuposto que cada indivíduo tem um limite de imaginação, mas, mesmo que num sentimento egoísta, as ações de um indivíduo tendem a beneficiar o coletivo, ainda que não intencionalmente, esse é o conceito de mão invisível:

“Como cada indivíduo, portanto, se esforça tanto quanto ele puder seja para empregar seu capital em suporte à indústria doméstica, seja para dirigir aquela indústria de modo que seu produto possa ser do maior valor, cada indivíduo necessariamente trabalha para tornar a renda anual da sociedade tão grande quanto ele possa. Ele geralmente, de fato, não pretende promover o interesse público, nem sabe o quanto ele o está promovendo. Ao preferir o apoio da indústria doméstica à estrangeira, ele pretende apenas sua própria segurança; e ao dirigir aquela indústria de tal maneira que seu produto seja do maior valor, ele pretende apenas seu próprio ganho, e ele é neste, como em muitos outros casos levado por uma mão invisível a promover um fim que não era parte de sua intenção. E nem sempre é pior para a sociedade que não fosse parte dela. Ao perseguir seu próprio interesse ele frequentemente promove o da sociedade mais efetivamente do que quando ele realmente pretende promovê-lo” (Santos; Bianchi, 2007)

A ideia está em que o indivíduo ao tomar suas decisões, mesmo que, de forma egoística ele acabará, mesmo que não intencionalmente, sendo levado por uma “mão

invisível” a gerar o bem comum. Sem mencionar os casos em que indivíduos benevolentes tendem a procurar o bem comum de forma intencional, fazendo doações, fundando ONGs, gerando empregos, dentre outras formas.

2.1.3. IMPÉRIO DA LEI

“Como disse Immanuel Kant (e Voltaire antes dele, quase nos mesmos termos), ‘o homem é livre quando não tem de obedecer a ninguém, exceto às leis’.” (HAYEK, 2010) Já foi delimitado que para um liberal o homem deve ser livre para seguir suas aspirações independente de qualquer coisa, exceto que, suas ações devem respeitar a liberdade alheia também, e, para garantir isso que existem as leis, como forma de fiscalização e punição aos transgressores da liberdade alheia.

É com essa prerrogativa que surge o conceito de “efeito de vizinhança”. O efeito de vizinhança consiste nas consequências que uma ação individual podem gerar para a sociedade, por exemplo, se o Estado oferece meios para que seus cidadão receba educação básica de qualidade (seja por escolas públicas ou vouchers), os ganhos decorrentes da educação de uma criança não beneficia somente a criança e seus pais, a educação de uma criança contribui para o bem-estar de todos, não é possível identificar quem exatamente se beneficia com isso, e, se não é possível identificar exatamente quem se beneficia, ou se prejudica, com algo, têm-se o efeito de vizinhança, este que costuma justificar os poucos casos intervenção Estatal defendida pelo liberal.

Outro exemplo que justifica a intervenção do Estado por um liberal é no caso da regulação das pessoas que podem exercer, por exemplo, a medicina, no sentido em que, se um médico atende uma pessoa X e passa o medicamento errado, somente essa pessoa X sofrerá com o serviço desse péssimo médico, mas, no caso de um médico infectologista que venha a causar uma pandemia, ele estará prejudicando o bem-estar de todos, configurando o efeito de vizinhança e ensejando a discussão de como o Estado pode fazer para prevenir isso.

Logo, é com base nisso que se justifica a criação de licenciamentos para exercer certas profissões, punições para quem praticar atos em desconformidade com a lei,

pondo em perigo a sociedade e, em suma, as leis também devem existir para dar segurança jurídica aos indivíduos: “É a segurança jurídica que possibilita a segurança de orientação que dá à cidadania condições de lidar com o seu presente organizar o seu futuro de uma maneira juridicamente informada.” (TOFFOLI, 2018, p. 248) Essa é inclusive uma das fundamentações que ensejam críticas a postura ativista do Judiciário, a insegurança jurídica que é consequência da constante mudança da maneira com que as leis são aplicadas.

2.1.4. COOPERAÇÃO SOCIAL, LIVRE MERCADO E A MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL

“O grande mérito da doutrina liberal é ter reduzido a gama de questões que dependem de consenso a proporções adequadas a uma sociedade de homens livres.” (HAYEK, 2010)

O significado da citação acima está inserido no contexto em que, para um Estado em que o governo decide tudo (dirigismo – socialismo ou comunismo-) para se decidir sobre qualquer questão, seja: que cidade vai ganhar mais arroz, quem vai trabalhar em qual cargo, se pessoas do mesmo sexo podem se casar, tudo isso tem que ser decidido pelos governantes, que, muitas vezes tem de adivinhar o que é melhor para sua população, normalmente não tomando a melhor decisão, em alguns casos até por preconceito ou desavenças políticas.

Enquanto de um lado, numa sociedade socialista, por exemplo, poucas pessoas são consideradas melhores que as outras e são encarregadas de tomar todas as decisões no País: determinar como serão distribuídos os recursos, quais invenções valem a pena serem subsidiadas, como será feita uma obra, que tipo de música seus cidadãos devem ouvir – Hitler, por exemplo, para poupar seus cidadãos de arte ruim, se encarregou de determinar quais pinturas poderiam ser postas a público, detalhe, Hitler reprovou no processo de admissão da Escola de Artes de Viena - , etc. Essas tarefas que se tornam ineficientes, tendo em vista que, o governante terá de fazer cálculos humanamente impossíveis para gerir os seus recursos, essas informações que são dadas de forma automática pelo mercado. (MISES, 2019)

Já do outro lado, numa sociedade que adota o livre mercado, as pessoas podem por em prática suas invenções, com seu próprio dinheiro ou convencendo outras pessoas a investir o dinheiro em você, mesmo que não dê certo, ser livre é ter o direito de errar também. Além de que, com o livre mercado o governo não precisa fazer os cálculos para distribuir seus recursos, a flutuação de preços em seu território nacional mostra onde há escassez de um material (os preços sobem), inclusive, o regime socialista da URSS só sobreviveu por tomar como base os preços do mercado internacional e implementar um mercado simulado, apesar de ter conseguido manter o regime por muitos anos, esse veio a colapsar por esses mesmos motivos, nenhuma simulação é perfeita.

Outro ponto importante é de que o mercado não é racista e é super eficiente, um dos melhores exemplos desse fato estão explicitados num vídeo famoso de Milton Friedman em que ele narra as pessoas envolvidas na fabricação de um lápis:

“A madeira de que é feito (o lápis) pelo que eu sei vem de uma árvore derrubada no estado de Washington. Para derrubar aquela árvore foi necessária uma serra. Para fazer a serra, foi necessário o aço. Para fazer o aço, foi necessário o minério de ferro. [...] Este centro escuro, nós o chamamos de chumbo mas na realidade é grafite, grafite comprimido. Eu não tenho certeza de onde vem, mas acho que vem de algumas minas da América do Sul. Este topo vermelho aqui, o apagador, um pouco de borracha, provavelmente vem da Malásia, de onde a seringueira não é sequer nativa. Ela foi importada da América do Sul por alguns homens de negócios com a ajuda do governo inglês. Este envoltório de latão, eu não faço a menor ideia de onde ele veio ou a tinta amarela, ou a tinta amarela, ou a tinta que faz as linhas pretas, ou a cola que mantém ele inteiro.” (FRIEDMAN, 1980)

Como se pode concluir um número inimaginável de pessoas contribuíram para a construção de um simples lápis, isso demonstra que sem o advento do mercado, pessoas de terras tão distantes, de culturas muito diferentes, facilitaram a vida uma das outras e cooperaram mesmo que de forma não intencional com pessoas que possivelmente suas crenças, limitações territoriais e diferenças culturais, não permitiriam essa cooperação, imaginemos a dificuldade que seria a fabricação desse lápis se cada cidadão tivesse que fabricá-lo sozinho...

Logo, para o liberal os meios adequados de governo e convivência em sociedade, visando o desenvolvimento, são o debate livre e a cooperação voluntária, objetivando uma igualdade, mas não uma igualdade fática, uma igualdade de oportunidades. O liberalismo não defende nenhuma regra fixa e imutável, fundamentalmente se apoia

que devemos utilizar da melhor maneira as forças espontâneas da sociedade e recorrer minimamente à coerção. (FRIEDMAN, 2018)

Porém, como defendido por Hayek, o maior erro de alguns liberais foi insistir cegamente ao princípio do laissez-faire de forma irrestrita (que conseqüentemente implicaria na ausência de Estado), o governo tem seu papel sim, que nas palavras de Mises (2019): “a única função legítima do governo é, precisamente, produzir segurança”. Segurança não engloba somente a proteção a vida de seus súditos, o governo deve estar presente para garantir a liberdade de seus súditos e para fiscalizar e punir os cidadãos que interferiram na liberdade dos seus iguais, em outras palavras, o objetivo do liberal é preservar o máximo de liberdade para cada indivíduo separadamente, de maneira a possibilitar que a liberdade de cada um não interfira na liberdade do próximo. (FRIEDMAN, 2018)

Esse erro consiste em que o Estado deve existir sim, diferentemente do que um anarquista defende, mas ele deve existir minimamente, somente onde for estritamente necessário, a fim de garantir direitos fundamentais e assegurar a liberdade.

“Entretanto, é importante destacar que o neoliberalismo não ignorava completamente o âmbito social da sociedade. Contudo, há que falar de políticas sociais neoliberais que focavam em setores marginais da população.” (FÜRST, 2018, p. 53) Essas críticas costumam residir em razão da grande quantidade de projetos sociais que os liberais apresentam críticas, como cotas raciais ou programas ao molde do bolsa família, mas eles não são contra esses programas por serem “Capitalistas malvadões”, a crítica reside na inefetividade, incoerência (as cotas devem ser baseadas na renda não na raça) ou ineficiência desses programas, tanto que, são apresentadas alternativas, como no caso do bolsa família, que, tem como alternativa de Friedman o “Imposto de renda negativo”.

2.1.5. TOLERÂNCIA

“Liberdade” é agora uma palavra tão desgastada que devemos hesitar em empregá-la para expressar os ideais por ela representados durante aquele período. Talvez “tolerância” seja o único termo que ainda expresse o pleno significado do princípio que predominou durante esse período” (Hayek, 2018). É da tolerância que

advém a liberdade de expressão, no sentido de que, as pessoas são livres para se expressar e que ao alguém discordar de outra pessoa o único meio legal que ela tem de mudar sua opinião é tentando convencê-la do contrário, com argumentos, com um debate, sendo proibido a coerção.

2.2. A ORIGEM DO LIBERALISMO

Idade média, período marcado por diversas guerras, como a Guerra dos Cem anos, a Guerra das Rosas e as Cruzadas, todos conflitos em virtude de valores, sejam religiosos ou culturais, ou, em razão da simples conquista de terras, ou, somente com a função de destituir reis e, ou, tiranos, para inverter o poder e tomar o trono, visto que, como veremos mais a frente, era a única maneira de se alcançar algum tipo de mobilidade social.

Os anos, as décadas, os séculos se passam, mas a realidade continua a mesma. No executivo, no governo, as mesmas famílias se perpetuam no poder, todos os governos foram absolutistas, sejam impérios ou monarquias, estes que governavam na base do medo ou com respaldo no apoio da igreja, a mesma causadora de tantas guerras, que, por sua atuação ao longo de tanto tempo, alienou o senso comum da população.

É indiscutível, que para um governo se sustentar ele necessita de legitimidade, legitimidade no raciocínio de Antônio Paim (2018) é a aceitação básica pela maioria do governo e suas ações, e, no momento que esses governos perdem sua legitimidade, não importa qual seja a forma de governo, uma democracia, uma monarquia, um império, ele tende a se tornar um regime autoritário e sem legitimidade esses governos tendem a desmoronar.

Porém, de onde vinha a legitimidade desses governos pré-revolução liberal? E como essa legitimidade foi perdida?

Essa legitimidade residia na influência da igreja e pela sobrevivência no imaginário da população, ao longo dos séculos, de que um rei, era o mensageiro de Deus, portanto, ele era mais sábio que os seus súditos e possuía poderes sobrenaturais, não obstante, até princípios do século XIX, pessoas que sofriam certas doenças

esperavam ser curadas pelo simples toque da mão do rei. Os médicos costumavam ser mais eficazes, mas, por mais incrível que pareça, mesmo assim, permitiam aos seus pacientes experimentar a cura real (MISES, 2019). “Nesses Estados, os reis tinham poderes plenos para exercer funções executivas, legislativas e judiciárias”. (NORONHA in Toffoli, 2018, p. 276)

Ademais, a população se via acudida, com medo de se opor, cientistas como Galileu Galilei, que foi queimado por dizer que a terra não era o centro do universo, opositores eram decapitados ordinariamente, o sistema penal era inquisitivo, não existia ampla defesa, as provas eram obtidas sob o sistema de ordálios, a confissão era prova suprema e incontestável, sendo assim, apesar do medo não ser uma forma de conferir legitimidade a um governo, ao menos a curto e médio prazo, ele confere uma certa estabilidade, mas essa, não dura para sempre.

Somada a essa perda de legitimidade dos governantes absolutistas, têm-se o descontentamento geral da população que vivia em péssimas condições, sem perspectiva de ascensão social e com medo. Além do assustador abismo entre o padrão de vida dos governados e dos governantes, tinha-se a revoltante impossibilidade de Ascensão social, marcada pelo regime de castas e as guildas. Mobilidade social, que, nas palavras de Ludwig von Mises (2019), significa:

“O indivíduo herdava seu status dos pais e o conservava por toda a vida. Transferia-o aos filhos. Cada grupo tinha privilégios e desvantagens. Os de status mais elevado tinham apenas privilégios, os de status inferior, só desvantagens. E não restava ao homem nenhum outro meio de escapar às desvantagens legais impostas por seu status senão a luta política contra as outras classes. Nessas condições, pode-se dizer que havia “um conflito inconciliável de interesses entre senhores de escravos e escravos”, porque o interesse dos escravos era livrar-se da escravidão, da qualidade de escravos. E sua liberdade significava, para os seus proprietários, uma perda. Assim sendo, não há dúvida de que tinha de existir forçosamente um conflito inconciliável de interesses entre os membros das várias classes.”

Semelhante ao sistema de castas, que nas palavras de Milton Friedman: “Noção muito difundida sobre sistema de castas é a de que a profissão ou ocupação de cada pessoa é completamente determinada pela casta em que nasceu.” (FRIEDMAN, 2018, p. 143).

Logo, a subsistência dos regimes absolutistas, anteriores aos regimes representativos e Constitucionais, se deu pelo poder de convencimento do Rei,

auxiliado pela influência da Igreja, mas, com o passar dos anos, somado ao descontentamento causado pela falta de mobilidade social, as péssimas condições de vida dos súditos, a restrição imotivada de suas liberdades fez com que “Essa doutrina da superioridade de um governo paternal e dos poderes sobre-humanos dos reis hereditários extinguiu-se gradativamente” (Mises, 2019). Destituindo a Legitimidade dos governos absolutistas, sendo uma mera questão de tempo para que revoluções vinhessem a tomar conta do globo.

Nesse contexto, do fim da idade das trevas, surgem os filósofos iluministas, exemplificando: David Ricardo, Hume e John Locke, cujos, pensamentos Liberais, trazem novas ideias tanto para a economia, com o surgimento do pensamento em defesa do *laissez-faire* e, para a política, no sentido de surgir um apoio da população na necessidade de se ter maior representação social no governo, esses ideais deram munção a Revolução Francesa, a Revolução da América (Independência dos Estados Unidos da América) e a Revolução Gloriosa (Inglaterra), todas que resultaram em um Estado Liberal de Direito, por meio da formulação de Constituições.

