A DEMOCRACIA PELA JUSTIÇA: JUDIOCRACIA

DÉBORA NUNES MATTOS*
PROF^o. ME. GUSTAVO COTOMACCI**

RESUMO

A razão de existência deste artigo se perfaz pela tutela jurisdicional estar em constante sobressalto com relação ao cenário político e temas essencialmente originários dos demais poderes do Estado. Propõe-se, por este, analisar os diferentes aspectos, compreender os fenômenos e contextualizar pautas atuais que indicam a problemática e a consolidação do colapso dos parâmetros e limites entre a repartição gestorial da conjuntura apresentada. É certo que o princípio da separação dos poderes sofreu diversos reflexos e mudanças, ocasionados pelo tempo e a própria sociedade e, assim sendo, a partir desta circunstância, será focado pelo presente estudo o poder anfitrião da discussão proposta, qual seja, o Judiciário. Todo o conteúdo de pesquisa se deu através do teor doutrinário, normativo e da jurisprudência. Analisando, para fins de entendimento da questão, a maneira como o enfocado poder estatal se evidencia enquanto detentor da jurisdição, esta, monopólio do Estado. Ainda, este traz a análise da forma como o poder se envolve na questão, embasado por suas prerrogativas previstas na Constituição Federal. Não somente e, por fim, se estuda por este, para os fins necessários, as discussões sobre os fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da política, e suas ligações e reflexos com o tema principal, uma vez que esses fenômenos encontram-se dentro da ideia do que seria a Judiocracia, que por este trabalho é proposto como objeto de estudo e aprofundamento.

Palavras-chave: Estado, Poder Judiciário, Ativismo Judicial, Judicialização da Política, Judiocracia.

DEMOCRACY FOR JUSTICE: JUDIOCRACY

ABSTRACT

The reason for the existence of this article is due to the fact that jurisdictional protection is in constant shock in relation to the political scenario and themes essentially originating from the other powers of the State. It is proposed, therefore, to analyze the different aspects, to understand the phenomena and to contextualize current guidelines that indicate the problem and the consolidation of the collapse of the parameters and limits between the management breakdown of the presented conjuncture. It is true that the principle of separation of powers has undergone several changes caused by time and society itself and, therefore, from this scenario, it will be focused by this study, the host power of the proposed discussion, namely the Judiciary. All research content

* Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo (UMESP). Endereço eletrônico: deboranunesmattos@gmail.com.

** Mestre em Educação pela Universidade Metodista de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC. Advogado. Professor Universitário.

was based on doctrinal, normative and jurisprudential content. Analyzing, for the purpose of understanding the issue, the way in which the focused state power is shown as the holder of the jurisdiction, this, the State's monopoly. Still, this brings an analysis of how the power gets involved in the issue, based on its prerogatives provided for in the Federal Constitution. Not only and, finally, it is studied by the latter, for the necessary purposes, the discussions on the phenomena of Judicial Activism and the Judicialization of politics and their links and reflexes with the main theme, since these phenomena are found within the idea of what Judiocracy would be, which for this work is proposed as an object of study and deepening.

Keywords: State, Judiciary, Judicial Activism, Judicialization of Politics, Judiciary.

A LEGITIMIDADE E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De maneira introdutória, cabe indicar que todos os limites Estatais encontram-se nos ditames da Constituição Federal, nossa norma suprema, e que isso inclui dispor sobre atribuições e prerrogativas dos poderes do Estado, além de sua estrutura e implicações. É necessário, também, entender que a repartição dos poderes ainda é considerada, pela concepção da finalística, um sistema de contensão, ou seja, de um poder para com o outro, bem como, de que a repartição dos poderes é cláusula pétrea, e, em razão disto, impassível de supressão. Em consonância, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco:

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. (MENDES e BRANCO, 2018, p. 2163).

Em consonância ao que entende o professor Alexandre de Moraes (2017), a limitação da jurisdição nada mais é que a submissão do Poder Judiciário aos ditames legais - conforme princípio da legalidade - ao exercer de sua função jurisdicional, não podendo disso, inclusive, eximir-se. Em cordato:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue (MORAES, 2017, p.73).

Tanto a legitimidade, quanto os limites da jurisdição, se dão por força normativa, havendo, deste modo, direta ligação com o princípio da legalidade, uma vez que a Administração Pública e demais componentes do Estado somente podem pautar-se nos limites de atuação e deliberação trazidos em lei, de modo que a jurisdição só foi dada ao poder Judiciário por força normativa constitucional.

A prerrogativa *juris dicti*¹ essencial do Poder Judiciário se deu em razão da necessária apreciação do Estado de não se abster quando, dentro do campo que envolva um particular, haja conflitos de interesses que necessitem serem levados à tutela jurisdicional, uma vez que, se assim não o fosse, haveria desestabilização social ao dar poder a cada indivíduo totalmente parcial em seus conflitos. Neste entendimento, aduz Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Impondo-se a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito conhecido como *iuris dictio*. (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 31).

Assim sendo vencida a questão exposta, nos debruçemos nas particularidades da interpretação da lei, tal como segue.

A INTERPRETAÇÃO DA LEI COMO MEIO CONDUTOR PARA O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO

A princípio, antes do adentramento na metodologia da aplicação da interpretação da norma, esta, que não se confunde com o conceito de hermenêutica jurídica e o entendido como o Direito enquanto ciência, vejamos o que entende Hans Kelsen acerca do ponto de partida do estudo da ciência jurídica:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivado – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É a teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. (KELSEN, 2015, p. 1).

O estudioso expressa a ideia basilar da análise da ciência jurídica no tocante às raízes da norma, estas, como não detentoras do juízo de valor particular, se cumpre em abrangência geral e se afasta de outros ramos e valores, tal como podemos observar na continuação do pensamento aludido:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Di-

¹ Do latim, dizer o direito.

reito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2015, p. 1)

A partir da concepção do que é o direito, e o entendimento do que é um ato, em seu julgamento jurídico, compreende Hans Kelsen (2015) que o que dá a um ato relevância jurídica é o sentido objetivo ligado a este, a significação que ele possui. Uma vez dotado de relevância jurídica, o que faz a norma assim figurar e de onde emana a nascente de sua interpretação, tal como aborda:

A palavra ‘dever’ (Pflicht) está ligada a língua alemã - especialmente, depois da ética de Kant - a ideia de um valor moral absoluto. O princípio no qual o homem deve cumprir sempre o seu ‘dever’ ou os seus ‘deveres’ pressupõe evidentemente que haja deveres absolutos, inteligíveis para todos. De outro modo, isto é, se se admitisse que não há uma moral absoluta, mas várias e muito diversas ordens morais que prescrevem condutas que se contrariam, o princípio citado, que constitui o princípio fundamental da ética Kantiana, reconduzir-se-ia à tautologia que o homem deve sempre fazer aquilo que, de conformidade com a ordem moral tomada em consideração, é prescrito, ou seja: que ele deve fazer o que deve fazer. O conceito de dever jurídico se deve exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral (KELSEN, 2015, p. 131).

