

VERDADE PROCESSUAL, DISCRICIONARIEDADE E ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

PROCEDURAL TRUTH, DISCRETION AND JUDICIAL ACTIVISM UNDER LUIGI FERRAJOLI'S GUARANTISTIC PERSPECTIVE

**MARCO ANTÔNIO S.
MONTEIRO**

Universidade Católica de Petrópolis,
Brasil

marco.42040015@ucp.br

Received: 07 Dec 2022

Accepted: 20 Feb 2023

Published: 09 Mar 2023

Corresponding author:

marco.42040015@ucp.br

DOI:

<https://doi.org/10.59079/isagoge.v3i1.141>



Resumo: Este artigo pretendeu analisar e contrapor o conceito de ativismo judicial com as ideias de verdade processual e discricionariedade baseadas no garantismo de Luigi Ferrajoli. Para tanto, foi realizado um pequeno estudo dos principais elementos do garantismo, seguido pelo exame da verdade processual e sua relação com a discricionariedade. Na última parte, fez-se uma conceituação crítica do ativismo judicial e do neoconstitucionalismo, utilizando-se o garantismo como base argumentativa. Então foi identificada uma latente incompatibilidade entre ativismo judicial e verdade processual, além da percepção que a discricionariedade do garantismo é bem menos nociva ao direito do que a subjetividade do constitucionalismo principialista.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Garantismo; Neoconstitucionalismo; Princípios; Discricionariedade; Ferrajoli.

Abstract: This paper aimed to analyze and contrast the concept of judicial activism with the ideas of procedural truth and discretion based on Luigi Ferrajoli's guaranteeism. To this end, a small study of the main elements of guaranteeism was carried out, followed by an examination of procedural truth and its relationship with discretion. In the last part, a critical conceptualization of judicial activism and neoconstitutionalism was carried out, using guaranteeism as an argumentative basis. So it was possible to identify a latent incompatibility between judicial activism and procedural truth, in addition to the perception that the garantistic discretion is far less harmful to law than the subjectivity of principlist constitutionalism.

Keywords: Judicial activism. Guaranteeism. Neoconstitutionalism. Principles. Discretion. Ferrajoli.

INTRODUÇÃO

O jurista italiano Luigi Ferrajoli é famoso pela sua proposta garantista, que se iniciou como um esquema aplicável ao direito penal e processo penal, tendo se desenvolvido em doutrina da teoria do direito. O sistema baseia-se primordialmente na obediência às normas escritas para que se evite abusos por parte do poder judiciário. Por esse motivo, o garantismo é considerado um modelo juspositivista, algo que até mesmo o seu autor admite, fazendo apenas a ressalva de que seu positivismo é constitucionalista, ou seja, é limitado pelas normas constitucionais.

Este artigo utilizará o garantismo de Ferrajoli como marco teórico para que analisemos duas questões correlatas à teoria do processo: a verdade processual e a discricionariedade. Também será questionada a prática do ativismo judicial, que tem origem no pós-positivismo através do principialismo constitucional, também conhecido como neoconstitucionalismo.

A primeira parte será destinada a um rápido resumo de pontos importantes do garantismo, suas características e sua inquestionável conformidade com os traços fundamentais do juspositivismo.

Logo em seguida, serão analisadas a verdade processual garantista e a sua “resiliência” quanto à discricionariedade. Examinarei os elementos com os quais Ferrajoli caracteriza a verdade buscada no processo e a forma como ele admite ser impossível erradicar a discricionariedade.

Na última parte, utilizando-se as informações desenvolvidas até então no artigo, será feito um estudo crítico do ativismo judicial e o neoconstitucionalismo, tendo o garantismo de Luigi Ferrajoli como base argumentativa para a oposição das ideias.

Por fim, tentarei responder: I – se o ativismo judicial neoconstitucionalista pode ser considerado um meio possível para se chegar à verdade processual conceituada pelo garantismo; II – se a discricionariedade admitida por Ferrajoli é comparável à subjetividade do principialismo ativista.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO GARANTISTA

O modelo garantista elaborado por Ferrajoli pode ser considerado uma concepção juspositivista. O próprio autor admitiu essa premissa em diversas ocasiões, inclusive classificando seu sistema como uma forma de “juspositivismo constitucionalista”. Entretanto, exatamente por causa da influência moral na constituição, Ferrajoli diferencia o seu garantismo do positivismo tradicional – o qual ele nominou “paleojuspositivismo” (FERRAJOLI, 2012, p. 17).