“À medida que se desenvolvia, em fins do século XVIII e em princípios do século XIX, o movimento intelectual que avançou sob o nome de liberalismo enfatizava a liberdade, como objetivo derradeiro, e salientava o indivíduo, como entidade máxima da sociedade. Ele apoiava o *laissez-faire* no mais como meio de reduzir o papel do Estado em assuntos econômicos, ampliando, assim, a função do indivíduo; também defendia o livre-comércio com o exterior, como meio de interligar os países do mundo, de maneira pacífica e democrática. Em questões políticas, promovia o desenvolvimento de governos representativos e de instituições parlamentares, a diminuição dos poderes arbitrários do Estado, e a proteção das liberdades civis dos indivíduos”. (Friedman, 2018, p. 5)

Ou seja, o resultado, nas palavras do ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso (2019):

“O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nesse arranjo institucional se condensam duas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o constitucionalismo, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais. Constitucionalismo é herança liberal”

Todavia, mesmo antes de eclodir as revoluções liberais, pode-se notar a evolução do liberalismo, até durante os governos absolutistas:

“o Estado, em sua primeira versão absolutista, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, abriu mão do poder político, delegando-o ao soberano. Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico – queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia.” (Streck, 2019, p. 49)

Desta forma, a monarquia absolutista nunca foi a burguesia politicamente no poder, essa contradição de monarquias que queriam se manter no poder, e, ao mesmo tempo queriam dar a ideia que eram um governo que dava liberdade aos seus cidadãos, foi o que deu “lenha” as revoluções, inclusive a Revolução Francesa, que será posto em foco, dado que, serviu de estopim as demais.

Na França pré-revolucionária o clero e a nobreza não pagavam qualquer tipo de impostos. Ao decorrer dos anos foi proposto, a supressão desses privilégios, para que, o clero e a nobreza fossem obrigados a pagar impostos, porém, em todas as ocasiões os ministros que propuseram essas mudanças foram forçados à renunciar. Esses ministros, apesar de não terem conseguido acabar com os privilégios, reativaram as forças sociais, que resultou, gradativamente, na abertura do mercado, a abolição do trabalho gratuito dos camponeses, a emancipação dos grêmios corporativos e a emancipação das fazendas reais (STRECK, 2019).

“A combinação das demandas das novas forças sociais-populares com as exigências da burguesia enriquecida pelas atividades comerciais nas cidades forneceu o caldo de cultura para os acontecimentos que viriam. Com efeito, em 1788, o rei, como alternativa viável para superar a crise social e institucional, concordou, em 8 de agosto, na convocação novamente dos Estados-Gerais. Os Estados-Gerais não se reuniam desde 1614” (STRECK, 2019, p. 50)

O Estados-Gerais, atuavam como um conselho consultivo do rei, ou seja, ele somente era chamado em situações excepcionais, onde o rei tinha dificuldades de governar, e, para controlar os ânimos de seus súditos procura a maior quantidade de auxílio possível. Os Estados-Gerais tornam-se Assembleia Constituinte, em tentativa de manter a monarquia absolutista concede diversas demandas dos revolucionários, como a abolição dos privilégios do clero e da nobreza, adoção de artigos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, culminando na instauração de uma monarquia Constitucional.

Nada adiantou, a pressão popular que se organizava em forma de um “terceiro Estado” foi tão impactante que provocou a desagregação dos Estados-Gerais, resultando na derrubada da monarquia e conseqüente proclamação da República, período este que o rei foi executado e deu lugar ao período do Terror, em que, em somente 2 meses, só em Paris, 1.300 pessoas foram guilhotinadas, para então, finalmente ser aprovada a Constituição Republicana. (Paim, 2018)

As Revolução Francesa gerou severas conseqüências, dentre elas: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assegurando que “todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei” e que “a finalidade da sociedade é a felicidade comum – o governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis, os direitos a liberdade, a segurança e a propriedade” (A mesma tríade conquistada na Revolução Americana) – o famoso aforismo “liberté, égalité, fraternité”.

Não obstante, foi instaurado o princípio da Separação de Poderes, obra de Montesquieu, foi dada garantias de liberdades individuais, principalmente do homem em face do Estado, a partir do princípio do liberalismo clássico, da simples abstenção do Estado em não intervir na vida de seus súditos, o que se mostrou posteriormente como insuficiente numa sociedade repleta de desigualdades, por fim, surge o Poder Judiciário, mesmo que limitado a uma tarefa meramente subsuntiva de somente aplicar a lei ao caso concreto, sem adaptações ou flexibilizações (um Judiciário que nesses moldes “terminou” por dar causa ao surgimento do Ativismo Judicial, como será demonstrado posteriormente).

Essa doutrina liberal que “encabeçou” a Revolução Francesa “inspira-se sobretudo em Rousseau e foi denominada por Joel Serrão de democratismo, denominação que vem sendo consagrada na literatura política de língua portuguesa.” (PAIM, 2018) O democratismo como será infra exposto foi uma das doutrinas marcantes na evolução do liberalismo brasileiro.

2.3. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO LIBERALISMO NO BRASIL

Brasil, país “descoberto” tardiamente no século XV com a expedição de Gaspar de Samperes, em que se fazia uma rota até as Índias, por conta do comércio de

especiarias, mas que por acidente chegou a aportar no litoral norte-rio-grandense, e, ao fim de mais algumas expedições exploradoras se deu o marco do “descobrimento” das terras brasileiras, ou, de maneira mais justa, o marco da presença portuguesa em nossas terras, com o marco de touros.

Conclui-se que, assim como quase tudo em nossas terras vem de forma tardia (como será melhor abordado logo em seguida), quanto a forma de governo, não foi diferente, fomos uma colônia de Portugal, e, passo a passo, foi possível alcançar a independência do Brasil, mais tardar, a forma de governo Republicana, isso foi possível graças a propagação da filosofia liberal no senso comum da elite brasileira.

As ideias liberais não são uma novidade, dado que, possuem um longo passado em nosso país, podendo-se constatar que desde o final do século XVIII – mesmo período em que o pensamento liberal exerceu influência na Europa, Inglaterra e América do Norte, conforme supra exposto, a vertente liberal fez parte de nossas tradições intelectuais e políticas. A importância de estudar esse retrospecto histórico da evolução do pensamento liberal brasileiro está em definir de forma sintética o que de fato é o pensamento liberal, para que, não ocorra confusões ideológicas e a filosofia liberal perca sua essência (por seus flertes, não intencionais com doutrinas conservadoras e até esquerdistas) (PAIM, 2018).

Portanto, para fazer esse retrospecto histórico, utilizaremos dos “ciclos” desenvolvidos por Antônio Paim em sua obra “História do Liberalismo brasileiro”, em que a evolução do pensamento liberal foi dividida em 4 ciclos:

“Se desse conjunto destacarmos o liberalismo, tornam-se evidentes alguns ciclos muito nítidos. O primeiro deles, que abrange não só a familiaridade com a doutrina, mas também a sua vitoriosa implementação, desdobra-se deste modo: I) Quando a geração da elite portuguesa herdou a incumbência de dar prosseguimento às reformas pombalinas, conduzindo-as ao plano político, os referenciais de que dispunha não eram de molde a prepará-la adequadamente para o desempenho da tarefa; II) A fixação do caminho que iria desembocar no pleno domínio da doutrina liberal desloca-se de Lisboa para o Rio de Janeiro, sendo três os pontos focais: o Correio Braziliense; Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) e o liberalismo doutrinário; III) O amadurecimento da concepção do arranjo institucional requerido, imposto pela amarga experiência de dramáticas guerras civis, sendo fenômeno dos fins da década de 1830”

[...]

A República Velha corresponde a outro ciclo digno de ser destacado. Nos seus quarenta anos, gestam-se os elementos fundamentais que conduziram ao meio século de predomínio absoluto do autoritarismo, entre 1930 e até aproximadamente 1985.” (PAIM, 2018)

Portanto, temos ciclos que vão desde o século XVII e datam até aproximadamente 1985, porém, em nossa visão, já se forma mais um ciclo, que vai desde o processo de transição entre o regime militar, culminando na formulação de uma Constituição Cidadã, até os dias de hoje, portanto, para as finalidades desse trabalho, será adicionado um quinto ciclo, que data desse processo de transição, até os dias de hoje, no entanto, esse quinto ciclo será apresentado indiretamente em tópico posterior.

2.3.1. O PRIMEIRO CICLO: O MARQUÊS DE POMBAL

“Sebastião de Carvalho e Melo, o marquês de Pombal (1699/1782) fez parte do primeiro ministério organizado por D. José I, que foi coroado rei em 1750, com a morte de D. João V.” (PAIM, 2018) Fascinado com o progresso alcançado pela Inglaterra, em descompasso com a realidade vivida em Portugal, o Marquês busca compreender suas causas. Em síntese, Pombal atribuiu o progresso alcançado à ciência, sendo responsável pelo fim ao monopólio do ensino, criando uma elite portuguesa possuidora de conhecimento científico (criando Faculdades e reformando Universidades).

Já no Brasil, a atuação de Pombal propiciou, também nas terras brasileiras, o conhecimento científico, promoveu a exploração da Amazônia, a fim de catalogar as riquezas, extinguiu as capitanias hereditárias, e, dentre outras medidas, como, a mudança da Capital para o Rio de Janeiro, acabou por resultar na independência do Brasil, em relação a Portugal.

Nesse sentido, a administração Pombaliana é um período caracterizado: (1) pelo severo progresso quanto ao desenvolvimento econômico, a partir da implementação de ideais mercantilistas, as quais possibilitaram a nobreza tropical a acumulação de riquezas e sobretudo, a possibilidade de adquirir educação de maior qualidade - fatores positivos, mesmo que, a influência mercantilista em Pombal tenha gerado a consequência negativa de possibilitar a acumulação de riquezas na mão do Estado, o que trouxe como “sequela” ao longo de toda a história brasileira um Estado muito grande e deveras paternalista - fatores esses que fizeram o Brasil resistir ao

retrocesso medieval- que foi fracassado após a morte de Pombal (PAIM, 2018); e, (2) pelo progresso da liberdade, em forma do ensaio brasileiro em busca de sua liberdade plena, demonstrado pela quebra dos grilhões com Portugal, e, substituição à “escravidão” para com seu líder, no governo que se instaurou, uma monarquia absolutista.

“No aspecto que ora nos interessa - que pontos de referência tiveram presente as primeiras gerações que buscaram familiarizar-nos com o liberalismo – Pombal constitui uma figura central. Tendo nos despertado para a modernidade, legou-nos uma tarefa gigantesca: completá-la com a organização das instituições do sistema representativo. Esta a grande aventura a que se lançaram brasileiros e portugueses desde a Revolução do Porto de 1820.” (Paim, 2018)

A semente liberal fora plantada no Brasil, graças a Pombal, na nobreza (essa será o meio de propagação do liberalismo no Brasil em todo o seu primórdio). Logo, é de se imaginar que da mesma forma que aconteceu, como já exposto, na França, Inglaterra, Estados Unidos da América, a próxima pauta liberal a ser defendida no Brasil, será a maior representatividade do Governo, para com, seus súditos, no caso brasileiro, por meio da conquista da independência e sua consequente separação de Portugal.

2.3.2. O SEGUNDO CICLO:

2.3.2.1. O SEGUNDO CICLO: O CORREIO BRASILIENSE E A INDEPENDÊNCIA BRASILEIRA

No “Segundo Ciclo” do desenvolvimento do pensamento liberal no Brasil se destacam a influência de Hipólito da Costa com as publicações do Correio Brasiliense e do outro lado a influência exercida pelos maçons que aspiravam pelo fim da monarquia.

Assim, em meados do século XVIII, consolida-se na Inglaterra o sistema representativo, surgem os partidos políticos, as primeiras liberdades fundamentais são conquistadas, as liberdades negativas, que se garantem pela simples não intervenção estatal; na França, se desenvolve um liberalismo diferente do

liberalismo inglês, já denominado de liberalismo radical, mas que veio a ser chamado, em português, de democratismo, esta que foi a corrente filosófica adotada pelo Brasil.

Mas como essas ideias chegaram as terras latinas? Por meio dos esforços de Hipólito da Costa, que, durante 15 anos, de junho de 1808 até a proclamação da independência, em 1822, foi editado ordinariamente o Correio Brasiliense, que se trata de um jornal mensalmente publicado, a partir de Londres, com o propósito de familiarizar a elite brasileira com o novo regime que deveria substituir a Monarquia absolutista. (PAIM, 2018)

Em razão da distância entre a matriz de onde o jornal era produzido e o lugar em que suas edições eram distribuídas, o jornal não servia primariamente como um vínculo de divulgação de notícias, para conduzir o dia a dia do cidadão, como normalmente é o papel de um jornal, ele tinha predominantemente a função doutrinária, comentando “todas as obras que pudessem ser do interesse da elite então radicada no Brasil, com a mudança da Corte, mesmo quando editadas em inglês ou francês, dando-se ao trabalho de traduzir e transcrever o que lhe pareci essencial.” (PAIM, 2018)

A intenção do periódico fora oferecer informações aos brasileiros, apontando os caminhos que deveriam ser seguidos, para que, no país os seus súditos conquistassem mais liberdade, isso foi feito por meio de comentários a revoluções liberais ao redor do globo, em tom otimista e incentivador, como foi feito com a Revolução Francesa, a Revolução Gloriosa, a Revolução Portuguesa e por último a Revolução Espanhola, a última, que ficou caracterizada pelo abandono francês das terras espanholas, deixando o país sem governo, o que abriu espaço para a implementação de um regime constitucionalista, isso era tudo o que o Brasil precisava e aconteceu de forma *sui generis*.

No entanto, como já evidenciado por Hayek (2018), o liberalismo atua lentamente, o progresso alcançado por esta filosofia, assim como, mudanças reais e concretas, elas demandam tempo para gerar efeitos, e, por esse motivo é tido ao longo dos anos como enganoso, e, dado isso, ao longo da história perdeu seguidores que foram iludidos por filosofias mais imediatistas, porém, ilusórias, irreais e ineficazes. Sendo assim, o liberalismo demanda paciência, esforço contínuo e persistência.

Nesse contexto, aproveitando-se dessas revoluções e do atual pensamento já implementado ao longo de algumas décadas, o Correio Brasiliense expôs um plano detalhado a ser desenvolvido na atual monarquia:

“compreendia desde a criação de uma Universidade e o aprimoramento do sistema escolar até o estabelecimento da mais ampla liberdade de imprensa. Sua reforma compreendia a organização de Judiciário independente e o abandono da prática odiosa de delegar a justiça ao arbítrio policial. Em matéria de organização econômica propugnava a abolição da escravatura, melhoramentos técnicos na agricultura e fomento de manufaturas.” (PAIM, 2018)

Já no tocante a política, o Correio Brasiliense introduziu a ideia da Legitimidade da monarquia portuguesa, isto é, que o governo deveria ser regido por Cortes. O surgimento das Cortes portuguesas se inserem no contexto em que a família real que governava Portugal estava em terras brasileiras desde 1808, governando o país a distância, o que levou a burguesia portuguesa a se organizar em instituições intituladas de Cortes, que tinham caráter político (com intenção de tomar conta do governo) e se baseavam em princípios liberais.

Com a garantia da liberdade de imprensa, o Correio Braziliense é suspenso, pois, na visão de seu criador Hipólito da Costa, ele haveria atingido seu principal objetivo, ademais, seu último conselho: “seguir o bom senso na elaboração da Carta Constitucional, evitar o impulso de em tudo imiscuir-se, ter presente que as reformas de grande magnitude não se fazem num dia, confiar em que as Constituições se aperfeiçoam ao longo do tempo.” (PAIM, 2018)

2.3.2.2. O SEGUNDO CICLO: A CONSTITUINTE DO PODER MODERADOR

Partindo-se do pressuposto, relevantes Revoluções Constitucionais surgem ao redor do globo, seja: Revolução Francesa, Revolução Gloriosa, Revolução Americana, Revolução Espanhola, dentre outras, esse fato somado à influência advinda do Correio Brasiliense além da Revolução do Porto, e, seu reverberar no Brasil - que leva o Monarca a retornar à Portugal e entregar a chefia do governo a Silvestre Pinheiro Ferreira, em 1821 – são os fatores postos em conjunto que juntamente levam ao processo de independência do Brasil.

A Revolução liberal do Porto segue-se no contexto das formações de Cortes em Portugal, já explicadas acima, elas defendiam a realização de reformas no país, algumas das exigências dos revolucionários liberais era a volta do governante as terras portuguesas, para que Portugal voltasse a ser a sede do domínio do reino, internacionalmente, o fato de Portugal ser governado a partir de uma colônia era vergonhoso.