Assim sendo, de acordo com o entendimento do estudioso, o “dever ser” da norma deverá se dar através de bases interpretativas não distantes das bases científicas, uma vez que aquele possui condão genérico e de ampla extensão, um grande peso da valoração pessoal não se adequa com a forma em que a norma deve ser tida e, por consequência, interpretada. No concernente à interpretação em *lato senso*, expõe Norberto Bobbio, um parecer de grande norte e relevância para o entendimento da questão em análise:

A interpretação é uma atividade muito complexa que pode ser concebida de diversos modos. Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois pólos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito (pense-se nas diversas escolas de interpretação bíblica). De um outro ponto de vista, fala-se de interpretação estática e de interpretação dinâmica, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-lo às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais (pense-se nos diversos modos em que pode ser interpretado um trecho musical) (BOBBIO, 1995, p. 213).

Bobbio (1995) aponta a utilização dos critérios hermenêuticos no momento do adentramento do que seria a interpretação relacionada ao âmbito do positivismo jurídico. Antes de expor o que por ele se é lecionado, é de pertinência a menção do que se caracteriza por hermenêutica. Do Grego *hermeneuein* - *hermeneia*, do verbo interpretar – interpretação, possui relação com o deus grego Hermes, que possuía a função de mensageiro, transformando tudo o que ultrapassava a compreensão humana, em teor que essa inteligência conseguisse compreender.

O estudo sobre a hermenêutica é extensivo. De tal maneira, o adentramento a ela será somente a título de noções básicas, sendo suficiente para o presente trabalho, o que indica Carlos Maximiliano:

A Hermenêutica envolve com a teoria geral da ciência a que aplica os seus preceitos; serve-se dos métodos que esta descobre; aplica à exegese os processos adequados a promover, no campo da legislação, o progresso, o aperfeiçoamento, a aproximação contínua do ideal da justiça. Por isso, o Direito Comparado, desde que se tornou o fanal dos elaboradores de normas, também passou a auxiliar vigorosamente o intérprete. Confronta-se o dispositivo sujeito a exame, com outros sobre o mesmo assunto vigorante entre povos cultos, e da interpretação atribuída a regras semelhantes redigidas por legisladores estranhos, conclui-se o sentido e o alcance do texto nacional (MAXIMILIANO, 2011, p.108).

Quanto a ferramenta de interpretação mencionada, que não se confunde propriamente dita com a interpretação em si, mas sim em formas de fazê-la, voltemos a nos debruçar conforme as indicações de Norberto Bobbio:

O positivismo jurídico põe um limite intransponível à atividade interpretativa: a interpretação é geralmente textual e, em certas circunstâncias (quando ocorre integrar a lei), pode ser extratextual; mas nunca será antitextual, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei. (BOBBIO, 1995, p. 214).

Segundo o entendimento de Norberto Bobbio (1995), o qual não contrasta do exposto por Kelsen em sua teoria pura do direito, entende o doutrinador que a interpretação, detentora dos imperativos genéricos legais, independentemente de sua amplitude de flexibilização, como é o caso das mencionadas circunstâncias extratextuais, não poderá se distanciar do exposto em lei pelo legislador. Para melhor elucidação dos termos mencionados, continua Bobbio, sobre o que concerne os meios de interpretação textual:

Para reconstruir a vontade que o legislador expressou na lei, o positivismo jurídico se serve principalmente de quatro expedientes (ditos meios hermenêuticos) que já haviam sido elaborados pela precedente tradição jurídica: a) o meio léxico (chamado com expressão pouco correta interpretação gramatical), que consiste na definição do significado dos termos usados pelo legislador, mediante a análise e a comparação dos contextos lingüísticos nos quais tais termos são empregados (se a defi-

nição consiste na formulação das regras para o uso de um termo, pelo uso de um termo pode-se, ao contrário, extrair sua definição). b) O meio teleológico, chamado comumente de interpretação lógica, expressão imprópria, visto que se trata de um meio interpretativo baseado na *ratio legis*, isto é, no motivo ou finalidade para os quais a norma foi posta. Partindo do duplo pressuposto de que o legislador, como ser razoável, se coloque fins e estabeleça meios idôneos a serem atingidos, uma vez individualizado o fim do legislador, este pode dar aqui esclarecimentos sobre as modalidades de sua consecução, isto é, sobre o conteúdo da lei. c) O meio sistemático, que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto pode-se procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação a todas as outras. d) O meio histórico, que consiste na utilização de documentos históricos diferentes do texto legislativo, para reconstruir a vontade do legislador; com relação ao direito dos Estados parlamentares, tal meio comporta essencialmente o estudo dos trabalhos preparatórios, pelos quais se pode conhecer as várias intenções para as quais uma lei foi aprovada e qual delas prevalece sobre as outras. (BOBBIO, 1995, p. 214-215).

O autor elenca, a princípio, os métodos de interpretação textual mais principiológicos em detrimento da derivação direta da lei e de sua construção, são os modos geralmente adotados, todavia, aduz, no instante da necessidade, também é forma de interpretação extratextual, e sobre isso leciona:

A jurisprudência tradicional havia conservado sua tarefa: tornar claro o conteúdo das normas jurídicas postas pelo legislador, e integrar o ordenamento jurídico no caso em que este apresentasse lacunas. Vimos (cf. § 54) que o positivismo jurídico admite a existência das lacunas compreendidas em certo sentido como formulação incompleta da vontade do legislador. Assim ele admite, além da interpretação em sentido estrito, a integração do direito por parte da jurisprudência, destacando, no entanto, que tal integração não é uma atividade qualitativamente diferente da interpretação (não é, portanto, uma atividade criativa), mas, ao contrário, é uma *species* particular do *genus* interpretação. Neste sentido se fala de interpretação integrativa, para indicar que a integração ocorre no interior do ordenamento, com meios predispostos pelo próprio ordenamento (auto-integração). Com a interpretação integrativa estende-se a casos não expressamente previstos a mesma disciplina estabelecida por uma norma que prevê casos similares. Isso, porém, significa que o problema das lacunas não é tão simples como pretende a teoria da norma geral exclusiva, segundo a qual são permitidos todos os comportamentos que não são obrigatórios (que não são, portanto, nem comandados, nem proibidos). (BOBBIO, 1995, p. 215).