Segundo o jurista italiano, sua ideia é uma proposta de mudança de paradigma do velho juspositivismo. Através dos direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais, ele pretende reforçar o juspositivismo jurídico ao orientar a produção do direito positivo. Desta forma, a legalidade não é mais apenas condicionante das normas – como no positivismo tradicional –, mas também é pressuposta pelas normas constitucionais (FERRAJOLI, 2012, p. 22-23). A constitucionalidade será então fator de legitimidade até mesmo da atividade legislativa, regulando não somente a forma, mas também o conteúdo do direito.

Em sua obra *Direito e Razão*, ficou estabelecida a dinâmica de funcionamento do garantismo penal, um esquema epistemológico que tem como objetivo assegurar o grau máximo de racionalidade e confiabilidade à jurisdição penal, além de buscar a efetivação das garantias constitucionais, ao limitar o poder punitivo e combater atos arbitrários.

O garantismo penal é um modelo teórico “amplamente idealista”. Ferrajoli reconhece que esse ideal “de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável” (FERRAJOLI, 2002, P. 33). A metodologia do sistema garantista é extremamente coerente, baseando-se principalmente nos campos da cognição e comprovação. Esse esquema deixa de lado ponderações subjetivas a respeito da moral e justiça no caso concreto, dedicando-se ao que é proferido pela lei.

Tenta-se assim afastar o direito penal daquilo que Ferrajoli chama de “tradição autoritária”, fruto das práticas legislativas, policiais e judiciais que antecedem o garantismo e que, inadvertidamente, proporcionam um tratamento penal que não segue apenas aquilo que é formalmente previsto em lei para o tratamento dos delitos, atingindo também a pessoa do delinquentes – fazendo juízos valorativos quanto a sua maldade e anti-sociabilidade – e enfraquecendo a lei que deveria possuir papel exclusivo na definição e aplicação penal (FERRAJOLI, 2002, p. 35).

Também é introduzida em *Direito e Razão* a advertência quanto a importância do respeito ao princípio legalidade, uma garantia fundamental. Diante disso, Ferrajoli baseia sua teoria em duas condições:

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei. (FERRAJOLI, 2002, p. 30)

A progressiva interferência de avaliações alheias à formalidade da lei – e a escalada do autoritarismo decorrente dessa intromissão – acaba resultando na desvirtuação legal. Como bem

salia o autor italiano, “a tentação comum a todas estas técnicas de atenuação ou dissolução da estrita legalidade penal é, na realidade, punir não *quia prohibitum*, senão *quia peccatum*, e, em consequência, perseguir nem tanto *peho que se fez*, senão *peho que é*”. (FERRAJOLI, 2002, p. 36)

Esse autoritarismo originário do desrespeito à legalidade acaba produzindo uma confusão entre direito e moral, caracterizando o chamado substancialismo penal. Concomitantemente, na seara processual, evidencia-se o decisionismo atrelado ao subjetivismo inquisitivo (análise e conclusões antecipadas sobre o réu) e ao convencimento subjetivo no julgamento, que compromete a verdade processual. Assim, o direito penal – material e processual – fica refém da autoridade do juiz durante as interpretações que abandonam o aspecto formal da lei em prol de especulações valorativas.

O garantismo preceitua, como condição de efetividade, o *cognitivismo processual*. “Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas ‘motivações’, quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação.” E completa Ferrajoli que:

[...] o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Ao mesmo tempo, para que o juízo não seja apodítico, mas se baseie no controle empírico, é preciso também que as hipóteses acusatórias, como exige a segunda condição, sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

O trecho acima diz respeito ao que é chamado de *princípio da estrita jurisdicioriedade*, que serve para evidenciar os propósitos de cognição e comprovação do processo penal, deixando claro que:

[...] a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

Vemos então que o modelo garantista se concentra no respeito à lei justamente para que se evite o abuso por parte das autoridades judiciais que detém o poder de aplicação legal. O autoritarismo possui como características o decisionismo, a valoração subjetiva, o espírito inquisitorial e os procedimentos guiados pela vontade e potestade. Já o garantismo se utiliza do cognitivismo, buscando a comprovação através da análise provas e por meio da razão, para que dessa maneira seja possível se encontrar a verdade.