No entanto, os revolucionários portugueses tinham outras demandas, uma delas fora a restrição dos poderes do monarca, com a elaboração de uma Constituição, fato que veio a influenciar a elite brasileira que não se interessava mais em participar da corte que regia seu domínio, mas de alcançar sua independência, nas palavras de Antônio Paim (2018):

“A partir da Revolução do Porto, entre agosto e setembro de 1820, tanto o Brasil quanto Portugal experimentam dois decênios de extrema turbulência. Guerras civis prolongadas – em nosso caso, agravadas pelo separatismo – instabilidade política, acefalia do Poder Monárquico, por conta da abdicação de Dom Pedro I no Brasil e da usurpação do trono por Dom Miguel (1802-1866) em Portugal. O quadro viu-se extremamente complicado”

O resultado foi, a família real portuguesa volta para Portugal, deixando como Monarca da Colônia, o príncipe-regente Dom Pedro II, menor de idade. Inicialmente as elites que articulavam os acontecimentos políticos brasileiros não desejavam a separação de seu país de Portugal, contudo, após diversas decisões da Corte portuguesa em desfavor dos interesses da elite brasileira, agravando com o pedido para que o Príncipe regente voltasse a Portugal, o movimento pela independência ganha força, culminando com a declaração da independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, juntamente com a formação de uma Assembleia Constituinte.

Tal período foi muito importante para a vertente liberal do espectro político-social, haja vista que, no entender do próprio governante provisório do Brasil entre os anos de 1821 e 1823, via-se o Direito Constitucional como sinônimo de Liberalismo. (PAIM, 2018)

Portanto, a pauta liberal agora tangia em torno do poder moderador. Em 1823 o lado absolutista da Monarquia se aperta, levando Silvestre à afastar-se do governo, no entanto, mantendo sob sua responsabilidade, mesmo que, não oficial, a missão pessoal de promover a transição da Monarquia absoluta brasileira, para o que, mesmo

não sendo a intenção inicial – mas foi o possível no devido tempo – uma monarquia Constitucional.

Então, tentando não nos alongarmos demais, o projeto de uma Constituição começou a ser articulado, a proposta, originalmente, apresentava a existência de 3 poderes: o Executivo, o Legislativo e Judiciário, como de praxe, em qualquer Estado de Direito Democrático, mas

“No período de organização constitucional, mostram-se irreconciliáveis três facções extremadas: liberais radicais, que iriam evoluir para o franco separatismo provincial; autoritários, que acabariam preferindo a monarquia absoluta; e os conciliadores, desejosos de encontrar as fórmulas que permitissem a estruturação de Monarquia constitucional.” (PAIM, 2018)

O lado vencedor foi o dos conciliadores, logo, o resultado, com o intuito de apaziguar essas facções inconciliáveis e conseguir apoio de Dom Pedro II, foi a inclusão do Poder Moderador nesse projeto, como fiscalizador e detentor de poder sobre os demais poderes.

Nos anos trinta (1830), fica no governo o Príncipe Regente, que não tem idade para governar, nesse limiar, Parlamento consegue passar várias pautas liberais, que foram aos poucos garantindo cada vez mais liberdades aos súditos da Monarquia, culminando no Ato Adicional de 1834, segue-se alguns exemplos:

“Sessão de 16 de Junho de 1831 - Que a Justiça seja eletivo, abolindo-se as penas. Os fins da Justiça serão: conciliação dos desavindos, satisfação da obrigação, reparação do dano, correção ou repressão do malfeitor e segurança dos ofendidos.
Sessão de 27 de maio de 1831 – Que o governo do Brasil seja federal e uma lei marque as circunstâncias da federação.
Sessão de 3 de junho de 1831 – Que a religião seja negócio de consciência, e não estatuto de lei do Estado.
12 de outubro de 1831 – Cada Província nomeará uma Assembleia, que fará sua própria Constituição.
Sessão de 16 de junho de 1831 – Que o Governo do Brasil seja ora vitalício na pessoa do Imperador Pedro II, depois temporário na pessoa de um Presidente das Províncias Confederadas do Brasil.
Sessão de 27 de junho de 1835 – Transferência dos impostos para as províncias, dividindo-se entre elas as cotas que cobrissem as despesas gerais da Nação.”

Aos poucos, as liberdades foram sendo conquistadas, a liberdade de imprensa já fora conquistada em 1822 com a declaração da independência, e, com os dispositivos da Assembleia expostos assim nota-se a conquista da liberdade de

crença, a adoção do sistema federativo (dando autonomia legislativa e econômica aos entes da federação) e por fim com o ato adicional em seu artigo 26, o flerte da então monarquia absolutista, com uma forma de governo representativa:

“Art. 26. Se o imperador não tiver parente algum que reúna as qualidades exigidas no Art. 122 da Constituição, será o Império governado durante a sua minoridade por um regente eletivo e temporário, cujo cargo durará quatro anos, renovando-se para esse fim a eleição de quatro em quatro anos.”

Então, após de outorgar a Constituição de 1824, a qual estabeleceu a eleição indireta para o Regente que governaria o País. Em 1835 o partido progressista é fundado, que virá a se tornar o Partido Liberal. Durante a década de 40 e 50 a pauta relacionada ao poder moderador se vê pacificada na vitória momentânea dos conservadores.

As correntes filosófico-políticas eram diversas, mas todas giravam em torno de um fator, o Poder Moderador, nesse sentido, existiam radicais e moderados. Como sempre, há radicais de dois lados, na monarquia não foi diferente, por parte dos liberais radicais se via a corrente do democratismo que propunha o fracionamento do país – entre 1831 à 1845 - (diversas revoluções, guerras civis e revoltas separatistas, como a Sabinada, Confederação Pernambucana, Revolta Farroupilha, Guerra civil no Pará, na Bahia, no Maranhão, etc), já do outro lado haviam os radicais que lutavam pela perpetuação do absolutismo.

Já, distanciando-se dos extremos, se dividia em moderados e conservadores, como já visto, os moderados saíram vencedores. Os Liberais defendiam a pauta do Referendo dos atos do Poder Moderador pelos seus ministros e a instituição da forma de governo federativa, enquanto os conservadores defendiam a manutenção do Poder do jeito que estava.

Por fim, existe a corrente militar, respaldada na doutrina do autoritarismo doutrinário, que, é apoiadora do positivismo jurídico, do liberalismo econômico, sendo a principal corrente a do castilhismo. Esse foi um grupo silencioso durante o Brasil Império, mas que mostrara-se muito importante para realizar a transição que levou a proclamação da República e boa parte de seu governo, além de ser um grande expoente na defesa da codificação do direito, no sentido em defender o *Statute Law* em detrimento do *natural law*, uma pauta extremamente liberal, quanto a luta pela

maior segurança jurídica, no sentido supra exposto, de dar previsibilidade aos indivíduos, para que esses possam planejar suas vidas quando já sabem as consequências dos seus atos.

Seguindo nesse retrospecto, os liberais, “perdem o foco”, esquecem o ponto principal por qual lutavam, um governo representativo, passando inclusive, a serem confundidos com os conservadores, o total oposto do que defendiam, um ditado popular na época inclusive fora: “não há nada mais parecido com um conservador do que um liberal no poder”.

O resultado se deu numa continuação da perpetuação absolutista no poder, porém, com claros sinais de vitória liberal, tanto no imaginário civil, quanto no parlamento, conseguindo grandes vitórias eleitorais. Mas, foi com a crise governamental, no ano de 1868, quando, em tentativa do poder Absoluto de mostrar sua força, afasta os liberais do poder, garantindo uma maioria conservadora no governo.

Seguindo essa crise, com a chegada da Guerra do Paraguai, nos anos 70, a chama liberal reacende, volta-se a retomada liberal no Parlamento e nos comícios públicos, lutando pela abolição da escravatura (Luís Gama), a retomada da pauta que tinha a intenção de por fim ao Poder moderador (ou, ao menos tornar seus atos referendáveis) e deveras outras ideias liberais, por meio da prerrogativa do Manifesto Republicano.

A pressão política continua, há um descontentamento geral, os liberais se vem insatisfeitos com o reinado de Dom Pedro II, os militares no mesmo sentido pedem mais participação no governo e passam a simpatizar com ideias Positivistas, portanto, liberais e militares (representando maior parte da população) veem seus interesses cada vez mais convergindo, pelo fim da monarquia e pela implementação do liberalismo econômico, levando a proclamação da República em 1889, pelos militares.

2.3.3. O TERCEIRO CICLO: LIBERALISMO NA REPÚBLICA VELHA

Faz-se necessário listar as conquistas obtidas com a Constituição de 1891, para entender a influência do pensamento liberal nela e na evolução das liberdades do brasileiro: (i) eliminação da nobreza, (ii) separação da Igreja e do Estado, (iii) liberdade

de crença – as pessoas estavam proibidas de serem perseguidas por motivos religiosos - , (iv) liberdade públicas são mantidas, (v) surge o Habeas-Corpus de forma embrionária que viria com os anos a ter sua aplicação estendida, (vi) forma de governo Presidencialista – pondo fim a crise representativa e o regime monárquico - , (vii) forma de organização Federalista onde as províncias passam a ser Estados com um conjunto de poderes que por falta de organização acabaram por ser recolhidos pela União.

Logo, percebe-se essa influência no conjunto de liberdades que os cidadãos foram ganhando, as diversas liberdades individuais e públicas, a extinção da nobreza que ensejava na desigualdade sem motivo coerente, o surgimento do habeas corpus como ferramenta que inicialmente foi criada para garantir o direito de locomoção e evoluiu, já na República Velha – por influência de políticos liberais como Rui Barbosa – a ser uma ferramenta de garantia das liberdades em geral.

Contanto, apesar de conquistar no papel a forma de organização governamental Federalista, que concederia maior autonomia aos Estados e Municípios, gerando uma descentralização do governo – exatamente o que um liberal deseja, pois, quanto mais descentralizado um governo é melhor e mais facilmente ele é administrado - , contudo, isso foi feito sem planejamento, os Estados não sabiam como utilizar dos novos poderes obtidos, o que levou, em poucos anos a esses poderes voltarem a se concentrar nas mãos da União.

Nesse ínterim as correntes de opinião durante a República velha foram:

“No governo constituído após a proclamação da República participavam pelo menos três correntes de opinião: os liberais, os positivistas e os militares sem maior formação doutrinária, mas em cujo seio apareceram grupos exaltados, por isto mesmo denominados de jacobinos. Os liberais eram liderados por Rui Barbosa. O chefe do governo, marechal Deodoro, conceituado militar, achava-se distanciado de todo radicalismo, mas não tinha qualquer compromisso com um projeto democrático e nem se pode dizer que existisse tal, em seu delineamento global, salvo no que respeita à necessidade de restringir-se o período de exceção, dotando o país de nova Constituição.” (PAIM, 2018)

Destarte, o liberalismo passa a ser a doutrina política oficial, mas na realidade, o regime é predominantemente autoritário, sem nenhum compromisso com a representatividade. Mas no âmago da sociedade a chama liberal continua acesa.

Como vimos o País acabara de se tornar uma Federação, ou seja, os Estados tinham adquiridos vários poderes, gerando revoltas e movimentos separatistas o que levou a constante necessidade de declaração de estados de sítio e intervenção em Estados que eram politicamente fracos (fora do eixo que conseguia manter uma economia saudável – São Paulo e Minas Gerais -).

Como se pode retirar do que foi exposto acima, durante o período que compreende a república velha, dos anos 1891 e 1930, existiam 3 grupos políticos importantes, os liberais, os positivistas e os militares. Com a conquista em 1891 da declaração da República e conseqüentemente conquista de eleições diretas em nosso País, a bandeira liberal em luta para a representatividade é posta de lado, o que leva ao grupo que estava em poder, os militares (pois, eles que proclamaram a República) a ganhar espaço e cada vez almejar mais poder, esse caminho foi aberto em virtude do abandono liberal da pauta representativa e passarem a concentrarem seus esforços quanto a questões sociais e questões institucionais.

Durante a República velha várias foram as conquistas liberais: Habeas-Corpus passa a ser um mecanismo de defesa das liberdades – teve papel importante em meio ao crescimento autoritário que culminou na Revolução de 30 -, o sistema de governo de fato passa a ser representativo com a conquista de eleições periódicas – mesmo que de forma fraudulenta e com a política do café com leite -, a adesão do Brasil na Organização Internacional do Trabalho, reforma constitucional de 1926, dentre outras conquistas.

Nesse período o liberalismo perde força – mas se mantém ativo politicamente por meio dos movimentos civilistas organizados por Rui Barbosa -, ganha espaço o conservadorismo, os militares na figura do movimento tenentista e o socialismo. Portanto o debate político agora girava em torno da luta liberal em contraposto à prática autoritária.

Porém, dentro do campo político os liberais se limitaram a atuar nas questões sociais e institucionais, como já foi exposto acima, sempre buscando ao lado dos civis fazer contraponto as tentativas de cerceamento de liberdade advindas das práticas governamentais autoritárias, ou seja, a luta do liberal nessas décadas foram em prevenir as práticas corruptas, tornar as instituições mais eficientes e garantir os direitos humanos e legitimar o poder do civil.

Passou-se a discussão severas reformas: Constitucional, Eleitoral, Trabalhista e modernização das Forças Armadas, mas que nessa reforma não pudesse ser colocado em discussão as conquistas já apresentadas no início desse tópico, não será muito mais alongada a discussão quanto a esse tópico, mas para que se veja o abandono da pauta quanto a representatividade, seguem algumas das pautas que ensejavam discussão liberal na política:

“Rui Barbosa apresenta e justifica pormenorizadamente os tópicos que deveriam ser objeto da revisão. Em sua maioria dizem respeito à organização e funcionamento do Poder Judiciário, com o propósito de assegurar-lhe autonomia. [...] “o princípio da unidade que a constituição impõe ao código civil, criminal e mercantil do país colide com a multiplicidade que estabeleceu para as leis do processo e a organização da justiça”. Cumpre, a seu ver, seguir a trilha do “movimento de unificação jurídica (que) dia a dia se acentua”. Entende, ainda, que “entregue ao arbítrio dos poderes locais, a magistratura baixou, moral e profissionalmente, de nível”. A Constituição, portanto, deveria ser reformada: 1º) para que se unifique o direito de legislar sobre o processo e 2º) para que se unifique a magistratura. [...] a vitaliciedade, a insustentabilidade administrativa e a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados” (PAIM, 2018)

Ou seja, a preocupação do liberalismo político era com a efetividade do Estado, da boa gerência dos gastos públicos, assim como tornar o sistema eleitoral menos corrupto, em suma, que o Estado fosse mais eficiente. É nessa lacuna que as forças militares ganham força, nas palavras de Rui Barbosa (1999, p. 399, Apud PAIM, 2018):

“Tirai daí as forças armadas, a que a sua condição de consagradas às armas veda, por incompatibilidade substancial, a ingerência coletiva na política militante; e as demais são as que, sobre todas, havia de tocar especialmente a política da nação. No Brasil, porém, sempre se entendeu o contrário; e daí a desgraça do Brasil”

Logo, em consequência da falta de discussão quanto a uma reforma partidária, e a crescente ascensão dos militares que se aproveitaram e se empossaram da bandeira política quanto as questões sociais (era comum o entendimento que o liberal não dispunha de instrumentos capazes de satisfazer a questão social), portanto, nas eleições de 1929 foi eleito Júlio Prestes, ganhando do candidato da Aliança Liberal (nome contraditório, tendo em vista os acontecimentos narrados a seguir) Getúlio Vargas, no entanto, logo em seguida João Pessoa é assassinado (vice de Vargas), isso somado as alegações de fraude eleitoral, dão início ao movimento que leva ao

golpe militar liderado por Vargas, instituindo o Estado Novo, também conhecido como a era Vargas (1930-1945).

2.3.4. O QUARTO CICLO: OS RECESSOS DEMOCRÁTICOS

A preocupação com a defesa da liberdade e a representatividade dos governos tendeu a decair historicamente, o que nos levou a períodos de governos representativos e recessos democráticos, com a decretação do Estado Novo, e, posteriormente com a ditadura militar de 1964, todos em nome de uma proteção dos militares em virtude de uma suposta ameaça comunista, este, que ainda continua sendo um argumento utilizado nos dias de hoje, mas nada justifica a supressão da liberdade, e, ela é inevitável, como se vê nas palavras do Ex-Presidente da República José Sarney:

“Os autoritarismos matam tudo, mas não matam a liberdade, porque esta não morre, As ditaduras, por uma boa lei inexorável, trazem em seu seio o gérmen da própria destruição. Elas não são eternas. A resistência logo surge, a curto, médio ou longo prazo, e ainda que com um custo alto de sofrimentos, sairá vitoriosa. Voltam os direitos, volta a liberdade. Instala-se o chamado processo de transição, que é sempre um período difícil, instável, de exigências irracionais, de miastenia nas instituições que se criam novamente.” (SARNEY in TOFFOLI, 2018, p. 30)

2.3.4.1. O QUARTO CICLO: A ERA VARGAS (1940-1945)

O período que compreende o “Quarto Ciclo” data desde a instituição do Estado Novo, com a ditadura de Getúlio Vargas (1930) e vai até 1985. Durante a ditadura Militar de 64, neste tempo foi promulgada uma Constituição e outorgada outras duas, a Constituição Polaca e a Constituição do regime militar, alguns inclusive consideram a emenda de 1969 uma completa nova Constituição.