É importante frisar que o entendimento no que se refere tanto às questões interpretativas da norma, quanto a seu estudo das formas de análise normativa, seja no momento do entendimento de seus métodos, ou sua criação e seu destrinchar

histórico, vai além do que demonstrado por este artigo, tal como entendem os estudiosos citados, por tratar-se de um tema de extrema abrangência e difícil caracterização. Cabe por fim, para este estudo, entender que a interpretação, em todas as suas nuances, é complemento e instrumento da norma. Sobre sua aplicabilidade, vejamos o que entende Hans Kelsen:

A necessidade de uma interpretação normativa resulta justamente do fato de a norma ou o sistema das normas deixar várias possibilidades em aberto, ou seja, não conter ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixar antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto à sentença judicial. (KELSEN, 2015, p. 259).

Em outras palavras, e sobre o pensamento até o momento cultivado, obtendo-se pois a visão do juiz como intérprete final do direito, se faz necessário vislumbrar que caso este inove quanto ao entendimento da lei, a utilizando de forma adversa dos nortes da letra legal, este está se validando mediante técnicas de interpretação que não se limitam ao desejo do legislador, possibilitando de tal modo, excessos no processo cognitivo da norma, o que pode desta forma ser condutor para o ativismo e a judicialização que serão retratados mais à frente.

MÉTODOS, FONTES E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Após introdução da noção hermenêutica, é possível falar acerca do que vem a ser a interpretação judicial, como é feita, como se dá, de onde vem, e pelo o que se perfaz. Dentro da hermenêutica, a interpretação judicial é vista quanto a sua origem, uma vez que seria uma interpretação obtida originalmente através dos órgãos judiciários, ou seja, caracterizando-se por meio da jurisprudência e súmulas, tal como leciona Rogério Greco:

É a realizada pelos aplicadores do Direito, ou seja, pelos juízes de primeiro grau e magistrados que compõem os tribunais. Por intermédio de suas decisões, os magistrados tornam a lei viva, aplicando-a na solução dos casos concretos que lhe são apresentados. Deve ser ressaltado, contudo, que somente devemos falar em interpretação judicial ou jurisprudencial com relação aquela que é levada a efeito intra autos, ou seja, no bojo do processo judicial. Se os juízes do STF ou do STJ emitem suas opiniões, interpretando a lei penal em palestras, congressos etc., jamais podemos considerar este tipo de interpretação como de natureza judicial. Em suma, somente uma interpretação para a aplicação da lei feita nos autos de um processo, é que pode ser considerada judicial. (GRECO, 2010, p. 33).

Aplicando-se, pois, a norma no decorrer da interpretação dos tribunais, e vislumbrando o que isso pode representar de forma prática, é possível entender que o intérprete desta não pode se ater quanto a intenção do legislador, não podendo

desobedecer o imperativo da norma, ainda que intentando melhor aplicá-la, mas sim o oposto disto, devendo este vislumbrar seu cumprimento e se movendo tanto quanto a letra da lei o permita de acordo com as necessidades do caso concreto. Elival da Silva Ramos aduz acerca do tema:

Não é possível tratar de um tema como o dos limites do poder criativo da jurisdição constitucional (em sentido amplo) e dos parâmetros ao correspondente ativismo Judiciário sem explicitar os pressupostos de que se parte em termos de Teoria da Interpretação, a qual, por seu turno, se vincula, necessariamente, a determinado modo de compreender o direito, vale dizer, a determinada Teoria do Direito. O entrosamento desta com os saberes específicos e Dogmática Jurídica é muito mais intenso e profundo do que imaginam os operadores do direito e mesmo alguns juristas de perfil dogmático. (RAMOS, 2010, p. 54).

A interpretação do magistrado pode se dar em três formas, sendo elas: a extensiva, restritiva e declarativa. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2001), a forma extensiva é a conclusão por parte do magistrado de que o alcance da letra da lei é mais vasto do que indicam seus termos, havendo alargamento do seu campo da incidência, inclusive para a situação não prevista, todavia virtualmente incluída. A restritiva, de acordo com Ferraz Júnior (2001), suprime o sentido normativo, de modo a considerar limitações de sua incidência pela diminuição da amplitude do texto. É importante também dizer que esse tipo de resultado, assim como na interpretação extensiva, se faz presente nas atividades de judicialização da política e ativismo judicial. Quanto ao entendimento, vejamos:

Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Em geral, o intérprete vale-se de considerações teleológicas e axiológicas para fundar o raciocínio. Supõe-se, assim, que a mera interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los (FERRAZ JR., 2001, p. 291).

Já a forma declarativa, seria o ideal entendimento quanto a uma interpretação normativa, na qual consiste na declaração, que expressa a norma, sem obtenção de modo que a restrinja ou estenda, não causando danos ou qualquer outro desdobramento diferente que não o seu real significado, produzindo assim, o conteúdo desenvolvido pelo legislador. Sobre o tema, mais uma vez leciona Ferraz:

Uma interpretação declarativa especificadora parte do “pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado”, ou seja, segundo a teoria dogmática “na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a mens legis ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência” (FERRAZ JR., 2001, p. 290).

Na obra *Teoría de la Constitución*, Alfredo Gallego Anabitarte faz a tradução do estudo do filósofo e político germânico Karl Loewenstein (1979). O estudioso adverte em sua obra justamente quanto às questões externas dos parâmetros inseridos pelo legislador que não podem influir nos operadores do direito, uma vez que isso possibilitaria a caracterização de todos os fenômenos estudados no presente trabalho, dentre eles o ativismo, a politização, e até mesmo a própria “judiocracia”. Quanto aos ensinamentos de Karl Loewenstein, vejamos:

En virtud de la completa independencia de la función judicial frente a todos los otros de tentadores del poder, tiene una importancia decisiva la forma de designación para el cargo judicial. La experiencia general sociopsicológica, según la cual el detentador de un cargo permanece obligado a la persona responsable de su nombramiento, contiene peligros específicos en el caso de la función judicial. Especialmente, cuando el nombramiento está determinado por consideraciones políticas, el favorecido está expuesto a la tentación humana de pagar su deuda desempeñando su cargo de forma condescendiente. (LOEWENSTEIN, 1979, p. 297).²

É possível afirmar de tal maneira que, ainda que de fato seja incompatível com as necessidades cotidianas atuais, a figura do juiz como mero porta-voz da lei, se este ideal for tomado como premissa maior, possuirá uma desconfiguração quanto ao que representa os ideais do regime de governo atualmente vivenciado no Brasil, qual seja, o governo democrático.