Apesar do estigma que o juspositivismo possui no direito contemporâneo, o método proposto em *Direito e Razão* se mostra bastante sensato ao não basear a validade da lei somente em sua vigência – para a lei ser válida, basta estar em vigor – e sim na consonância com as garantias fundamentais positivadas na constituição. Esse é justamente o ponto de inflexão que marca a passagem do positivismo jurídico puramente legalista para um positivismo que, apesar de subordinado à estrita legalidade, também precisa estar de acordo com as garantias constitucionais.

Posteriormente, Ferrajoli expandiu a aplicabilidade do garantismo não apenas ao direito penal e processual, mas a todo ordenamento, evoluindo para um conceito da teoria do direito e da atividade jurídico-democrática. Sua contribuição firmou a ideia de um constitucionalismo rígido que une positivismo à democracia constitucional, por meio da positivação das garantias fundamentais. Um juspositivismo mais voltado para o Estado Constitucional de Direito.

A VERDADE PROCESSUAL GARANTISTA E SUA DISCRICIONARIEDADE INEVITÁVEL

Para Ferrajoli, as garantias legais e processuais são garantias da verdade, que se subdivide em dois tipos: substancial e formal. A verdade substancial é aquela que diz respeito às pessoas investigadas, é alcançável por qualquer meio e vai além das regras procedimentais. Já a verdade formal se submete à estrita legalidade, restringindo-se à verificação empírica de uma lei pretérita que estabelece o ato praticado como crime – ou seja, a subsunção – e é uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, afinal, será sempre necessária a legalidade do procedimento. A verdade formal, nada mais é do que a verdade processual. Ela somente é alcançada através do respeito às regras e somente se relaciona aos fatos e circunstâncias penalmente relevantes. Em caso de dúvidas, prevalecerá a presunção da não culpabilidade – falsidade formal ou processual das hipótese acusatórias –, protegendo assim a liberdade do indivíduo.

A verdade processual (ou formal) se subdivide em *verdade fática* e *verdade jurídica*. A *verdade fática*, como é de se esperar, diz respeito à veracidade dos fatos e para alcançá-la, serão analisadas as proposições situacionais (p. ex.: “Fulano cometeu culpavelmente tal ato”). A *verdade jurídica* corresponde às matérias de direito. Analisa-se então as proposições jurídicas (p. ex., o seguinte modelo: “Tal fato está indicado na lei como delito”).

A proposição jurisdicional será verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto fática quanto juridicamente: a “proposição x” é verdadeira se, e somente se, “x”. Para tentarmos

conceituar o que seria uma proposição verdadeira, podemos recorrer a Aristóteles, que em sua obra *Metafísica* (Γ, 7, 27) conceitua da seguinte forma: “*falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é*” (ARISTÓTELES, 2002, p. 179).

Ferrajoli deixa claro que a verdade processual é aproximativa. As proposições aceitas são plausivelmente verdadeiras *peço que sabemos sobre elas* e pelo *conjunto dos conhecimentos confirmados que possuímos*. A verdade processual não é na prática um modelo ideal de correspondência. É impossível alcançar essa verdade absoluta, sendo que o objetivo do garantismo é encontrar a resposta mais próxima da verdade total que se for possível.

Existem na atividade jurisdicional limites e espaços naturais que tornam impossível a conquista da verdade idealizada, de modo que se abre espaço para a discricionariedade do juiz – “reconhecimento de um certo grau de discricionariedade judicial como traço inevitável” (FERRAJOLI, 2012, p. 246) –, que no garantismo seria suavizada pela confecção de leis mais taxativas (menos abertas à interpretações) e *principalmente* pelas garantias constitucionais, diferentemente do que acontece no positivismo tradicional. Nesse sentido, afirma o autor:

O “saber” jurisdicional é assegurado pelo conjunto de garantias substanciais e processuais, que são, igualmente, limites à discricionariedade e, portanto, ao poder dos juizes, a começar pela estrita legalidade, isto é, pela formulação da linguagem legal da maneira mais rigorosa e taxativa possível. Assim, [...] o garantismo tem como objetivo a redução do poder judiciário ilegítimo através da redução dos espaços excessivos e patológicos da indeterminação da linguagem legal. (FERRAJOLI, 2012, p. 247)

Em seguida, Ferrajoli define os limites da verdade processual. O primeiro deles é o *caráter “provável” da verdade fática*, em que os fatos probatórios encontrados no presente, são utilizados para se comprovar fatos ocorridos no passado. São os chamados *sinais do passado* – “*pastness*” – que são deixados no presente e serão avaliados pelo julgador competente, mas que durante o ato interpretativo inevitavelmente perderão algo da realidade ocorrida.