Durante o período correspondente ao Estado Novo os políticos liberais foram cassados e exilados, nesse tempo, assim como no período do governo militar de 1964-1985, o Brasil ficou isolado do resto do mundo e conseqüentemente da evolução do liberalismo, porém, em 1943 com o manifesto dos mineiros começa-se a apresentar o enfraquecimento do regime e somada a oposição advinda das elites ocorre “a queda

do Estado Novo, em 1945, voltam os homens que haviam sido afastados da vida política pelo golpe de 37. Revelam ignorar solenemente as transformações ocorridas com o liberalismo, graças sobretudo ao keynesianismo.” (PAIM, 2018)

Retoma-se a liberdade em 1945, no período conhecido como Interregno Democrático, que dura até 1964, nesse tempo os liberais permanecem alheios a evolução da corrente no restante do mundo. Durante esse tempo é reestruturado o sistema eleitoral, no entanto, ainda com a carência da falta de representação, que foi a mesma causa do regime militar anterior, e continua sendo um problema até hoje – que vem sendo corrigido por um movimento popular e espontâneo que demanda maior cobrança de nossos representantes eleitos, a ascensão de novos ideais de política, a exemplo dos políticos do partido Novo -.

Nesse lapso temporal indubitavelmente autoritário, marcado por sucessivos estados de sítio, repressão à liberdade de imprensa, violação das imunidades parlamentares, violação da tripartição de poderes, exílio de opositores, dentre outras medidas repressivas, “os liberais são sucessivamente acuados e virtualmente destroçados. Perdem-se os vínculos com os centros de elaboração do pensamento liberal no exterior.” (PAIM, 2018)

2.3.4.2 O QUARTO CICLO: O INTERREGNO DEMOCRÁTICO (1945-1964) E OS PRIMÓRDIOS DA DITADURA MILITAR

“Num primeiro momento, pareceu-lhes que bastaria dispor de uma Constituição para fixar os balizamentos a partir dos quais se desenvolveria a luta política. Acontece que os militares no poder não revelaram maior preocupação em respeitar a Carta. Mais uma vez na história do país tentar-se-á decidir pelas armas a disputa política.” (PAIM, 2018)

A Constituição de 1946 manteve os mesmos problemas que se tinham em relação a organização partidária, o que levou ao longo desses anos a fragmentação partidária, ou seja, a existência de muitos partidos que serviam somente de legendas para angariar votos (sistema proporcional, em quem o eleitor não sabe quem está elegendo, logo não sabe quem deve cobrar e o político não sabe a quem deve prestar), falhando mais uma vez com a representatividade (não reconhecendo a crise do sistema representativo, em virtude do sistema proporcional de eleições, como

motivo predominante da corrupção, da perpetuação de oligarquia e das crises políticas), além disso, durante esse período o Partido Comunista ainda não existia legalmente, mas chegou a popularizar-se.

Três partidos foram consolidados durante o interregno, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), o Partido Social Democrático (PSD) e a União Democrática Nacional (UDN). A UDN fora o partido de oposição que deveria ser representante da sociedade civil, mas, por “debaixo dos panos” tinha uma ala militar, então nas eleições de 1964 o candidato da UDN Jânio Quadros (representante da oposição ao militarismo) sai vitorioso, porém, renuncia e fica João Goulart à espera para tomar posse, porém, “O país esteve à beira da guerra civil”, visto que, Goulart era considerado herdeiro político de Vargas, representante da ala militar.

Esses fatores levaram a população a crer que Goulart iria reintroduzir uma ditadura aos moldes da de Vargas, no entanto, com uma roupagem esquerdista, a partir daqui surge a “ameaça comunista” que justifica o golpe militar de 64, a auto titulada revolução gloriosa, e, agora, novamente desconexo do resto do mundo, pelo fim da liberdade de imprensa e isolamento social em relação as evoluções filosóficas internacionais “Mais uma vez o liberalismo seria dado como morto e desta vez tudo se fez no sentido de confirmar a profecia.” (Paim, 2018)

Nesse sentido, na década de 1970 o país vem demonstrando um lampejo do renascimento liberal, porém, restrito ao meio universitário, é nesse mesmo período que o pensamento liberal é retomado nos Estados Unidos e na Europa, como uma corrente que traria a retomada no progresso na economia após as grandes guerras, no entanto, enquanto o liberalismo se desenvolvia e evoluía no resto do mundo, o Brasil estava isolado internacionalmente, por conta do regime militar, não podendo acompanhar essa evolução.

Enquanto no resto do mundo o neoliberalismo voltava a pauta, no mesmo momento em que ao redor do globo se passava por uma recessão econômica, e, democrática, nesse cenário o liberalismo passa gradualmente a ganhar espaço, como a solução para retomar o crescimento econômico e resolver a crise representativa, essa adoção de políticas neoliberais, na América Latina, tem relação com o endividamento dos países latinos nos anos de 60 e 70 (FÜRST, 2018)

Contudo, a retomada liberal brasileira não se deu ao mesmo passo em que ocorreu no resto do mundo (Américas, Europa), dado ao isolamento político-ideológico resultante do regime militar, que retardou a expansão dessas ideias até meados de 1985, quando se fundou o PFL (Partido da Frente Liberal), antes da existência do Partido as ideias liberais se restringiam no meio acadêmico, informalmente.

Com a influência das ideias liberais, após 1985 começa a transição do regime autoritário, que culmina com a promulgação da Constituição de 1988, esse processo que será melhor explorado no tópico seguinte.

Em um Retrospecto, fica claro que desde a época do Marquês de Pombal, os ideais liberais foram o nosso guia, nossa luz, para cada vez mais, garantir a nosso povo mais liberdade, seja na liberdade de crença, de opinião, afetiva, política, ou, por uma atuação negativa do Estado, ou, por meio de uma atuação fiscalizatória, e, até mesmo posteriormente com uma atuação positiva por meio do ativismo Judicial e de ações afirmativas. O liberalismo esteve e está presente em tudo, como nossa bússola pela liberdade, mesmo que, tenhamos passado por recessos democráticos com nossas crises representativas, nossa bússola pôde até tardar em certos momentos, como na ditadura de 64, demorando 20 anos, mas ela não falha, em nos levar ao caminho da liberdade e da garantia dos direitos fundamentais.

3. A LEGITIMAÇÃO DO STF: DAS CONSTITUIÇÕES GARANTIDORAS, DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esse bloco tem a finalidade de introduzir conceitos importantes para melhor entender o ativismo judicial, os direitos fundamentais em primeiro lugar, pois, são eles o objeto que provocam uma atuação ativista e, em segundo lugar será apresentada a formulação da Carta política de 5 de outubro, com a finalidade de demonstrar a razão de termos uma constituição tão garantista, e, os meios que ela nos dispôs para garantir nossos direitos fundamentais.

3.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo entendimento de Rosa Weber (2018 in Toffoli), de Edson Fachin (2018 in Toffoli), assim como, é entendimento não conflitante na doutrina Constitucionalista, não há motivo para se fazer uma distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, a diferença entre os dois está no fator de que os Direitos Humanos são direitos internacionais que vem a se tornar direitos fundamentais quando são positivados no arcabouço legal de cada país.

“Direitos humanos são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública, fundados na dignidade humana, que visam à proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da justiça [...] são normalmente incorporados aos ordenamentos jurídicos domésticos, sendo rebatizados como direitos fundamentais. Significam a positivação pelo Estado dos direitos morais de cada indivíduo. Uma reserva mínima de justiça a ser assegurada a todas as pessoas.” (Barroso in Toffoli, 2018, P. 559)

Conclui-se que, correspondem a um rol de direitos que são considerados indispensáveis para uma vida digna, são eles os direitos conquistados desde a Revolução Francesa, os direitos de 1ª e 2ª geração, aqueles que demandam uma postura negativa e fiscalizatória do Estado para garantir as liberdades do indivíduo, vindo, atualmente, a incluir os direitos de 3ª geração, aqueles que demandam uma atuação ativa do governo (por meio de ações afirmativas e ativismo judicial).

Portanto, são um conjunto de direitos positivados, que não constituem um rol taxativo, haja vista que, todos os direitos humanos que são positivados em um ordenamento jurídico passam a ser direitos fundamentais, logo, todos os direitos advindos de tratados humanos que foram ratificados pelo Brasil, passam a ser direitos fundamentais e passam a ensejar a mesma proteção que é conferida a eles.

A função dos direitos fundamentais é garantir, que dentro de uma democracia, ou seja, o governo em que uma maioria dita as regras, as minorias não sejam “sufocadas”, de uma maneira em que elas tenham um conjunto de direitos que não podem ser violados, com algumas poucas exceções (como, o conflito entre direitos fundamentais), tanto que, são cláusulas pétreas.

Nesse raciocínio, de acordo com os precedentes jurisprudenciais, existem os seguintes limites as restrições dos direitos fundamentais: i) o princípio da legalidade, no sentido de que os direitos fundamentais são matérias reservadas à lei, além do fato

de que são cláusulas pétreas, portanto não podem vir a sofrer diminuição ou revogação em virtude de uma alteração legislativa; (ii) Proteção Jurisdicional, pois, ao se identificar alguma ameaça à um direito fundamental de um particular, este pode recorrer à justiça para ter seu direito salvaguardado, inclusive, é uma dentre as funções principais do Supremo Tribunal Federal, o guardião da constituição e protetor dos direitos fundamentais; (iii) Proporcionalidade, é essa a única hipótese em que um direito fundamental pode ser relativizado, quando, no caso concreto houver a discussão de um direito fundamental em face do outro, e, nesse conflito o magistrado deve utilizar da técnica da ponderação para alcançar uma solução Justa; (iv) Proibição de restrições casuísticas, o entendimento fixado jurisprudencialmente em matéria de direitos fundamentais viram vinculantes, quando se tratar de decisão da corte suprema, garantindo maior segurança jurídica.

Os direitos fundamentais são direitos predominantemente liberais, como visto acima, a conquista desses direitos data da revolução francesa, e, são um conjunto de direitos que pretendem salvaguardar a todos os cidadãos, em suas liberdades, mas, principalmente, esses direitos tem uma função contra majoritária, eles são um rol de direitos essenciais para garantir as liberdades dos indivíduos em uma democracia, mesmo que, esses indivíduos sejam derrotados ideologicamente nas recorrentes alternâncias de poderes característica de uma democracia.

São alguns exemplos de direitos fundamentais, de acordo com os Arts. 5, 6, 14 e 17 da CF/88: segurança, vida, igualdade, dignidade, honra, liberdade, propriedade, educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, além dos direitos relativos a nacionalidade, a liberdade política e os demais direitos conquistados mediante a ratificação de tratados internacionais.

3.2. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Historicamente pode-se relatar que para se chegar a uma democracia os países não tendem a seguir uma fórmula, alguns experimentam a monarquia, outros o parlamentarismo e infelizmente alguns passam por governanças tirânicas, mas todos

tendem, teoricamente, a evoluir e chegar a um governo democrático. É comum que durante a transição à democracia e em seu período democrático jovem, suas nações sejam guiadas por cartas magnas “garantidoras” estas que são características por promover maior segurança aos cidadãos em meio ao possível abuso das autoridades de um poder ou outro.

As Constituições garantidoras são conhecidas por supervalorizar a proteção aos direitos e garantias fundamentais, com a intenção de proteger os seus cidadãos de abusos arbitrários, construindo e fazendo o uso de ferramentas que impedem a tomada arbitrária e sem regulações de decisões por um único poder. Essa supervalorização não é negativa, ela representa somente o que difere esse tipo de carta Constitucional das demais.

Uma das ferramentas utilizadas por esse tipo de Carta deriva do princípio da Tripartição de poderes este princípio que por si só já é de grande utilidade para evitar abusos e preponderância de um poder sobre o outro, para impedir a tirania de um poder sob os demais, visto que, ao incorporá-lo na Carta magna de um país determina-se que os 3 poderes sejam independentes e autônomos entre si. Porém, diferentemente do que o princípio originalmente defende, esses poderes, na Carta de Outubro, podem ultrapassar suas funções se tiverem um tipo específico de motivação, a garantia dos direitos fundamentais. Ademais, um poder pode ir além das suas competências para contra-atacar a corrupção do seu próximo.

Assim como no passado, sempre foi comum nas Constituições brasileiras a existência de um poder sobre os demais que detinha a função de fiscalizá-los, sendo batizado de poder moderador, e, em alguns casos de poder conservador, essa função que costumava, em tempos não tão remotos ser atribuída ao imperador, com o advento das constituições republicanas, foi passada as Cortes Supremas, em nosso caso, o Supremo Tribunal Federal.

3.2.1. PROCESSO DE FORMULAÇÃO DA CARTA DE OUTUBRO

Mais uma vez, experimentamos um período longo de cessamento de nossa liberdade em prol de uma defesa nacional justificada por uma eminente ameaça

socialista, foi então, que em 1964, nossa democracia foi novamente ameaçada, com o regime militar, autointitulado de revolução redentora, ou, revolução vitoriosa, que tinha a prerrogativa de conceder o domínio do governo aos militares até que a ameaça socialista não configura-se mais uma ameaça, e, após isso os militares deveriam entregar o governo de volta as mãos dos seus legítimos, a população, isso que não veio de fato a acontecer.

“A ditadura militar brasileira, pelos seus 17 Atos Institucionais editados sem qualquer legitimidade e regulamentados por 104 atos complementares, desmantelou os Poderes e órgãos do Estado. Suspendeu a democracia e criou um Estado de exceção, enterrando o Estado de direito e as instituições democráticas. [...] A ditadura foi enrijecendo ano após ano e, no período entre 1968 a 1978, o Brasil viveu os piores momentos da repressão.” (SILVA in Toffoli, 2018, p. 352)

As liberdades dos cidadãos foram altamente restritas, não existia mais habeas corpus, as eleições passaram a ser indiretas, a composição do STF foi totalmente abalada, 6 ministros saíram do cargo e o número de ministros na composição passaram de 11 para 16, garantindo maioria de ministros indicados pelo regime militar (Além do fato de que nesse período exerceram função, quase em sua totalidade meramente de último grau de jurisdição), naquela “altura o país tinha três Poderes: Poder Executivo, Poder Executivo e Poder Executivo” (SILVA in Toffoli, 2018, p. 355).

Durante o regime militar existia um falso senso de liberdade política, mascarado pela existência de dois partidos, um partido do governo o ARENA e o partido de oposição a UDN, porém, todos os presidentes prévios à atenuação do regime foram membros da ARENA, somado a realidade vivida nos estados administrados por Governadores Biônicos, no entanto, com o aprofundamento da crise econômica internacional no fim da década de 70, foi-se favorecendo a abertura política em virtude do descontentamento civil e a crise econômica mundial que também assolou as terras brasileiras.

Como já foi abordado anteriormente, para um governo se manter, seus governantes tem de deter legitimidade para estarem na posição em que estão, e, caso essa legitimidade não esteja presente, assim como no passado, que culminou na expulsão dos nossos monarcas e a declaração da República, o período marcado pela transição entre a ditadura militar e a promulgação da Carta Política de 88 não seria diferente.

Em meados de 1980 a pressão popular passa a aumentar, período marcado pelo movimento das “Diretas Já” que consistia em um movimento popular para se realizar eleições diretas para a Presidência da República, algo que não acontecia a mais de 20 anos, isso não veio a acontecer, mas a insatisfação popular levou a eleição de um presidente civil, mesmo que de forma indireta, Tancredo Neves, que deu sua vida pelo Brasil (Sarney in Toffoli, 2018), e, deu início ao movimento de formulação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

O processo da Constituinte seguiu o grito popular: “Constituinte sem povo não cria nada de novo.” É comum os doutrinadores atestarem que com o processo da Constituinte de 88 surgiu um novo modo de se fazer política, devido à grande participação popular que se teve em sua formação, que ficou mais evidente na elaboração do anteprojeto da constituinte que foi liderado pelo respeitadíssimo doutrinador constitucionalista José Afonso da Silva.