A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PELOS JUÍZES: TÉCNICAS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO

É sabido que atualmente a atividade cognitiva realizada pelos juízes não se limita a literal adequação à norma, restando cada vez mais crescente e comum a ideia de que uma decisão não mais decorre automaticamente do teor normativo; em vez disso, o juiz, coberto em sua atividade de dizer o direito, exerce uma função de natureza vezes criativa em relação à lei posta ao caso concreto. Nestes termos, vejamos os ensinamentos de Hans Kelsen:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado prece-

² Em virtude da total independência da função judiciária de todos os outros tentadores ao poder, a forma de nomeação para o cargo judicial é de importância decisiva. A experiência sócio-psicológica geral, segundo a qual o titular de um cargo continua obrigado ao responsável pela sua nomeação, comporta perigos específicos no caso da função judicial. Principalmente quando a nomeação é determinada por considerações políticas, o favorecido fica exposto à tendência humana de pagar sua dívida exercendo seu cargo de maneira condescendente. (Tradução nossa)

dente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedência quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso o Tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente. (KELSEN, 2015, p. 278).

Em outras palavras, ao dizer o direito, o juiz não declara só o que consta expresso em lei, mas atribui o significado de sua interpretação, não sendo assim sua atividade meramente declaratória, mas propriamente constitutiva.

Já foi concebido por este estudo que o idealizado pela doutrina seria que a lei contemplasse os casos concretos de forma a não possuir lacunas que ensejam análise pelas formas extratextuais, contudo, isso é utópico. A questão diz mais acerca da existência de casos em que os julgamentos apresentam criações judiciais em seu mais conciso sentido, nos quais acabam por prevalecer vontades políticas ou ideológicas do operador do direito, em detrimento, até mesmo, à própria legislação. Quanto a isso, sobre o que indica Mauro Cappelletti:

Vimos que a criatividade constitui um fator inevitável na função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossas práticas econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Mas, em consequência dessas premissas, há nesse ponto uma segunda questão a requerer resposta. Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar a legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo. (CAPPELLETTI, 1993, p.73)

A análise e cognição dos magistrados não é um mal, não há o que se falar quanto ao notório saber jurídico que os levaram ao status magistrais, contudo, sobre o que indica Cappelletti (1993), exprime-se a criatividade da função jurisdicional de uma forma negativa no momento em que os entendimentos se mostram até, de certo modo, atentados contra a segurança jurídica que a norma precisa exprimir.

Muito embora haja um parâmetro totalmente ativista, ele justifica-se normalmente pelo atingimento da justiça por meios legais, consubstanciando assim tal abertura para interpretação da norma, não podendo ser impedido sob a base de que a lei não prevê empecilho a sua relativização em prol da segurança jurídica. Neste diapasão, se faz consonância o que diz Karl Larenz:

(...) claro que na nossa ordem jurídica os tribunais não estão vinculados à interpretação em certa altura aceite. Podem, ou melhor, devem, des-

viar-se dela quando, segundo a convicção do tribunal, no caso julgar, melhores razões se inclinam para uma outra interpretação. Mas tais casos são relativamente raros; a relativa insegurança jurídica consubstanciada na possibilidade de uma alteração da jurisprudência dos tribunais tem que aceitar-se para tornar possíveis sentenças materialmente correctas (*sic*). [...] não existe, no entanto, uma interpretação absolutamente correcta (*sic*), no sentido de que seja tanto definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. (LARENZ, 1991, p. 442-443).

Como se constata por todo teor informativo construído até aqui, por trás de posicionamentos e das decisões contrastantes sobre matérias semelhantes, existem valorações. Os Ministros do STF apresentam, por exemplo, manipulação do sentido literal da norma, sempre se embasando na questão de que a lei possui interpretação e sentido unívoco no prevalecimento do sentido de justiça aos demais contrapostos.

O mesmo pensamento trazido é visto por todos os órgãos julgadores do Poder Judiciário, como é, por exemplo, o caso dos diversos Tribunais de Justiça que em momentos exprimem jurisprudência própria não pacífica com demais Tribunais de Justiça de outros Estados, e até mesmo as Varas Comuns que possuem diferentes posicionamentos em relação a matérias semelhantes, como é possível visualizar no compilado de jurisprudência colacionados a seguir que versam sobre a responsabilidade do pagamento de taxas condominiais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - TAXAS CONDOMINIAIS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - ACOLHIDA - No que toca à legitimidade da envolvida na lide, é sabido que se vincula à titularidade da relação material discutida - A responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais devidas é transferida em conjunto com a propriedade dos bens. (TJ-MG - AI: 10024110602653002 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 17/07/2019, Data de Publicação: 18/07/2019).

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TAXAS CONDOMINIAIS. OBRIGAÇÃO PROPRIETARIO OU POSSUIDOR. RESPONSABILIDADE. PROPRIETARIO OU POSSUIDOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. IMÓVEL CEDIDO. PROCURAÇÃO IM REM SUAM. POSSUIDOR. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL COM O BEM. CIÊNCIA DO CONDOMÍNIO. CARACTERIZAÇÃO. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA CARACTERIZADA. 1. Segundo remansosa jurisprudência, o pagamento das taxas condominiais incumbe a quem efetivamente exerce os direitos e deveres de condômino, podendo ser o proprietário ou o possuidor do bem. as taxas condominiais (*sic*) são obrigações *propter rem*, ou seja, aderem à coisa, e não à pessoa. Desse modo, afigura-se legítima a cobrança de taxas condominiais em favor do possuidor do imóvel. (...) (TJ-DF 07140021420188070007 DF

0714002-14.2018.8.07.0007, Relator: SIMONE LUCINDO, data de julgamento: 17/07/2019, 1ª Turma Cível, Data de publicação: publicado no DJE: 22/07/2019. pág.: sem página cadastrada.)

DESPESAS DE CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA CONVENÇÃO CONDOMINIAL NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUI ÔBICE AO AJUIZAMENTO DE AÇÃO PARA SE BUSCAR O RECEBIMENTO DAS DESPESAS CONDOMINIAIS INADIMPLIDAS. EXISTÊNCIA DE CONDOMÍNIO DE FATO BEM COMPROVADA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LOCATÁRIA. A obrigação de concorrer com as despesas condominiais tem natureza propter rem, de modo que a ação de cobrança pode ser proposta, à escolha do credor, em face de qualquer um daqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel (proprietário, possuidor, promissário (sic) comprador, etc.) (...). (TJ-SP - AC: 10034349820168260428 sp 1003434-98.2016.8.26.0428, Relator: Cesar Lacerda, Data de Julgamento: 01/08/2019, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/08/2019).