O anteprojeto se tratava de um “protótipo” da Constituição que seria feito por pessoas de alto conhecimento jurídico, por isso também foi chamado de Comissão dos Notáveis, os trabalhos dessa comissão começaram em 1985 e foram finalizados no ano seguinte, no entanto, o anteprojeto não foi encaminhado ao Congresso Constituinte, mas mesmo assim foi publicado no Diário Oficial, o que levou ao processo de formulação da Constituição de 88 a se basear no anteprojeto de 86.

Antes de se instalar o início oficial da formulação da Assembleia Constituinte, existia o debate quanto a como seriam selecionadas as pessoas que formulariam a Constituição, foram 2 pontos de vista: (1) uma Assembleia Constituinte exclusiva, de cidadãos eleitos unicamente para esse propósito que seria dissolvida após a promulgação da Constituição e (2) a Tese do Congresso Constituinte na qual se defendia que os Deputados e Senadores que fossem eleitos nessa eleição direta seriam os mesmos que elaborariam a Carta Magna, continuando seus mandatos após a promulgação da mesma. A segunda Tese foi a que prevaleceu.

A constituição de 88 é chamada de Constituição Cidadã pelo altíssimo grau de participação popular, com grande respeito às diferenças e garantia das liberdades, que girou em torno de sua formulação:

“Foi aberta também a possibilidade de recebimento de sugestões em geral, de pessoas ou organizações e de Câmaras de Vereadores, Assembleias

Legislativas e Tribunais. Na perspectiva das contribuições de pessoas e organizações a Comissão de Constituição e Justiça do Senado distribuiu cinco milhões de formulários, a serem preenchidos com sugestões e entregues às agências do correio para encaminhamento ao congresso, com o que recebeu 72.719 respostas.” (Ferreira in Toffoli, 2018, p. 118)

A intenção de Ulysses Guimarães (presidente do Congresso Constituinte) com a permissão de tamanha participação popular foi justamente para reestabelecer a legitimidade de nossa Carta Política, dado que, o poder emana do povo, e, para reestabelecer a confiança popular no governo, assim como, oferecer todas as garantias necessárias aos cidadãos.

3.2.2. A CONSTITUIÇÃO DE 88 E O STF

Em sua promulgação em 1988, pós regime militar, seguindo o raciocínio exposto, a mesma segue a lógica das constituições que demarcam a redemocratização de um país. É uma constituição (i) analítica, ou seja, ela trata de muitos assuntos, tentando não deixar nada de fora, o que acaba por tratar de muitas matérias que não tem natureza Constitucional e (ii) supostamente rígida, ou seja, o rito para se alterar as matérias de natureza Constitucional é bem mais complicado, no entanto nossa constituição historicamente, nos últimos 30 anos se mostrou facilmente emendada (Temer in Toffoli, 2018), somado à possibilidade de sua modificação mediante interpretação da Corte Constitucional.

Além dessas características elencadas, em consequência, a insegurança jurídica e a falta de confiança nos outros poderes é encontrada uma solução inusitada, a Constituição de 88, juntamente com suas emendas, reconhece a necessidade de defender os direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos, e para isso atribui inéditas funções ao STF, que, no regime anterior estaria exercendo somente o papel de tribunal de última instância.

Atualmente o STF além de guardião da Constituição, também exerce função de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário, foro especializado, tribunal de última instância, atividade legislativa (por meio de súmulas vinculantes), e além de todas essas funções, com a Constituição de 88 o STF foi posicionado como centro do

nosso sistema político, logo, sendo caracterizado como fiscalizador dos 3 poderes, como se fosse um “poder moderador”.

Dentre as novas finalidades delegadas ao STF tem-se grande destaque a atividade legislativa, que, em sua realidade não está originalmente garantida pela letra da lei, mas encontra respaldo na competência conferida ao STF pela Constituição Federal, que atribui ao STF o encargo de garantir os direitos Fundamentais a qualquer custo. Posteriormente em 2004 com a aprovação de emenda constitucional nº 45, que emenda inclusive os artigos 103-a, 103-b e 103-c da Constituição federal, foi conferido ao órgão de cúpula do judiciário, por meio de súmulas, a legítima capacidade de legislar.

Pode-se dizer então que temos uma Constituição “Garantista” no sentido em que se pretende dar a maior quantidade de segurança e proteção aos direitos fundamentais, com as ferramentas das cláusulas pétreas, a tripartição dos poderes, o sistema de freios e contrapesos, o Conselho Nacional de Justiça como órgão fiscalizador dos demais e a presença da Suprema Corte como guardiã da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

Tal acúmulo de poderes em um único órgão nos faz remeter aos tempos monárquicos, porém, apesar de indesejável é necessário, inclusive é fenômeno comum ao redor do mundo, em países que passaram por uma transição entre um governo autoritário para um governo Constitucional legítimo, é uma forma de proteção da ordem democrática conferir à um órgão, que costuma-se ser um Tribunal Superior Constitucional, com a função de ser a última instância estatal e que é detentor da última palavra em questões constitucionais, mesmo que tome decisões erradas, pois: “O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade (grifei).” (FILHO in Toffoli, 2018, 485)

A solução encontrada para impedir o abuso de poder por parte do estado gera críticas, pois, com o objetivo de “driblar” a falta de representatividade e prevenir a arbitrariedade de qualquer um dos três poderes, criamos em 1988, um “super judiciário”, e mais especificamente um “super STF”, sendo assim, nos argumentos dos críticos, o Supremo detém menos representatividade ainda se comparado com nossos

políticos, pois, diferentemente deles, os ministros do STF não são eleitos pelo povo, e têm mandatos de duração indeterminada, logo, estão infinitamente menos propensos a serem influenciados pela opinião pública.

Essa crítica que inclusive não faz sentido algum, pois, os ministros da Corte Suprema são indicados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, os nossos representantes eleitos, então, de forma indireta, os ministros do Supremo são sim eleitos, o que se pode entrar em discussão, é a possibilidade de estabelecer mandatos aos ministros, como ocorre em Portugal, em que os Ministros detém mandatos de 6 anos.

Outra crítica pertinente é quanto a prerrogativa concedida a corte de legislar mediante a edição de súmulas vinculantes, o que supostamente seria uma afronta ao princípio da separação de poderes, além da insegurança jurídica que elas ensejam, portanto, o próximo tópico terá a função de explicitar como as súmulas funcionam, através do uso da hermenêutica jurídica.

3.3. A HERMENÊUTICA

Este item tem a intenção de brevemente introduzir ao leitor sobre o que é a hermenêutica, como ela surgiu, quais motivos a tornaram importante para culminar em seu desenvolvimento, mesmo que não muito consistente, até o que ela é nos dias de hoje: um conjunto de técnicas utilizadas pelos magistrados e ministros para interpretar a lei. Para que assim se possa introduzir o contexto no qual o Ativismo Judicial encontra respaldo para se fortalecer.

3.3.1. ORIGEM DA HERMENÊUTICA

A origem mais conhecida da palavra tem sua ligação com Hermes, que dentre a etimologia grega e latina da palavra tem, dentre diversos outros, o significado de: interpretar. Ademais, Hermes também é o nome do mensageiro dos deuses, o intermediador entre os deuses e os meros mortais. Hermes, como o mensageiro divino, tem o papel de transmitir e, esclarecer o conteúdo da mensagem dos deuses

aos mortais. Ao realizar a tarefa de hermeneus, Hermes se tornou poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. (STRECK, 2017)

Infere-se então que Hermes possa ter sido o primeiro intérprete da lei, a lei divina, posto que a função dele não era somente transcrever exatamente o que os Deuses queriam falar aos seres mundanos, mas passar a mensagem de sua maneira, tentando entender exatamente o que os seres divinos estavam tentando dizer, fazendo uma interpretação de suas mensagens, ou, distorcendo-a: “Seria hermes o primeiro hermeneuta a praticar o uso do ‘ativismo judicial’ negativamente?”

Além da figura de Hermes, em seus primórdios, a ciência da Hermenêutica, como era classificada desde o seu suposto surgimento na Grécia antiga, servia como uma espécie de ferramenta com o fim de decifrar o que as mensagens vindas dos deuses tendiam a significar, tarefa essa que era atribuída aos oráculos que são sábias figuras humanas responsáveis por servir de intermédio entre os deuses e humanos.

O seu uso para a interpretação de textos só passou a se popularizar na idade média, período este em que é característico pelo uso restrito da ciência somente para textos bíblicos, estes os quais eram-se utilizados os métodos literal e alegórico de interpretação, atestando-se que os textos bíblicos devem ser interpretados em sua literalidade, mas paradoxalmente, haja vista que, ao mesmo tempo era defeso que tinham mais de um significado.

Como já pode ter sido observado, é na metáfora dos intermediários entre os deuses e os humanos, Hermes e os oráculos, e assim como no paradoxo observado na interpretação bíblica, que se encontra toda a complexidade do problema hermenêutico, levando em conta que é impossível saber o que o mensageiro inicial queria dizer, tornando-se essencial o estudo e a evolução desta ciência.

3.3.2. A NECESSIDADE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

“Durante o século XIX e grande parte do século XX, a racionalidade jurídica ficou limitada ao raciocínio subsuntivo: a tarefa do intérprete, ou melhor, do juiz, era restrita a encontrar a norma do caso concreto e a ele aplicar” (TEIXEIRA, 2012, p. 45).

O papel do juiz apenas como porta voz da lei passou a mostrar-se insuficiente devido a evolução do direito e da sociedade.

Esse lapso histórico é fortemente marcado na França pelo código napoleônico, ícone do direito subsuntivo, este código que levava a acreditar que o legislador seria um ser perfeito e que por tal motivo formularia leis também perfeitas, leis desprovidas de lacunas que pudessem atender todas as situações que vinhessem a lide, ou seja, sem omitir nenhum caso.

Essa limitação do papel do juiz em aplicar a lei ao caso concreto, sem ter nenhuma flexibilização, gerou consequências, pois, por mais óbvio que seja, o legislador não é um ser perfeito, suas leis não são perfeitas e a sociedade inegavelmente vem tornando-se cada vez mais complexa, gerando uma realidade que demanda soluções rápidas, que se adaptem às constantes mudanças, estas mudanças que a lei não pode prever.

O estado então durante todo esse período conviveu com o peso nas costas de omitir-se a diversas situações e mudanças que o seu povo evidencia dia após dia, e em virtude disso o Estado é responsável pelas desigualdades sociais e falta de justiça que aflige seu povo. Em consequência da insuficiência imediata das leis, o uso da Hermenêutica sobre textos jurídicos se tornou algo essencial para garantir que todos os anseios levados a lide possam ser solucionados.

Não obstante, é de conhecimento geral que a linguagem jurídica utiliza de jargões e expressões que muitas vezes demandam de interpretação para serem entendidas, e, em uma grande quantidade de casos podem apresentar mais de um significado, ensejando que se faça uma interpretação jurídica, essa interpretação que como poderá ser vista, deve ser coerente com o restante do arcabouço normativo do país.

“o direito das sociedades modernas é um conjunto de normas válidas que objetiva regulamentar o comportamento social. Isso significa que o direito não é simplesmente composto de normas: constitui um sistema, cujos elementos são interligados e ordenados, cumprindo determinadas funções. Portanto, as regras do direito só podem ser entendidas e aplicadas se forem combinadas entre si.” (Dimoulis, 2011, p. 144)

Em virtude dessa “confusão” constante que é gerada na linguagem, seja no cotidiano ou especialmente no âmbito jurídico, que se vê necessário a constante

interpretação jurídica (também conhecida como hermenêutica jurídica), no entanto, isso não é causado por uma falha do legislador ou do Estado em si, as lacunas jurídicas podem ser intencionais ou uma consequência inevitável da imprevisibilidade da complexa vida em sociedade.

Quando se fala em lacuna jurídica intencional, quer-se dizer que o legislador fez normas abertas que explicitamente deixam espaço de discricionariedade ao aplicador da lei, ou, que o legislador utiliza de termos vagos e, ou, ambíguos, que obrigam o aplicador do direito a interpretar aquele texto para poder aplicá-lo no caso concreto, isso é algo bem característico da Constituição brasileira.

Já quando se fala de lacunas jurídicas em consequência da imprevisibilidade da complexa vida em sociedade, quer-se dizer que, quando o legislador foi elaborar a lei, mesmo que ele tentasse exaustivamente englobar na norma jurídica todos os casos possíveis, ele sem sombra de dúvidas irá falhar e quando magistrados forem aplicar a lei em suas cotidianas demandas profissionais, irão usualmente, se deparar com os conhecidos “hard cases” (que serão abordados posteriormente nessa pesquisa), esses que demandaram o uso da hermenêutica jurídica para chegar a uma solução adequada.

Então, qual seria a finalidade da interpretação jurídica? A finalidade da Hermenêutica é “encontrar” a vontade do autor da norma, reconstruir o pensamento estampado na lei, entender como o autor da norma queria que acontecesse na situação que está sendo analisada. (Dimoulis, 2011)

Alguns métodos foram desenvolvidos para se fazer a interpretação das normas jurídicas, os métodos clássicos que são normalmente creditados à Savigny são os métodos de interpretação: gramatical, sistemático, histórico e objetivo. Outros métodos foram desenvolvidos posteriormente para preencher as falhas dos métodos clássicos, como o axiológico e o teleológico, que apesar de suprirem as necessidades dos interpretes deixam muito espaço para criatividade jurídica e não a intenção real da hermenêutica que é descobrir o real significado da norma.

3.3.3. COMO FUNCIONA E PROBLEMAS

Apesar de existir uma ciência destinada a interpretação de textos, existir vários métodos formulados com a finalidade de regulamentar, instruir e facilitar esse trabalho, esses fatos não significam que a tarefa do hermeneuta é fácil e que eles não tem de enfrentar diversos problemas ao longo do caminho e após a realização da interpretação, assim como, não há critérios objetivos para determinar que a interpretação dada no momento X ou Y foi a interpretação adequada.

Nesse sentido será apresentado alguns dos vários problemas relacionados a interpretação jurídica, sendo eles: Ambiguidade da linguagem, Abstração dos regulamentos legais e dos métodos de interpretação, conflitos de interesses, fundamentação inadequada, não sistematização da hermenêutica jurídica, Ativismo Judicial, dentre outros problemas.

Que a linguagem jurídica, assim como a linguagem em geral, é constantemente abstrata, vaga, que demanda interpretação de acordo com o caso concreto, tudo isso são fatos já conhecidos. Porém, para isso que existem os métodos de interpretação de texto, no entanto, os métodos são igualmente abstratos, que, podem levar a resultados contraditórios entre si.

É defendido originalmente por Savigny, a utilização de todos os métodos de interpretação para fazê-los dialogar entre si, porém, como já se viu surgem alguns problemas nisso, primeiramente, como será visto logo a seguir, a utilização de diversos métodos não costuma ser feita pelos magistrados, secundamente, os métodos geram resultados contraditórios entre si e, se eles geram conclusões contraditórias, como definir qual a interpretação mais adequada? Se, não existe uma hierarquização dos métodos de interpretação, ou seja, nenhum método prevalece sobre o outro.

Portanto, pode-se inferir que os métodos de interpretação, apesar de, cumprirem seu papel instrumental de pensamento e argumentação que possibilitem a interpretação textual, eles não resultam em soluções definitivas, eles proporcionam somente caminhos e estabelecem limites do que pode ser considerado uma interpretação digna. (Dimoulis, 2011)

Também não é aconselhável, nem desejável que o intérprete force uma interpretação, os juízes não podem decidir segundo suas preferências, devem sempre justificar sua opção com argumentos racionais, que possam convencer os cidadãos (Dimoulis, 2011).

“Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta – única e universalmente aceita –, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade – ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria – e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar as suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência.” (Barroso, 2019)

Todavia, não é o que de fato acontece, por dois motivos, o primeiro sendo por que os magistrados brasileiros, em sua maioria, não apresentam fundamentações adequadas, costumam citar somente jurisprudência sem fazer relação com o caso concreto (essa realidade vem sendo superada com advento do Pacote Anticrime e da reforma do Código de Processo Civil que delimitaram situações que declaram decisões não devidamente fundamentadas, assim como determina que todas as decisões devem ter fundamentação adequada).