Nos julgados mencionados, os quais estão sendo utilizados como paradigmas, foi possível vislumbrar entendimentos diferentes sobre casos que possuem semelhança entre si, seja quanto a matéria de fato ou de direito. Em todos foi discutido a quem cabe a responsabilidade de débitos condominiais, quais, por força da lei, são dotados de natureza *propter rem*³. Ocorre também que, um tanto mais à frente no Código Civil, é possível vislumbrar⁴ que a letra da lei indica que o proprietário⁵ torna-se responsável pelas dívidas do bem, tal como, que nos três casos citados, a postura dos Tribunais fora um tanto quanto diferente entre si, ainda que a lei seja uma só.

É possível constatar como se perfaz o entendimento dos Tribunais acerca de matérias não pacificadas de fato, abrindo margem a todas as questões já aduzidas e que demonstram as formas como o texto normativo é manejado pelos magistrados, os métodos e as formas interpretativas são as mesmas já trazidas no presente trabalho, muito embora no ativismo e na judicialização elas sejam manipuladas para fins não meramente interpretativos e de adequação às necessidades e anseios existentes na sociedade.

JUDICIALIZAÇÃO: CONCEITOS E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Em uma acepção mais ampla, entende o doutrinador Barroso (2015) que a judicialização corresponde a um fenômeno que além de detentor de cunho jurí-

³ Obrigação *propter rem* é a que recai sobre uma pessoa, por força de determinado direito real. Só existe em razão da situação jurídica do obrigado, de titular do domínio ou de detentor de determinada coisa. (GONÇALVES, 2011, p. 28).

⁴ Art. 1.345. O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.

⁵ Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

dico, possui também em si elementos políticos, sociais, econômicos, uma vez que se perfaz em diferentes níveis e de maneiras diferentes em cada um dos meios mencionados, estabelecendo tendências de ampliação da normatização, expansão do espectro de questões passíveis de deliberação pelos juízes e tribunais. Nas palavras deste, o que caracteriza a judicialização:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico'. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês - a chamada democracia ao estilo de Westminster, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do Direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros. No início de 2010, uma decisão do Conselho Constitucional francês e outra da Suprema Corte americana produziram controvérsia e a reação política dos dois presidentes. Na América Latina, o caso da Colômbia é um dos mais significativos. (BARROSO, 2015, p.437 e 438).

No decorrer da leitura do mencionado autor é possível entender que judicialização pode ser vista sob duas abordagens, uma diz respeito política, que basicamente lida com a questão de acordo com a ótica institucional, enfocando o Estado e a modificação da estrutura de seus Poderes e como estes poderes se relacionam entre si pelo aspecto da judicialização, e a outra, enfoca a judicialização das relações sociais, que seria a tratativa da problemática através do prisma sociocultural, sendo a atenção dada à própria sociedade e aos processos de modificação das relações entre seus agentes causados pela judicialização e seus impactos.

A questão da judicialização tipicamente é associada à sua característica principal, ou seja, a iniciativa do Poder Judiciário quanto as deliberações do âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo nos quais, sobretudo, estas recaem em questões políticas, sendo este o ponto. O fenômeno se refere então a expansão do poder judicial no âmbito das relações políticas, se caracterizando de tal forma, mediante a sistematização jurídica na esfera estatal, o que acaba por propiciar uma maior intervenção do Poder Judiciário nas deliberações das questões existentes no cenário político, em outras palavras, seria a intromissão do Judiciário em questões que, até então, eram consideradas exclusivas ou basilarmente da alçada dos legisladores e gestores. Quanto a possível vertente da judicialização:

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. (BARROSO, 2015, p. 439).

Por fim, ao que se faz em pertinência ao tópico, de maneira indicada por Barroso (2015), algumas das causas da existência e difusão do fenômeno da judicialização da política, bem como, nos elucida através da menção de casos práticos que foram objeto da judicialização. Em suma, o autor indicou que, em grande proporção, a ideia da instituição política inexistente, enxergada não só socialmente, mas também por quem, de dentro, acaba por entender por mais confortáveis algumas das questões políticas serem entregues a apreciação do Poder Judiciário, entre outras possibilidades estruturais, acabam por embasar ainda mais que o debate político seja levado para o universo das pretensões judicializáveis.

A “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E A “POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA”

Vencida até o presente momento a ideia de que o Poder Judiciário caracteriza-se por suas funções como um todo e não somente a jurisdicional, é preciso, dentro do tópico acerca da judicialização da política, lembrar e entender um pouco mais sobre a ideia de que as demais prerrogativas do poder Judiciário, apesar de existentes, possuem caráter subsidiário e não fazem parte de sua função típica, sendo justamente os caminhos pelos quais circundam toda a problemática, seja na judicialização da política, na politização da justiça e até mesmo no que diz respeito ao entendimento atual do que seria o ativismo judicial, todos, impactando diretamente no que seria a “judiocracia”.

A caracterização da judicialização da política já fora amplamente exposta em debates internacionais e do mesmo modo vem se fazendo no Brasil, contudo, a questão é justamente a falta de consenso entre o que de fato implica essa participação específica do Poder Judiciário em questões do poder Legislativo e/ou Executivo, e o que se pauta de fato em excesso e por decorrência invade o caráter político da coisa, se confundindo entre si; sendo trazido por este trabalho e agora guarda noções para a comparação e análise juntamente ao que se entende por “politização da justiça”.

Se faz válido, ainda, ressaltar que a judicialização da política não se confunde com a politização da justiça, por mais que isso pareça lógico, em alguns momentos os termos podem soar como sinônimos e se faz necessário entender que não são.

Ambos partem dos mesmos extremos, todavia, de lados opostos da influência, ou seja, quando o caráter político influencia o funcionamento do Poder Judiciário se faz a politização da justiça e quando o Judiciário tem por pautas assuntos de discussão Legislativa e ou Executiva de cunho político, se dá a judicialização da política.

O que se verifica, em síntese, é que existe grande recorrência de decisões sobre questões políticas outrora decididas nas casas do Congresso Nacional ou nos partidos políticos sem intervenção do Poder Judiciário que estão sendo apreciadas por juízes e tribunais com cada vez mais recorrência, o que destoa e chama a atenção do que se pode nominar de ascensão do Poder Judiciário sobre o sistema político brasileiro.

Não somente está fora dos limites de atuação do Poder Judiciário decidir pautas de interesses estritamente políticos, mas também não faz parte de seus deveres utilizar de suas prerrogativas para julgar mediante tais motivações como muito se discutiu ter possivelmente havido no caso recente da condenação de um dos ex-presidentes do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva. Levantou-se a discussão acerca de como fora manejada toda a apreciação de prova e demais questões do processo crime e de toda a apuração, sendo possível exemplo prático do que é a politização da justiça, visto que, era um caso no qual muitos interesses políticos encontravam-se atrelados.

É importante também mencionar que o poder Judiciário é o poder mais desvinculado ao caráter democrático de direito se analisado pelo viés do voto popular, havendo a ressalva, porém, dos Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal, pois seus membros são indicações do Presidente da República, e pode-se entender que através dele houve a expressão da vontade popular, bem como na sabatina diante do Senado, que também, pela mesma razão, se pode entender que se fez posta à vontade popular.

É necessário complementar a informação trazida acima no tocante a não participação popular evidenciada de forma mais direta como é no cenário político no preenchimento dos cargos do Poder Judiciário, uma vez que guarda ainda menos relação com a vontade popular a forma de entrada dos componentes que fazem parte da estrutura judiciária, incluindo-se desde os magistrados, até demais colaboradores.

Ainda, sobre os colaboradores, não se pode esquecer também da forma de ingresso prevista no artigo 94 da Constituição Federal⁶, que é chamada como o quinto constitucional e se caracteriza na previsão da reserva de vagas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios à advogados e membros do Ministério Público a serem preenchidas sem necessidade de concursos públicos, possuindo como critério somente possuir dez anos de exercício da profissão, reputação ilibada bem como notório saber jurídico.

⁶ Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

É importante trazer toda essa questão, uma vez que os poderes Executivo e Legislativo, por essência, possuem ligação direta com a democracia, vez que por intermédio de seus membros eleitos de forma democrática se atinge a democracia indireta, repisando, desenvolvida por representantes democraticamente escolhidos pelo povo, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal outorgada em 1988, ou seja, estes que possuem por prerrogativa principal maior contato com as questões e criações legislativas devem assim fazê-lo para a manutenção do sistema estrutural do Estado e validação da democracia.

De tal modo, seja na judicialização da política ou no tocante da politização da justiça, ambas provenientes e opostas aos mesmos extremos; com a expansão prática de suas atividades o Poder Judiciário acaba por tomar e trocar as vias com o Poder Legislativo na tomada de decisões, a ponto de exibir uma postura militante, com o estabelecimento de seu entendimento interno em relação a pautas não previstas em lei. Essa faceta da atividade do Judiciário acaba por trazer arrepsia sobre os limites da legitimidade das competências constitucionais acerca dos Tribunais Superiores, uma vez que, a cada dia, esses órgãos prolatam novas decisões sobre questões políticas e ou permitem que estas influenciem o meio jurídico.

ATIVISMO JUDICIAL, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Teve por berço os Estados Unidos e, quando de seu nascimento, se relacionava diretamente com a atuação da suprema corte americana. Basicamente, após sua difusão e maior conhecimento sobre o fenômeno, o termo pode ser sintetizado, de forma genérica, na extrapolação do papel criativo dos tribunais no momento em que apresentem sua contribuição para o direito por meio das decisões aplicadas nas singularidades dos casos entregues à apreciação do Poder Judiciário, agindo além dos poderes que lhe são conferidos. Sobre o que indica Barroso:

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. Todavia, depurada dessa crítica ideológica - até porque pode ser progressista ou conservadora, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2015, p. 440, 441 e 442).

Defende o autor que não necessariamente o termo deve ser visto de uma forma pejorativa, uma vez que este mais visava indicar acerca da amplitude da atividade proativa do Poder Judiciário diante as omissões dos demais poderes do que qualquer outra destinação, todavia, o entendimento mais comum sobre o ativismo, é justamente, o mais recorrente no vocábulo da ciência do Direito, sendo empregado para designar que o Poder Judiciário está saindo do parâmetro criado pela ordem jurídica.

Um juiz ativista, em uma concepção positiva, para Barroso (2015), pode ser entendido como o magistrado que busca em sua atuação a proteção dos direitos fundamentais e de fato a realização dos ditames legais e da guarda e garantia da aplicação da Constituição Federal, assumindo mera postura concretizadora e de guardião, diante da aplicação dos princípios constitucionais.

O termo é mais comumente utilizado para conceituar transgressões dos Tribunais quanto as restrições existentes pelos limites jurisdicionais, indo além do exercício de suas prerrogativas enquanto poder. Se dá pela aplicação da revisão ou contrariedade das decisões proferidas pelos demais poderes, ou pela intromissão mediante suas decisões no campo das políticas públicas, nas matérias de cunho político, ou até mesmo da não consideração de alguns princípios do Direito, como é o caso da segurança jurídica, ainda que necessária mitigação em alguns casos, como limites à sua atividade.

É mister relembrar que os magistrados e demais membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, valendo repisar que assim, suas investidas não são detentoras do batismo da vontade popular ou cobertas pelas características diretas de escolha presentes na democracia, como outrora fora elucidado pelo presente trabalho. Nada obstante, quando o poder Judiciário invalida algum dos atos dos demais poderes ou então lhes impõe deveres dentro de suas atuações, ele acaba por desempenhar um papel que é inequivocamente político e, por isso, os fenômenos do ativismo da judicialização da política costumam ser abordados juntos, pois ultimam por refletirem um no outro.

Quanto ao ativismo, este diz mais sobre a questão interna do tribunal, diferente de seu “primo”, conforme mencionado, ele é visto de uma maneira mais intimista, mais alheia, diz mais acerca da aplicação criativa dos Tribunais, da questão da interpretação nova e muitas vezes aquém ao direito positivado, muitas vezes precedente de uma lei ou de outras questões que ficam mais no âmbito interno do entendimento do magistrado e na aplicação dos métodos da hermenêutica de forma mais amplificada, em momentos não contemplada pela própria lei. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de

inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador - como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município - como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito. (BARROSO, 2015, p. 442).

Por fim e de maneira pertinente, se faz necessário indicar a observação feita pelo autor Barroso (2015) também no tocante dos parâmetros do ativismo. Esclarecendo que cabe, de fato, aos três Poderes do Estado interpretar a Constituição Federal e pautar suas atuações com base nela, todavia, a presente primazia não significa, porém, que se amplia a prerrogativa do Poder Judiciário, em que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal ou esteja à mercê de interpretações criativas deste poder.