O segundo motivo, seria por que, ao invés do que é tido como ideal pela sociedade e pela doutrina, diante do caso concreto, partir dos princípios do direito, dos métodos de interpretação, da moral, bons costumes, sistemática das normas, o que de fato costuma acontecer é o juiz partir de suas pré-concepções, de seus preconceitos, sua opinião, e tentar justificá-la com o método hermenêutico que convenha a sua decisão. Isso é Ativismo Judicial. (Barroso, 2019)

3.3.4. O HERMENEUTA NO BRASIL

A interpretação final dos textos Constitucionais foi uma tarefa delegada exclusivamente ao STF, como guardião da constituição, ou mais especificamente dos

ministros do STF que na visão de Peter Haberle não são vozes da constituição, mas sim, porta-vozes da sociedade que interpreta a Constituição (MENDES, 2008).

Mesmo diante da constante necessidade de interpretação dos textos jurídicos, a fim de conferir-lhes maior eficácia, o *modus operandis* predominante de se julgar continua sendo por subsunção, fato esse justificado pois:

“Ao contrário, porém, da impressão que pode ter o leigo, o operador jurídico não enfrenta no seu cotidiano muitos problemas de interpretação. [...] Aquilo que preocupa o operador jurídico não é a interpretação correta e sim o conhecimento da opinião que é aceita pela maioria dos tribunais (em particular pelos tribunais superiores) e muito provavelmente será seguida na prática” (Dimoulis, 2011, p. 165)

Isso não é algo negativo, dado que proporciona maior segurança jurídica, porém, o raciocínio subsuntivo só é capaz de resolver situações simples, casos complexos em sua maioria necessitam do uso da hermenêutica para terem uma solução justa e adequada, esses casos concretos que demandam de interpretação são conhecidos como *hard cases* que apesar de serem juridicamente complicados, são raros. (Dimoulis, 2011)

As constituições, assim como as leis ordinárias, devem ser interpretadas, esta tarefa é de suma importância, justamente por ela dar validade ao ordenamento jurídico como um todo, e sendo assim deve ser constantemente atualizada a fim de representar a realidade política e social de seus países a todo momento, no entanto, isso não quer dizer que ela deva ser atualizada por meio de mudanças de interpretação, também deve ser levado em conta a revisão constitucional, dado que, os Aplicadores da Lei não detém da mesma legitimidade legislativa que os próprios legisladores que foram eleitos pelo povo para essa tarefa detém.

Diante dessa necessidade que surge o ativismo judicial acompanhado de outras formas de atualização de leis, como as reformas e mutações constitucionais, que, tem a intenção de prolongar a eficácia e atualizar nossa Constituição, ao mesmo passo em que preza pela preservação e respeito a seus princípios (COSTA, 2009).

4. ATIVISMO JUDICIAL E O LIBERALISMO

Esse tópico fará a conexão entre o surgimento do ativismo judicial com a evolução histórica jurisdicional, desde os tempos em que se discutia o embate entre a *Natural Law* e a *Statute Law*, para a progressão entre a discussão entre a *commom law* e *Civil Law*, para depois, apresentar a evolução jurisdicional nos países pioneiros das revoluções liberais constitucionais, que ensejaram ao surgimento do ativismo judicial em suas diversas formas, sendo uma delas uma ferramenta de garantia dos direitos fundamentais, os direitos liberais, os direitos de liberdade.

Após essa contextualização, será apresentado de forma sintética os tipos de constituições, para que, possa-se tomar uma conclusão sobre qual o modelo de jurisdição constitucional brasileira, com o fim de que, se possa introduzir o Ativismo Judicial de maneira adequada, tornando possível compreender como o fenômeno se manifesta no mundo e no Brasil.

Em segundo momento, já entendido o contexto jurisdicional vivido, este será brevemente retomado para que se possa expor a origem do Ativismo Judicial, bem como, delinear alguns conceitos necessários à compreensão do fenômeno, inclusive, fazendo a diferenciação do Ativismo, para com, outros fenômenos que ordinariamente são vistos aos olhos leigos como ativismo judicial, como a judicialização e a autocontenção judicial, em que nesses tópicos, será introduzido críticas ao ativismo judicial e ao sistema jurisdicional brasileiro.

Por fim, se delimitará quando o ativismo é uma ferramenta positiva (propondo-se a não utilização desse termo para se referenciar à defesa dos direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais), devendo ser incentivado o seu uso como uma ferramenta aliada numa sociedade predominantemente liberal sendo essencial seu uso para a garantia das liberdades individuais, e, quando a sua utilização é negativa e, conseqüentemente, deve ser abominada.

4.1. DA EVOLUÇÃO JURISDICIONAL

4.1.1. DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO

Diversas foram as nomenclaturas ao longos dos séculos, intitulados de: Direito Natural e Direito Positivo, *jus naturale* e *jus voluntarium*, *lex naturalis* e *lex humana*,

jus gentium e *jus civile* (Roma antiga), direito legal – *nomikón díkaion* – e direito natural – *physikón* – (Grécia antiga), dentre outras diversas nomenclaturas.

No entanto, apesar de se citar: Roma antiga, Grécia antiga, nomenclaturas advindas de Aristóteles e a Idade Média, o Direito Natural é atemporal, no sentido de que, ele sempre existiu e sempre existirá.

O direito natural tem várias definições e características dadas ao longo da história, todas com um certo grau de abstração, porém, pode-se inferir que é aquele direito atemporal, não escrito, o direito divino, que, está no imaginário popular, como se fosse um código de moral e ética imposto por uma força maior, que não se sabe ao certo qual é, mas que sempre existiu e sempre existirá, que define as coisas boas e ruins independentemente da situação.

O direito natural é imutável, ou seja, não muda com o tempo (discordado por Aristóteles), bem como, é universal, ou seja é aplicável em qualquer lugar. Em sentido oposto, têm-se o direito positivo, aquele que é imposto pela vontade do homem, é particular, no sentido de que o mesmo direito aplicado em um país, não necessariamente será aplicado noutro lugar, a sua fonte assim como sua origem, é a vontade do homem, por fim, é um direito mutável que acompanha o sentimento da sociedade ou o bel prazer do governante. (Bobbio, 1995)

É entendido que o direito natural sempre existiu, ele é metafísico, o “direito não escrito”. Em contrapartida o direito escrito, positivado, só com a formação do Estado moderno que se apresenta com a dissolução da sociedade medieval, e, agora apesar de ainda existir o embate entre o direito natural e o direito positivo, esse não é mais o foco, pois, independente do que se considere certo ou errado de um ponto de vista ético e metafísico, o que sobressai é o que está na lei, com ressalvas ao período medieval em que a proximidade entre Estado e Igreja eram tão grandes que ambos os direitos se confundiam.

Portanto, o debate agora gira em torno da fonte do direito positivo, com base em que o direito positivado pelos Estados deveriam ser formulados, nesse sentido, com o surgimento do Estado moderno, em sua maioria tirânicos, sem uma hierarquia de lei, sem garantias a liberdades, é nesse contexto que trava o embate entre o *commom law* e o *civil law* (ou, *statute law*).

4.1.2. CIVIL LAW E COMMON LAW

Até o presente momento vimos como funcionava a jurisdição prévia ao advento do Estado moderno e, na visão de Bobbio (1995), antes dela o juiz ao resolver as controvérsias, suas decisões não podiam advir de somente normas emanadas do legislativo, o juiz tinha uma liberdade de escolha sobre qual norma aplicar no caso em concreto, visto que, todas tinham igual hierarquia, podendo deduzi-las dos costumes, o direito natural, teses jurídicas, etc.

Após o surgimento do Estado Moderno, sobressai também o positivismo jurídico, nesse limiar “o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado” (Bobbio, 1995, p. 28), o juiz, que antes era chamado somente a resolver conflitos privados, como um árbitro (algo bem característico do direito romano – *jus civiles* -), agora é um dos poderes do Estado, o Poder Judiciário.

Por ser um dos poderes do Estado, as decisões do Juiz devem estar vinculadas as normas legisladas pelo Estado (com ressalvas à utilização de demais fontes do direito quando se tratar de casos que demandem hermenêutica jurídica), nesse ponto, o direito natural, o direito positivo, os costumes, teses, etc, que estavam no mesmo “nível”, agora, nesse momento, em regra, só existe um direito aplicável pelo Estado, o direito positivado.

Logo, como nesse momento não se contesta mais qual o direito que deve prevalecer: o Direito Natural, o Direito Positivo, a preocupação jurídica após o advento do Estado Moderno é: com base em que devem ser formuladas as leis positivas? E, com base em que devem os magistrados decidirem e aplicar as leis nos casos concretos? É nesse sentido que se encontra a discussão entre o *common law* e o *civil law*.

Em grande parte do mundo foi adotado o *Corpus Juris Civilis* romano de maneira adaptada a realidade de cada país, no entanto, em poucos países, com destaque à Inglaterra isso não ocorreu totalmente, o que gerou toda essa discussão entre *Civil Law* e *Common Law*.

Ao se falar em *Common Law* quer dizer que a fonte primária do direito são os precedentes judiciais, e que, em que a justiça seria feita e atualizada com base nas próprias decisões judiciais que devem seguir os costumes e refletir o sentimento social, o princípio que respalda os defensores da Common Law é o *stare decisis*, que sinteticamente, se trata de que em cada caso o juiz deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (Streck, 2019).

Já, ao se falar em *Civil* (ou, *statute law*) como “forma” de formular o direito positivo, é a doutrina a qual defende que as leis devem ser formuladas por terceiros que não o executivo ou o judiciário, que essas leis devem ser formuladas não com base em costumes, como é no direito consuetudinário, fonte do *common law*, mas por legisladores próprios, o parlamento que formulariam o direito com base na lógica e no estudo jurídico.

O embate foi tão acalorado que juristas muito importantes como Edward Coke (um dos maiores defensores do common law), defendiam que o judiciário deveria inclusive ter o poder de “refazer” as leis formuladas pelo legislativo, isso de fato veio a acontecer no futuro (com controles recíprocos), mas tudo regulado pelo princípio da tripartição de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Esse embate foi ocasionado pela ausência de uma Constituição nos países, mais especificamente no caso de Edward Coke, na Inglaterra, na ausência da Carta Maior do Estado, não era institucionalizado nos países matérias que não cabiam alteração legal (pelo parlamento ou pela jurisprudência), bem como, não era definido as atribuições de cada poder, nem os limites de seus poderes, e na falta dessa determinação havia espaço para o referido embate.

Com o surgimento do movimento constitucionalista a realidade que se vê e que mais se aproxima dia após dia é a diminuição da divergência entre países quando a dicotomia *common law* e *civil law*, os Estados democráticos estão, em sua maioria, utilizando dos dois sistemas de elaboração de normas, um complementando o outro, o *civil law* para formular as regras e, o *common law* para aplicar a regra nos casos concretos que demandam interpretação jurídica.

4.1.3. A Jurisdição Constitucional

Seguindo o raciocínio exaustivamente abordado em momentos anteriores desta pesquisa o movimento que dá origem ao liberalismo é o mesmo movimento que traz à tona a formulação de Constituições. Antes das Constituições as nações já se organizavam em um arcabouço normativo (cada uma, formando seu escopo de leis, a sua forma, como também já visto), no entanto, em nenhuma dessas nações havia algo que garantisse segurança jurídica, garantia aos direitos individuais e coletivos, não havia pleno respeito ao império da lei.

Por conta dessa necessidade que eclodem as revoluções liberais, culminando todas em formação de Constituições (mesmo que não escrita, como na Inglaterra). Seguindo o raciocínio de Bulos (2014), nos Estados Unidos o movimento Constitucional foi concretizado para, dentre outros motivos, garantir a sua independência perante a Inglaterra, dando mais força as colônias pela unificação destas em uma nação pautada pelo princípio do federalismo e da proibição da secessão.

Na França o movimento Constitucional se legitima pela defesa e, a justificada desconfiança dos franceses com o poder judiciário, inserindo em seu texto constitucional direitos e garantias fundamentais aos seres mundanos e conferindo ao legislativo o papel de fiscal da Constituição.

Cada país teve suas peculiaridades em referência aos acontecimentos que levaram a formulação de suas constituições, bem como, diferentes formas de se realizar o seu controle de constitucionalidade, mas, pode-se resumir que as Constituições foram feitas para serem o “norte” de cada país para tudo, e, principalmente servir de base à formação do restante de seu arcabouço legal, gerando segurança jurídica, a ponto de que as normas contrarias a Constituição devem ser declaradas nulas.

Destarte, as Constituições são a positivação dos direitos e garantias conquistados nas revoluções liberais, então, o controle de constitucionalidade é uma ferramenta de proteção à esses ideais liberais, portanto, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade é uma ferramenta também liberal, uma ferramenta com a finalidade de conferir segurança jurídica.

“Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” (Barroso, 2019)

Nesse ínterim, o que diferencia a jurisdição constitucional entre os países atualmente é a forma como esse controle de constitucionalidade é realizado, com as seguintes classificações: a) Político ou Jurisdicional ou Misto, e, b) preventivo e, ou, repressivo, c) difuso e, ou, concentrado.

Essa discussão é importante, pois, ao se falar em ativismo judicial no Brasil, se fala quase que exclusivamente em ativismo judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, restando indispensável delimitar como é realizado o controle de constitucionalidade em nosso país.

O controle constitucional brasileiro é misto, ou seja, pode ser realizado tanto pelo legislativo e o executivo, bem como, pode ser realizado pelo judiciário; é preventivo e repressivo, pois, ele ocorre enquanto o projeto de lei está em discussão e também ocorre após a promulgação da lei; e, exerce somente o controle difuso, ou seja, qualquer juiz pode fazer o controle de constitucionalidade em casos concretos, mas, hierarquicamente, devem seguir as decisões advindas da corte superior (pelo princípio do *stare decisis* – precedentes obrigatórios -), que é de onde supostamente se manifesta o ativismo judicial brasileiro, do Supremo Tribunal Federal.

4.2. ATIVISMO JUDICIAL

Faz-se necessário recapitular toda a pesquisa apresentada até o presente momento, visto que, esse é o ponto principal, no qual todos os pontos delineados irão convergir.

Em primeiro momento foi-lhes apresentado os princípios que norteiam o pensamento liberal: a liberdade, o império da lei, a tolerância, o individualismo, a cooperação, livre mercado e a não intervenção estatal. Foi visto também como esses princípios foram aplicados e nortearam os países nos últimos séculos a conquistarem

suas liberdades e se livrarem dos grilhões autoritários, bem como, norteiam as defesas dos direitos fundamentais até hoje.

Posteriormente, foi feita uma contextualização a respeito da trajetória do liberalismo no mundo e mais profundamente no Brasil, demonstrando sua ligação com o surgimento do constitucionalismo e a fixação do positivismo jurídico, o positivismo jurídico que faz a ligação com a hermenêutica jurídica, pois, antes do advento do positivismo jurídico a jurisdição se dividia entre o direito natural e o direito positivo.

Com o direito natural, não existiam lacunas legais, mas também não existia império da lei, nem conseqüentemente segurança jurídica e garantia de direitos, seguindo a linha do tempo, se estabelece indiscutivelmente o direito positivo, porém agora, a discussão permeia em torno de que base deve ter para se positivar essas leis, novamente, uma que preenche todas as lacunas, o *common law*, e, outra que traz uma nova demanda, a demanda por hermenêutica jurídica, o *statute law*.

É nesse sentido que se encontra o contexto do ativismo, a necessidade de se interpretar leis, e, as conseqüências disso.

4.2.1. ATIVISMO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

É comum confundir-se o ativismo judicial com o fenômeno da judicialização da política apesar dos dois serem fenômenos completamente diferentes, mesmo que o ativismo possa muitas vezes ser provocado em conseqüência da judicialização, pois, quando uma demanda política é levada ao STF, este tem que tomar uma decisão, por se tratar do último aparelho estatal entre os cidadãos e o governo, e após uma demanda política chegar ao STF, essas que ocasionalmente geram decisões contra majoritárias, que por se tratarem de decisões vindas da corte suprema passam a vigorar como lei.