“JUDIOCRACIA”

Trata-se o termo de uma criação do filósofo e político Karl Loewenstein (1979), o qual a partir da análise dos conflitos de cunho políticos levados à apreciação de instâncias judiciais, com a finalidade de resolução, entendeu que o cenário apresentava perigos consideráveis, tanto para o judiciário quanto para o processo do governo como um todo e que a intervenção dos tribunais, deste modo, passava a embaçar as fronteiras entre a administração da justiça e a política.

Para Loewenstein (1979), os detentores de poder politicamente responsáveis, sendo governo e parlamento, estão expostos à tentação de levar um conflito político para a esfera dos tribunais, enquanto os juízes, no que lhes concerne, são obrigados a substituir as decisões dos responsáveis pelo poder com seus julgamentos políticos, camuflados na forma de uma sentença judicial. Instalar um tribunal como árbitro supremo do processo de poder, que para o estudioso é o núcleo da “judicialização da política”, acabaria por transformar o sistema governamental em um domínio dos juízes ou em um grande “judiciário”.

Mediante à ideia da qual a conjuntura analisada acabaria por transformar o sistema governamental em um domínio dos juízes ou em um “judiciário”, o termo acabou por desencadear a noção de uma possível ditadura por meio do poder em questão, uma vez que o contexto da judiocracia se dá por intermédio das situações inseridas no sistema por via de condutas que partem do Poder Judiciário ou se dão a partir deste, como é o caso da concepção negativa do ativismo judicial, anteriormente levantada, tal qual em imersão no panorama da judicialização da política. Quanto a questão, podemos também citar Barroso:

No modelo idealizado, o Direito é imune às influências da política, por força de diferentes institutos e mecanismos. Basicamente, eles consistiriam: na independência do Judiciário e na vinculação do juiz ao sistema jurídico. A independência se manifesta, como assinalado, em garantias institucionais - como a autonomia administrativa e financeira - e garantias funcionais dos juízes, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Como regra geral, a investidura e a ascensão na carreira da magistratura se dá (*sic*) por critérios técnicos ou por avaliações interna. Nos casos em que há participação política na nomeação de magistrados para tribunais, ela se esgota após a posse, pois a permanência vitalícia do magistrado no cargo já não dependerá de qualquer novo juízo político. A autonomia e especificidade do universo jurídico, por sua vez, consistem em um conjunto de doutrinas, categorias e princípios próprios, manejados por juristas em geral - aí incluídos juízes, advogados, membros do Ministério Público e demais participantes do processo jurídico e judicial - que não se confundem com os da política. Trata-se de um discurso e de um código de relação diferenciados. Julgar é distinto de legislar e de administrar. Juízes não criam o Direito nem definem as ações administrativas. Seu papel é aplicar a Constituição e as leis, valendo-se de um conjunto de institutos consolidados de longa data, sendo que a jurisprudência desempenha, crescentemente, um papel limitador dessa atuação, pela vinculação aos precedentes. Direito e política, nessa visão, constituem mundos apartados. (BARROSO, 2015, p. 459).

Ainda, segundo os apontamentos de Loewenstein (1979), devido a margem que a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário, não sendo a conduta intrínseca em si, inconstitucional, poderia até haver sucesso esse movimento mais ativo do poder, todavia, entende o autor que essa ação somente seria exitosa no instante em que o conflito não afete um interesse vital político. Para o filósofo, se o direito dos tribunais frustrar uma decisão política do governo e do parlamento, a política e o governo são substituídos por atos judiciais que, embora revestido de forma legal e constitucional, não é mais um ato político.

Conforme pensamento aduzido acima, também exprime o autor a ideia das diversas inconstâncias dentro do próprio Poder Judiciário, em virtude de existir conflitos interpretativos e posicionamentos, em muitos momentos distintos, dentro do respectivo órgão, que mesmo apresentando gestão semelhante e forma análoga de manejar a legislação e seu teor para fins de aplicação do positivado, acaba por divergir, enxergar e embasar de formas distintas e em muitos momentos conflitantes. Para Karl Loewenstein (1979), as consequências desta instauração seria uma grave crise constitucional e que, no processo de poder, uma instalação máxima de controles entre agências nem sempre significa um resultado ideal.

A grande questão da judiocracia é a forma como os fenômenos já estudados até então se colidem e a constitui. O termo denota nuances ditatoriais, pois refere-se à ideia de um objeto de colisão ao sistema político da democracia. Visto que, o cenário político do atual regime político induz um governo em que o povo exerça a soberania e o faz mediante a eleição de seus dirigentes, havendo-se, pois, a influ-

ência direta do Poder Judiciário no panorama político, há inquestionável afronta aos ideais democráticos.

APONTAMENTO E DETECÇÃO DA “JUDIOCRACIA” EM CASOS PRÁTICOS

São vários os momentos nos quais os aspectos da “judiocracia” se fazem presentes no âmbito político. Como são recorrentes os casos, serão abordados, a fim de maior elucidação no campo prático, algumas das pautas recentes que apresentam as características do fenômeno. O grande apontamento será com base nas faculdades assumidas pelo Poder Judiciário nos assuntos que serão citados e analisados com base neste viés.

Adentremos, pois, à análise a partir da decisão tomada em 15 de abril de 2020 pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, o qual entendeu pela manutenção e legitimidade da autonomia dos Estados e Municípios no tocante a determinação de medidas para o enfrentamento ao COVID-19. Os ministros da corte chegaram à conclusão de que estes membros da União podem regulamentar medidas de isolamento social.

O assunto foi pautado no Supremo após o partido político PDT ingressar com a Ação de Inconstitucionalidade nº 6.341, qual diz respeito a decisão retro. A ação visou a verificação da validade da Medida Provisória de número 926 que fora editada pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro. O teor da Medida Provisória em questão limita a liberdade de prefeitos e governadores na tomada de decisões quanto as ações contra a pandemia.

Para os ministros do STF, o Governo Federal somente pode definir sobre serviços e atividades de interesse nacional. Fora a questão, os gestores dos Estados e Municípios dispõem de autonomia para regulamentarem a situação em seus respectivos territórios, de tal maneira referendaram medida cautelar anteriormente deferida pelo Ministro Marco Aurélio em consonância.