Para diferenciar os 2 fenômenos vamos tratar de forma sintética o ativismo como uma ação proveniente do magistrado que julga um caso contra ao que é estabelecido em lei, e, a judicialização da política como uma ação proveniente de qualquer ser com capacidade eleitoral que venha a trazer ao judiciário demandas políticas disfarçadas de demandas judiciais comuns.

A judicialização da política é um fenômeno que tem a função de garantir a representatividade dos grupos que perderam as eleições, e os grupos políticos que representam minorias, que em consequência de não fazerem parte da base do governo terão, no mínimo, quatro anos em que seus poderes de influência são reduzidos.

A judicialização da política é uma consequência da Constituição de 88, que como já vista tem certas características que favorecem a maior judicialização das demandas sociais e políticas, sendo essas: o texto constitucional extremamente abrangente e analítico, somado à forma de controle de constitucionalidade difuso e concentrado (a qual permite que qualquer juiz analise a constitucionalidade de uma lei ou ato), não obstante, a vasta gama de hipóteses em que os indivíduos podem provocar o STF de forma direta para discutir matérias constitucionais.

“O lado bom é que exista o Judiciário para atender demandas sociais que não foram satisfeitas pelos outros Poderes. O lado ruim é que a judicialização de questões políticas em sentido amplo significa que elas não estão sendo equacionadas por quem deveria fazê-lo. A judicialização evidencia, assim, uma deficiência grave no funcionamento da política majoritária, que é aquela conduzida pelos órgãos eletivos – Legislativo e Executivo.” (Barroso, 2019)

É por esse motivo que quase toda semana nos jornais vemos manchetes e debates nas mídias sociais dos mais diversos formatos tratando-se de demandas que foram levadas ao STF, que muitas vezes não são nem de competência para o mesmo julgar, como por exemplo, a legalização do aborto, a “criminalização da homofobia”, a legitimação da prisão em 2ª instância, a educação domiciliar, entre muitos outros. Concluindo:

“A judicialização, como demonstrado anteriormente, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (Barroso, 2019)

Esse fenômeno gera algumas consequências negativas como o afogamento do STF em meio a tantas demandas, com função de comparação segue os seguintes dados: enquanto a Corte Constitucional brasileira julgou no último ano 92.399 processos, a Corte Suprema Americana julgou 82, a francesa 156, em Israel 1.852 e

na Alemanha 6.133 (Fonte: HEINI OZI CUKIER), esse afogamento sem sombra de dúvidas deve afetar a qualidade das decisões.

Além do afogamento do STF, também tem outra consequência negativa da judicialização, quando se trata da irresponsabilidade fiscal, algo bem recorrente quando se trata da judicialização da saúde, pois:

“É na lei orçamentária que as sociedades democráticas definem suas prioridades, realizam suas opções políticas e fazem suas escolhas trágicas. Esse é o momento em que se deve discutir quanto vai para a educação, para a saúde, para a previdência, para o funcionalismo público, para o transporte, para a publicidade institucional... Maior transparência na elaboração e apresentação do orçamento à sociedade, bem como melhor controle na sua execução poderiam impor ao Judiciário maior grau de autocontenção.” (Barroso, 2019)

Seguindo esse raciocínio, esses orçamentos públicos dispostos em leis são comprometidos em virtude da judicialização de causas que envolvam gastos públicos, pois, o juiz ao lidar com um caso envolvendo direitos fundamentais, decidindo a favor do direito, como obrigação do Supremo, irá comprometer o planejamento do próprio Estado, com coisas que foram dadas como prioridade, pois, para dar dinheiro do Estado para um particular que judicializou algo, tem de se retirar de outro lugar, e isso é muito grave, ademais:

“Responsabilidade fiscal não tem ideologia, não é de direito ou de esquerda. A não observância da regra básica de não se gastar mais do que se arrecada traz como consequência o aumento de juros ou a volta da inflação, disfunções que penalizam drasticamente as pessoas mais pobres.” (Barroso in Toffoli, 2018, p. 557)

Apesar deste fenômeno gerar algumas consequências negativas que além das expostas pode-se citar a elitização do debate (levando em conta que quem pode judicializar uma demanda quase sempre tem mais condições financeiras), este é um preço que devemos pagar para evitar uma ditadura da maioria, para que as minorias não sejam oprimidas pela maioria vencedora das eleições. Mas, por considerar que esse é um preço a se pagar, não quer dizer que seja a única solução possível: “jogar” todas essas demandas ao STF, podendo torna-lo um órgão ineficiente que prolifera decisões de má qualidade.

4.2.2. ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

Apesar de, pelo raciocínio exposto no início desse tópico levar a conclusão de que o ativismo judicial só passou a existir a partir do momento em que a lei foi positivada, isso não é verdade. Deste modo, dentre uma das várias visões do que ativismo judicial é, a expressão assumiu, no senso comum, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial (Barroso, 2019).

Simplemente, ativismo judicial é quando o magistrado, no exercício de suas funções deixa-se contaminar pelas suas opiniões e interesses pessoais e decide a lide de acordo com esses fatores e não com o que de fato é correto, em suma, é quando o juiz deixa-se corromper, utilizando da hermenêutica jurídica para justificar suas decisões contaminadas.

Portanto, pode-se inferir que o ativismo judicial nasceu juntamente com o direito, pois, desde o momento que os aplicadores da lei existem, esses podem tomar decisões “corruptas”.

Porém, durante os primórdios da justiça esse fenômeno não era chamado de ativismo judicial, além disso, outras situações passaram a também serem chamadas de ativismo judicial, e, somente no século XX, que essa expressão surgiu, e foi nos Estados Unidos da América.

Já abordado ao se tratar da hermenêutica jurídica, foi evidenciado que até o século XX a racionalidade jurídica era limitada a aplicação subsuntiva do direito, isso significa: aplicar a lei ao caso concreto, sem fazer nenhuma adaptação ou coisa do gênero, se acreditava que o legislador era um ser perfeito e elaboraria leis que contemplariam todos os casos, esse uma das heranças do positivismo jurídico visto de forma radical.

Nesse momento em que se valia, na maioria dos países, a adoção do positivismo jurídico de forma exclusiva, ou seja, não cabia interpretação da lei para aplica-la nos casos concretos, inúmeros eram os casos em que o judiciário se via de “mãos atadas”, deixando seus cidadãos sem a proteção jurídica, por conta da ineficiência do Estado.

Esse fator apresentado, somado a desconfiança e perda de legitimidade dos demais poderes estatais: o executivo e o legislativo, dão espaço e força a uma postura “mais proativa do Poder Judiciário na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais nele previstos” (Barroso, 2019). Essa postura mais proativa do judiciário também foi aglutinada e incorporada pela doutrina ao fenômeno do ativismo judicial.

Tomemos como exemplo o nosso país, que passou por diversos escândalos de corrupção, seja no período ditatorial como aconteceu, por exemplo, no Caso Hanna Mining Company e o Caso Panair, ou, mesmo após a ditadura que são os casos, provavelmente, mais memoráveis ao leitor, como os escândalos da Petrobras, o mensalão, mensalinho e a lava jato, estes que estão dentro de uma lista de mais de cem casos de corrupção registrados desde 1980, nesse contexto:

“Corrupção significa levar vantagem indevida para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Ela se disseminou no Brasil em níveis espantosos, endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas.” (Barroso, 2019)

O ativismo surge como reação a desconfiança e conseqüente perda de credibilidade dada ao legislativo e ao executivo que estão historicamente contaminados pela corrupção, falta de representatividade e conseqüente falta de capacidade de atender as demandas sociais de maneira efetiva.

Apesar de futuramente encontrar seu real propósito, o ativismo judicial surge como uma ferramenta conservadora, com a finalidade de manter a segregação racial e social, como uma resposta às manifestações pró-igualdade que marcaram principalmente os Estados Unidos no século XIX e XX, logo, pode-se inferir que o ativismo pode ser realizado não somente por meio de uma postura proativa do judiciário, também, pode ser realizado por uma postura de autocontenção, do judiciário se negar a responder as demandas sociais.

“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto

presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.” (Barroso, 2019)

Portanto, o ativismo judicial tem sua origem nos Estados Unidos no século XIX, todavia: “foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista Fortune intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular” (TEIXEIRA, 2012, p. 39) e foi no contexto pós segunda guerra que o ativismo ganhou força, um período marcado pela defesa dos direitos civis para as minorias, conferindo a essa ferramenta jurídica um importante papel no combate às desigualdades sociais.

Hoje, nos Estados Unidos o debate entorno do uso do ativismo judicial pode ser representado pela polarização saudável entre os ministros Scalia e a Ministra Ruth Bader, enquanto um defende a contenção do judiciário como algo positivo, que vai levar ao legislativo atualizar as leis, a outra defende a utilização do ativismo judicial como algo essencial a garantia dos direitos fundamentais, ambos os pontos de vista tem seus prós e contras, o que será aprofundado em tópico futuro.

Retomando, o ativismo judicial passou a existir desde que a justiça também passou a existir, no entanto, doutrinariamente pode ser considerado que o ativismo judicial só veio a se manifestar no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o fenômeno tardou a chegar nas terras brasileiras pelo mesmo motivo que o liberalismo pós-segunda guerra também tardou a chegar, pois, passávamos por um regime autoritário que não nos permitia estar em contato com o resto do mundo.

Destarte, antes da Carta de Outubro ser promulgada o nosso ordenamento jurídico, nem o nosso contexto político, davam respaldo para tal atividade, e, a partir de agora confere previsão legal para a mesma, por meio da premissa de que o estado deve fazer o possível para garantir os direitos fundamentais.

4.2.3. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Conforme já abordado no tópico de hermenêutica jurídica, um juiz ao se deparar com um caso concreto, em que a lei não disponha de imediato uma solução adequada,

esse juiz deve-se valer da interpretação do texto para encontrar uma solução adequada, em situações como essa (quando a letra da lei não dá uma resposta para o problema) o magistrado pode adotar duas posturas diferentes: uma postura ativista, interpretando o “espírito da lei” fazendo uma interpretação em desconformidade com a letra da lei ou adotar uma postura contencionista conhecida como *judicial restraint*, nas palavras de Barroso (2019):

“O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.”

“A ideia de autocontenção (ou de deferência ao Parlamento) foi concebida inicialmente por força do modelo estadunidense (Tavares in Toffoli, 2018, p. 611). Um dos maiores defensores da autocontenção judicial é o Ministro Norte-Americano Scalia, portanto, para abordar o tema e seu confronto com o ativismo judicial será exposto o seu pensamento.

Scalia foi um grande crítico dos juízes que insistiram em aplicar o *common law* em um sistema predominantemente estabelecido como *statute law*, segundo Scalia (1997, p. 13, Apud Manning, 2017, p. 751):

“Em outras palavras, modo de pensar common law ‘convida’ o juiz a indagar: ‘Qual é a decisão mais desejável para resolver esse caso, e como qualquer impedimento para alcançar esse resultado pode ser ‘desviado’? (Tradução Livre)”¹

Esse comportamento é considerado pelo ministro antiético, em suas palavras:

“Sobre o disfarce ou mesmo que pela própria desilusão de perseguir a não expressa vontade do legislador, juízes *common law* vão de fato perseguir seus próprios objetivos e desejos, estendendo sua atividade legislativa do *common law* para o campo legal [...] quando você é dito para decidir, mas não com base no que legislador disse, mas com base no que ele quis dizer, e se assume que não há conexão entre os dois, sua melhor chance em adivinhar o que o legislador disse é perguntar para você mesmo o que o que uma pessoa sábia e inteligente gostaria ter dito; e isso com certeza o levará a conclusa de que o

¹ Texto Original: In other words, the common-law . . . mind-set ‘invites’ the judge to ask: ‘What is the most desirable resolution of this case, and how can any impediments to the achievement of that result be evaded?’

que a lei significa é o que você acha que ela significa – isso é precisamente como juízes decidem conforme o *common law*.” (Scalia, 1997, p. 17-18, Apud Manning, 2017, p. 751-752)²

Desta forma, entende-se que o Ministro americano não confia nesta ficção quanto a procurar a real vontade do legislador, assim como, não confia no próprio ser humano (sem apontar pessoas, se incluindo nisso), como capaz de se distanciar quando se procura a “vontade do legislador”, demonstrando como é inevitável que o intérprete ao tentar fazer isso, acabe por incluir em sua “interpretação” suas próprias vontades, mesmo que de forma não intencional, mas mesmo assim, deixando aberto o perigo dos que querem fazer isso de forma intencional.

Mas isso não quer dizer que por uma defesa da autocontenção judicial se defenda a aplicação totalmente rasa do direito, mas sim, que as interpretações sejam respaldadas no próprio arcabouço jurídico do seu país, por defender essa postura, não infere-se que o texto legal não deva ser interpretado, mas somente, que não deve-se ser interpretado de acordo com essa “real intenção do legislador” mas que a interpretação tenha bases legais.

Além disso, também é defendido pelo Ministro que o magistrado só está autorizado a realizar alguma forma de interpretação discricionária, que justificaria a aplicação do *common law*, quando na própria norma a ser aplicada essa possibilidade esteja inserida, o que não existe na legislação americana (segundo ele), mas que no caso brasileiro existe.

Deste modo, ao defender a autocontenção judicial em contraposto ao *judicial review*, a revisão constitucional por parte do judiciário (que conforme o próprio Scalia, não é autorizado em nenhum momento pela legislação), se estaria respeitando o princípio da tripartição de poderes, inclusive, estaria respeitando a vontade da

² Texto Original: “that, under the guise or even the self-delusion of pursuing unexpressed legislative intents, common law judges will in fact pursue their own objectives and desires, extending their lawmaking proclivities from the common law to the statutory field” (pp. 17–18). He elaborated: When you are told to decide, not on the basis of what the legislature said, but on the basis of what it meant, and are assured that there is no necessary connection between the two, your best shot at figuring out what the legislature meant is to ask yourself what a wise and intelligent person should have meant; and that will surely bring you to the conclusion that the law means what you think it ought to mean—which is precisely how judges decide things under the common law. (p. 18)”

Constituição, a vontade do povo em consequência (já que o legislativo detém de maior representatividade direta).

4.2.4. ATIVISMO POSITIVO E NEGATIVO

Mister estabelecer que o ativismo judicial é somente uma coisa: quando um juiz profere uma decisão judicial, quando esta demandar interpretação textual (ou até quando o juiz force interpretações), que tem por fundamentação (extrínseca, ou seja, que não necessariamente está escrita) algo que não a real justiça, não o real significado da norma, mas quando o juiz faz essa decisão com base em outra coisa, e, a depender da motivação que esse juiz tenha para decidir o caso em desconformidade com a lei, o ativismo pode ser positivo ou negativo (em teoria).

O ativismo positivo é um dos sintomas ocasionados pela falta de competência do estado de resolver demandas que cada dia tornam-se mais complexas, sendo mera consequência da necessidade do executivo de se mostrar presente quando todas as outras ferramentas do sistema jurídico falharam ou se omitiram em relação a algum assunto ou grupo social, ponto de vista apoiado pelo nosso decano do STF:

“Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.” (MELLO, 2008)

Apesar de essencial, essa ocasional postura ativista, em busca de garantir os direitos fundamentais e realizar ações afirmativas, o ativismo judicial pode-se mostrar nocivo, tendo em vista que de acordo com a opinião do excelentíssimo ministro Luíz Roberto Barroso (2019) as Constituições não resistem a progressivas mudança do seu texto, desta forma, as mutações constitucionais, mesmo que, sendo consequência das mudanças sociais eles ainda constituem uma verdadeira fraude ao texto constitucional.

Como já foi afirmado por Fuller (2018), “é evidente que ao poder executivo foi dado o direito de legislar livremente e todos nós sabemos que algumas de nossas leis foram praticamente reelaboradas pelo poder judiciário em consequência desse fato.”

A atividade jurisdicional do STF que somente deveria ser responsável por controle de constitucionalidade, com o passar do tempo, ao julgar casos trazidos até ele, suas decisões passaram a se tornar precedentes, conseqüentemente virando regra, caracterizando-se como uma mutação constitucional, dando ao STF (um órgão do judiciário) poder legislativo. Tal poder não é exclusivo do sistema jurídico brasileiro, ele pode ser evidenciado em diversos outros lugares do mundo, inclusive na Romênia:

“Nenhuma autoridade pública, nem mesmo a corte regular, pode desafiar o entendimento da corte Constitucional, todas elas são então obrigadas a botar em prática de acordo com as decisões da corte Constitucional como o elemento essencial do poder da lei” (TĂNĂSESCU, 2013, p. 32, Tradução livre).

A ideia de mutação constitucional é defendida pela doutrina positivista, a qual sustenta que o direito é um sistema de regras válidas no passado, portanto a medida que essas regras não representem mais a realidade, ou se mostrarem insuficientes para solucionar determinadas lides, os juízes têm a obrigação de criarem regras (jurisprudência) para resolver esse caso, tapar essa lacuna. Ou nas palavras de Grondin (1999, p. 194): “entender um texto do passado significa traduzi-lo para a nossa situação presente, escutando nele uma discursiva resposta para os questionamentos da nossa era”.

Essa não é a posição defendida pelo Ministro da Corte Constitucional Norte Americana, o Justice Scalia, defensor de sua tese única, mas que se aproxima do *judicial restraint*, conforme já apresentado em tópico anterior, que demonstra a usurpação do princípio da tripartição de poderes e da própria vontade constitucional, ao permitir a atividade legislativa por parte do judiciário.

O uso da interpretação constitucional pode ser exemplificado num trecho do livro “O caso dos exploradores de caverna”, no qual se discorre sobre a legítima defesa (Fuller, 2018):

“O dispositivo legal cuja interpretação devemos realizar nunca foi aplicado literalmente; Há séculos estabeleceu-se que matar alguém em legítima defesa é escusável. Não há nada no texto legal que sugira esta exceção. Várias tentativas têm sido feitas para conciliar a aceitação jurisprudencial da legítima defesa com o texto da lei, embora

em minha opinião não constituam senão engenhosos sofismas. A verdade é que a exceção em favor da legítima defesa não é conciliável com as palavras da lei, mas somente com seu propósito”.

Os votos dos ministros a respeito de cada caso lacunoso é feito a partir do uso das diversas técnicas da hermenêutica sobre o texto constitucional, atividade essa em que o juiz deve afastar-se de suas convicções pessoais, a fim de encontrar o propósito do legislador ao formular a lei, evitando contaminá-la como mostrado no caso a cima em que Fuller (2018) afirma que: “Não há nada no texto legal que sugira esta exceção”, argumento este que pode ser sustentado por Dworkin (2010, p. 60):

“O critério para a função e aplicação de um princípio não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a uma de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade da norma”

Porém, o que se tem muito discutido é exatamente o que acabou de ser abordado, evidencia-se o uso da Hermenêutica jurídica como uma ferramenta utilizada com a finalidade de distorcer a lei do seu conteúdo original, para que cada ministro possa fundamentar seus votos de maneira que imponham suas opiniões pessoais, o ativismo nocivo, e não a vontade da lei.

Como já mostrado, respaldado na opinião respeitadíssima do Ministro Scalia, isso não necessariamente ocorre de forma intencional e maléfica do magistrado, a interpretação em desconforme com a lei, em busca do espírito da lei, acaba se contaminando com a opinião pessoal de cada juiz, mesmo que de forma não intencional, o que demonstra que os casos de hermenêutica jurídica devem ser restritos a casos importantíssimos (ou, quando a lei expressamente autorizar), como será demonstrado a seguir, a fim de garantir maior segurança jurídica.

Aceitando o ponto de vista de Fuller, a interpretação constitucional não encontrará na letra da lei, justificativa que venha satisfazer a lacuna legal, a qual só será preenchida ao encontrar o propósito da lei, todavia essa busca por encontrar o “propósito” da lei pode mostrar-se algo ideal, algo impossível, algo metafísico, e até mesmo um subterfúgio para tornar possível a inserção de crenças pessoais dentro de uma “interpretação”. Então, conclui Fuller (2018) que o processo de interpretação é:

“O processo de revisão requer três etapas. a primeira delas consiste em adivinhar algum “propósito” único ao qual serve a lei, embora nenhuma lei em

uma centena tenha um propósito único e embora os objetivos de quase todas as leis sejam diferentemente interpretados pelos diferentes grupos nelas interessados. A segunda etapa consiste em descobrir que um ser mítico chamado “o legislador”, na busca deste “propósito” imaginado, omitiu algo ou deixou alguma lacuna ou imperfeição em seu trabalho. Segue-se a parte final e mais reconfortante da tarefa, a de preencher a lacuna.”

O trecho apresentado ilustra perfeitamente o que de fato acontece no judiciário brasileiro (independente do grau de jurisdição), se aceito o ponto de vista de Scalia, o uso da interpretação de leis como ferramenta de imposição e fundamentação de opiniões pessoais dos magistrados, algo que vai totalmente contra o papel de um juiz que nas palavras de um dos juízes presentes no caso fictício dos exploradores de cavernas é: “Ao contrário de meus colegas, eu respeito as obrigações de um cargo que requer que se deixem as predileções pessoais de lado, ao interpretar e aplicar a lei deste país” (FULLER, 2018).

4.2.5. QUAL O POSICIONAMENTO DA FILOSOFIA LIBERAL?

Nessa toada, um liberal se vê em uma encruzilhada quando se trata da discussão sobre o uso ou não do ativismo judicial. Quando se trata do Ativismo Negativo, conforme delimitado, é indiscutível, independente de qual espectro político esteja se tratando, ele é errado, é sinônimo de egoísmo, corrupção, é abominável.

Porém, quando a motivação do ativismo judicial for em torno da proteção de direitos fundamentais, o liberal de fato encontra um dilema, pois, ao defender o ativismo nessas situações ele estará indo de contra a máxima liberal exposta no primeiro tópico dessa pesquisa, o império da lei, que trata da segurança jurídica, pois, jurisprudências advindas do STF que visem garantir direitos fundamentais, quando se tratarem de posturas ativistas, estarão indo contra a própria letra da lei (esse é o significado de ativismo judicial), portanto, o liberal ao defender isso estará indo contra uma das próprias máximas liberais.

Em outro sentido, ao liberal ser contra o ativismo quando se tratar sobre a proteção de direitos fundamentais, esse liberal também estará indo contra uma outra máxima liberal apresentada, a liberdade, pois, quando se fala em liberdade se fala nos direitos

de 1ª e 2ª geração, os direitos humanos, e como já visto também, direitos humanos são o mesmo que direitos fundamentais.

Desta maneira, assim como na hermenêutica jurídica, essa discussão, até mesmo filosoficamente, se tratará de uma verdadeira ponderação de princípios.

Essa tarefa, nesse caso concreto é muito simples, pois, como visto ao longo de toda essa pesquisa, a jornada do liberalismo ao longo de toda a história da humanidade, se deu em função da conquista de direitos e garantias, inclui-se nisso: um governo representativo (com a destituição dos governos absolutistas) e a inclusão de direitos a serem tidos como indispensáveis a vida humana numa Lei Superior as demais (para dar-lhes maior dificuldade de alteração).

Visto isso, quando se tratar do sacrifício do império da lei em favor da liberdade, ao se utilizar do ativismo judicial, estará sacrificando a segurança jurídica (a não mutabilidade da lei) em prol da sua existência e defesa pela filosofia liberal, a própria proteção dos direitos fundamentais, no entanto, vale salientar que a máxima liberal do império da lei, está se referindo ao respeito do arcabouço legal do país como um todo, mais importantemente de sua Constituição como um todo, não o respeito à Lei X ou artigo Y de forma isolada.

Portanto, ao sacrificar o império da lei em prol do motivo pelo qual ele é uma máxima liberal, leia-se garantir segurança jurídica à proteção dos direitos fundamentais, esse sacrifício estará alcançando o próprio objetivo pelo qual o império da lei existe, nesse sentido, ao permitir o uso do ativismo judicial nesses casos, não haverá desrespeito ao império da lei, pelo contrário, ela estará alcançando seu próprio objetivo, desta maneira:

“o Judiciário deve ser autocontido quando estejam em discussão temas referentes à economia, à Administração Pública e a escolhas políticas em geral. Regulação econômica, regime jurídico de servidores, escolha de Ministros ou demarcação de terras indígenas são bons exemplos de situações em que o Judiciário deve se ater a verificar se houve devido processo legal, evitando interferir no mérito das decisões. De outra parte, temas envolvendo direitos fundamentais (e.g., liberdade de expressão, proteção de minorias), moralidade administrativa (e.g., proibição do nepotismo) ou defesa da democracia (e.g., definir previamente o procedimento a ser observado no impeachment) podem legitimar um comportamento mais ativista.” (Barroso, 2019)

Concluindo, o ativismo judicial deve ser defendido estritamente quando se tratar de defesa de direitos fundamentais, e, quando não for possível esperar um posicionamento do Legislativo, desta forma, quando o ativismo judicial for utilizado nesse sentido, pode-se considerar que, assim como os direitos fundamentais são direitos liberais, o ativismo judicial, como uma ferramenta de defesa desses direitos, também é liberal.

5. Conclusão

Resta-se evidente, as conquistas do liberalismo ao longo da história, e, a sua contínua influência que resiste nos dias de hoje, para afastar governos ilegítimos, por fim a ditaduras, garantir direitos fundamentais e dar mais eficiência a máquina pública.

Desde a influência inicial dos filósofos ditos como iluministas, as ideias que clamavam por um governo mais justo e representativo lideraram revoluções desde a época de Martinho Lutero, levando a severas revoluções que culminaram na destituição dos governos absolutistas e impuseram governos constitucionalistas, mesmo que não democráticos, mas que culminaram na democracia com o passar dos anos. A chama liberal foi acesa no restante do mundo e, suas ideias reverberaram no Brasil.

Em um Retrospecto, fica claro que desde a época do Marquês de Pombal, os ideais liberais foram o nosso guia, nossa luz, para cada vez mais, garantir a nosso povo mais liberdade, seja na liberdade de crença, de opinião, afetiva, política, ou, por uma atuação negativa do Estado, ou, por meio de uma atuação fiscalizatória, e, até mesmo posteriormente com uma atuação positiva por meio do ativismo Judicial e de ações afirmativas. O liberalismo esteve e está presente em tudo, como nossa bússola pela liberdade, mesmo que, tenhamos passado por recessos democráticos com nossas crises representativas, nossa bússola pôde até tardar em certos momentos, como na ditadura de 64, demorando 20 anos, mas ela não falha, em nos levar ao caminho da liberdade e da garantia dos direitos fundamentais.

Sendo assim, o ativismo judicial surge como uma realidade inevitável, porém, não desejável, com o advento do positivismo jurídico, apesar de ser um fenômeno intrínseco, que acompanha o judiciário, existente desde os primórdios da justiça, como consequência inevitável desta, e da corrupção que é inerente ao ser humano, e, a

inevitabilidade da contaminação das interpretações judiciais (seguindo a visão de Scalia).

Nesse sentido, com a prerrogativa de defender os direitos conquistados pelas próprias revoluções liberais, o ativismo judicial encontra uma causa legítima para atuar e existir, como uma ferramenta de defesa dos direitos e garantias fundamentais, os direitos liberais, sendo o ativismo do mesmo modo que os direitos fundamentais, uma ferramenta liberal, em defesa de todos os que necessitem, mas, mais importante ainda, das minorias, tendo inclusive uma função contramajoritária.

Ademais, não é por considerar o ativismo judicial em defesa dos direitos fundamentais uma causa legítima que abstém a jurisdição brasileira de críticas, ficou evidente que nossa suprema corte tem um acúmulo extremo de funções que, somado a judicialização da política, da saúde e da vida em geral, isso vem gerando consequências negativas.

Por esse motivo, por conta do nosso judiciário estar sobrecarregado e ter de tomar decisões em que são obrigados a decidir em prol do direito fundamental lhes apresentado de forma direta, não levando em conta o direito fundamental que certamente esta sendo comprometido de forma indireta, por consequência da irresponsabilidade fiscal resultante dessas decisões, que o sistema jurisdicional, ou, o sistema brasileiro em geral deve ser repensado, visto que, apesar de aos olhos nus o supremo e as jurisdições inferiores estarem tomando decisões louváveis, salvando as vidas que lhe são apresentadas diretamente, há uma inúmera quantidade de indivíduos que tem seus direitos fundamentais feridos em consequência dessas mesmas decisões furtivamente irresponsáveis.

Deste modo, o uso do ativismo nessas situações deve continuar sendo visto com bons olhos, porém, devem ser pensadas soluções quanto as críticas pertinentes a irresponsabilidade fiscal, como por exemplo, um fundo nacional destinado a causas como essas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, Editora Fórum, 2019, Arquivo Kindle.

BARROSO, Luís Roberto; **Dez anos da constituição de 1988 (foi bom pra você também?)**. Rio de Janeiro, R. Dir. Adm., 1998.

BARTLEY, Robert L; **BENNET**, William J; **BERKOWITZ**, Peter; **BORK**, Robert H; **Has the supreme Court gone too far?** Commentary, 2003.

Bobbio, Norberto, **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo, Malheiros, 2010.

Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2014.

COSTA, Sandro José de Oliveira. **O fenômeno da mutação constitucional**. Rio Grande, Âmbito Jurídico, 2009.

Dimoulis, Dimitri. **Manual de Introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica...** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade, com ajuda de Rose D. Friedman; Tradução Afonso Celso da Cunha Serra**. - 1. ed. - (4. Reimpr.). - Rio de Janeiro: LTC, 2019.

FRIEDMAN, Milton. **Free to choose**. Estados Unidos, 1980. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dngqR9gcDDw>

FULLER, Lon L. **The case of the speluncean explorersO Caso dos Exploradores de Cavernas**. Harvard Law Review. Cambridge. 2018, Arquivo Kindle.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HAYEK, F. A. O caminho da servidão. São Paulo, Ludwig von Mises Brasil, 2010, Arquivo Kindle.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo, Método, 2007

LUCAS, John Randolph. Democracia e Participação. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.

Manning, John F. Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint. Harvard Public Law Working Paper no. 18-02. Harvard, 2017.

MARTINEZ, Walkiria. A reforma política brasileira à luz dos institutos plebiscito e referendo: mais uma proposta à democracia. Curitiba, Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, 2018

MELLO, Celso, Discurso proferido, em nome do STF, na solenidade de posse do ministro gilmar mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil. Brasília, 2008. Disponível em: www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/discursocm.pdf, p. 11.

MISES, Ludwig von. Ação Humana. São Paulo: LVM, 2018, Arquivo Kindle.

MISES, Ludwig von. As seis lições / Ludwig von Mises; tradução de Maria Luiza X. A. Borges - 9ª edição revista. - São Paulo: LVM, 2018, Arquivo Kindle.

MISES, Ludwig von. O Contexto histórico da escola austríaca de economia / Ludwig von Mises; Tradução de Isabel Regina Rocha de Sousa. – São Paulo: LVM, 2017.

MISES, Ludwig von. Sobre moeda e inflação: uma síntese de diversas palestras / Ludwig von Mises; tradução de Evandro Ferreira e Silva - 1º edição. - São Paulo LVM, 2017.; Coleção von Mises.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Juízo e prisão: ativismo judicial no brasil e nos EUA. Porto Alegre, Boutique Jurídica, 2018.

PAIM, Antônio. História do Liberalismo Brasileiro. São Paulo: LVM, 2018, Arquivo Kindle.

RAMOS, Adriana; Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. Curitiba, Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, 2010.

RAND, Ayn. **Cântico**. Vide; Edição: 1ª, 2015, Arquivo Kindle.

REDAÇÃO, **A inspiração para Gilmar Mendes**. São Paulo, Valor econômico, 2008.

SANTOS, Tiago; **BIANCHI**, Ana, **Além do cânon: mão invisível: ordem natural e instituições**. São Paulo, Estudos Econômicos. 2007, Arquivo Kindle.

SCHUMPTER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. São Paulo: LVM, 2018, Arquivo Kindle.

SENADO FEDERAL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Centro Gráfico, BRASIL, Brasília, DF, 1988.

STEWART JR, Donald. **O que é o liberalismo?** São Paulo: LVM, 2018, Arquivo Kindle.]

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG), Letramento, 2017.

TĂNĂSESCU, Simina; **Constitutional review or Judicial Activism. Romania**, Law Review, 2013.

TEIXEIRA, Anderson. **Ativismo judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. São Paulo, Revista Direito GV, 2012

TOFFOLI, José Antonio Dias, **30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições / organização José Antonio Dias Toffoli**. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

VILELA, Hugo. **Decisões vinculantes dos tribunais superiores**. São Paulo, Valor econômico, 2011.