Outra intervenção que se adequa ao caso e se pode fazer menção é a liminar do ministro Alexandre de Moraes – relator do caso anteriormente mencionado – em relação ao Mandado de Segurança de nº 37097. A decisão se deu para fins de suspensão da nomeação levada a efeito pelo Presidente da República, do atual delegado Alexandre Ramagem Rodrigues como diretor-geral da Polícia Federal.

O ministro elencou, para tanto, as acusações feitas pelo ex-ministro da justiça, Sérgio Fernando Moro, além da troca de mensagens em que, este, figura em conversa com o Presidente da República, indicando interesses pessoais em torno do comando da Polícia Federal, como bases da decisão. Segue trecho do despacho da concessão liminar *inaudita altera parte*⁷:

⁷ A liminar *inaudita altera parte* é uma forma de antecipação da tutela concedida no início do processo, sem que a parte contrária seja ouvida.

(...) Diante de todo o exposto, nos termos do artigo 7º, inciso III da Lei 12.016/2016, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR para suspender a eficácia do Decreto de 27/4/2020 (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1) no que se refere à nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Determino, ainda, que, IMEDIATAMENTE, notifique-se a autoridade impetrada, nos termos dos artigos 7º, I da Lei 12.016/2016 e 206 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Dê-se ciência imediata, inclusive por whatsapp em face da urgência, ao Advogado-Geral da União. Após, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República para apresentação de parecer. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2020. Ministro Alexandre de Moraes Relator Documento assinado digitalmente.

No caso, mais uma vez, o Mandado de Segurança teve por impetrante o partido PDT e, conforme informações obtidas por meio da AGU (Advocacia Geral da União), o Presidente, após ser notificado da decisão do magistrado, acabou por tornar sem efeito a nomeação de Ramagem, nomeando então, para o cargo, o delegado Rolando Alexandre de Souza, ato que contribuiu para a decisão do Ministro Alexandre de Moraes de extinguir o Mandado de Segurança por perda do objeto.

De maneira a fechar a intenção pela qual os casos acima foram utilizados e tudo o que foi exposto por meio de pesquisa buscou-se o entendimento da questão suscitada, qual seja, da judiocracia e, segundo esse panorama, há a procura por condutas que caracterizam esse pseudo sistema político vai contra a legalidade. Em consonância, nos debruçemos quanto a essa parte preliminar, antecedente e até relatorial da Constituição Federal de 1988:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, **reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifo nosso).

Isto posto, se fez demasiadamente indicado o antagonismo existente entre os parâmetros a instituir um Estado Democrático de Direito em sua completa concepção e as características do vivenciado pelas mazelas da judiocracia, que, sobretudo, por seu viés, chega a modificar de maneira estrutural os ditames norteadores e fundacionais pelos quais a Assembleia Nacional Constituinte instituiu e pormenorizou as intenções e desejos do poder constituinte, a fim da realização plena, harmoniosa e consonante ao desejo de todos quanto aos caminhos almejados da destinação da instituição Estatal Brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acreditamos que o sistema político brasileiro é meramente maquiado pelos moldes constituintes, não havendo de fato aplicabilidade coesa do texto positivado com o vivenciado pelos bastidores do Estado, o teor apresentado por este trabalho só denota que o problema não é clareza, tudo é muito claro, escancarado e de fácil acesso, ao ponto de os fenômenos abordados serem amplamente debatidos e de conhecimento geral, a certo nível, e nada de fato ter sido utilizado como mecanismos de freio.

A grande maioria daqueles que podem e devem influir de fato a respeito, basicamente, não o fazem. Não se trata da necessidade de nova Assembleia Nacional Constituinte, de revolução, de queimar a Constituição, mas sim de mera aplicação da expressão do legislador envolto da vontade do constituinte. Vale lembrar que muito do que se vivencia pela judiocracia é justamente a falta de punho e credibilidade do cenário político. Por conseguinte, essas investidas do Poder Judiciário se tornam cômoda o suficiente para os demais poderes, de modo que ela se perpetue.

De interesse demasiadamente público, o sentimento que nos toma é de que a jurisdição, em essência, não só está defasada em sua concepção, mas também está dilatada a um nível no qual segue engolindo o sistema político sem escalas. Muitas são as razões encontradas para a justificativa da amplitude do Poder Judiciário, querendo ou não, seu papel é de extrema importância e, a própria Constituição Federal, por sua disposição, permite que muito seja levado ao poder por meio do sistema de controle difuso e concentrado, por exemplo.

As condutas ativistas e o que conduz a judicialização da política sempre serão embasados de maneira legal por seus atores, e sempre terão ligação com a figura do intérprete, ou seja, perpetuamente estarão atreladas a inconstância da efetiva neutralidade dos juízes e da sua possibilidade de criação judicial na interpretação normativa.

Independente da nossa visão quanto a adequação do Brasil com a forma de Estado que ele dispõe, é nítido que todos os fenômenos estudados e condutores à judiocracia não devem prosperar, tampouco esta última mencionada, em consequência de suas ideias mais se adequarem a um tipo de autoritarismo e estes ideais irem totalmente de encontro com os nuances que circundam as bases da democracia, afinal de contas, não vivemos em um Estado Democrático de Direito? Pois então, por que este não é a base, de fato, na prática, no dia a dia vivenciado pelo Governo? A título de encerramento do que trouxemos por essas considerações, entendemos que em um Estado como o nosso, de Direito, o qual em tese preza pelas bases democráticas, a problemática não mora no fato de os colaboradores do Poder Judiciário não serem eleitos por meio do sufrágio direto, isso não vai de encontro a legalidade, mas se analisarmos que o adentramento deste nas demais esferas do poder, fere questões estruturais e afasta seu caráter imparcial para atuar no sistema de freios e contrapesos. É inquestionável o distanciamento do caráter democrático, em que, temos assim, a Judiocracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues.

BRASIL. SENADO NOTÍCIAS. **Decisão do STF sobre isolamento de estados e municípios repercute no Senado**. 2020. Desenvolvido por Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/16/decisao-do-stf-sobre-isolamento-de-estados-e-municipios-repercute-no-senado>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de Jurisprudência**. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 maio 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reempreso 1999.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

CORONAVÍRUS: **STF dá poder a estados para atuar contra covid-19 e impõe revés a Bolsonaro**. 2020. Notícias UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/15/stf-tem-4-votos-a-favor-de-autonomia-de-governadores-durante-a-pandemia.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2020. (2008-2020). Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/>. Acesso em: 15 maio 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Impetus, 2010. 1v.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2015. Tradução João Batista Machado.

LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. J. Lamengo. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1975. Tradução Alfredo Gallego.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Revisado e atualizado até a ec nº 95, de 15 de dezembro de 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.