O segundo limite é o *caráter opinativo da verdade jurídica nas teses judiciais*, que acontece durante a subsunção e é causado pela pluralidade de interpretações distintas. Sendo assim, o juiz escolherá a interpretação que considerar mais apropriada, por decisão discricionária. Essa decisão poderá ter justificativas mais tendentes à arbitrariedade ou à racionalidade e também poderão ser mais opinativas ou menos opinativas – detalhes que serão suficientes para a impossibilidade de se alcançar a verdade processual ideal.

Logo em seguida, o terceiro limite é o *caráter não impessoal do juiz*, afinal, influências emocionais, ambientais, inclinações pessoais, valores ético-políticos, fatores culturais, dentre outras interferências externas, sempre irão influenciar o mínimo que seja a apreciação do juiz durante sua atividade. Diferentemente do que prescrevia Beccaria, é impossível ser absolutamente

imparcial. Além disso, há também o mesmo tipo de problema com outros atores do processo, como testemunhas, peritos e as próprias partes. Por exemplo, em acareações, os fatores emocionais poderão interferir naquilo que é proferido. Desta forma, a personalidade do juiz e dos outros agentes do processo atrapalharão a possibilidade de uma verdade ideal.

O quarto e último limite à verdade processual é a necessidade de *validação judicial das verdades adquiridas no processo*, que nada mais é do que a obrigatoriedade da legalidade dos atos processuais. Ou seja, a verdade estará condicionada à validade, ao respeito às normas. Uma prova ilícita, por exemplo, não poderá ser aceita, mesmo que seja verdadeira. Esse tipo de limite pode ser um pouco frustrante, pois haverá casos em que a verdade é obtida, porém de maneira ilegal, então não será considerada uma verdade processual, devido ao caráter ilegítimo de sua origem. Apesar disso, é um limite necessário, pois evita abusos e atitudes autoritárias durante a busca da verdade. Previne que se extrapole nos meios para se obter os fins.

Ferrajoli mostra que verdade processual e verdade científica são conceitos distintos. A verdade processual não é exata nem perfeita, como se espera em geral nas ciências. Muito pelo contrário, a verdade processual possui várias imperfeições. Afinal, o direito é um sistema cuja formulação humana já pressupõe a não-perfeição. Isso acaba favorecendo a tese de que a decisão processual deve-se buscar o cognitivismo e não valorações morais que acabam intensificando as imperfeições inatas ao direito:

O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas. Precisamente, o direito é um universo linguístico artificial que pode permitir, graças à estipulação e à observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio. O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático. (FERRAJOLI, 2002, p. 57)

Destarte, podemos dizer que no modelo garantista a discricionariedade durante a decisão judicial é um aspecto inevitável e até esperado. Devemos aceitá-la com resiliência, entretanto sempre buscando aplicar técnicas atenuantes, que a afastem ao máximo possível da arbitrariedade. Deve-se então haver o respeito às garantias constitucionais e à estrita legalidade. É nisso que o garantismo aposta suas fichas. Ferrajoli admite que "certamente, este esquema cognitivo de justificação das decisões é bastante mais rígido e exigente que outros esquemas puramente decisionistas – moralistas, eficientistas ou consensualistas", porém é um método bastante eficiente para a busca da verdade mais próxima possível do ideal.

ATIVISMO JUDICIAL E NEOCONSTITUCIONALISMO: CONTRAPOSIÇÕES GARANTISTAS

Um dos assuntos mais importantes do direito contemporâneo – e também um dos mais polêmicos – é o que diz respeito ao denominado *ativismo judicial*. Essa atuação atípica do poder judiciário, com um aspecto político muito evidente, é fonte inesgotável de críticas para os que discordam de uma evidente anomalia funcional que no Brasil vem sendo praticada pela nossa suprema corte em ritmo crescente. Os riscos de se promover a judicialização da política ou a politização da justiça são temas recorrentes em estudos que frequentemente adotam tons de alerta. Até mesmo é perguntado se já estamos em vias de um modelo de *critarquia* ou “*juristocracia*”, dada a concentração de poder desfrutada por um judiciário que detém a última palavra em questões políticas.

O ativismo judicial possui estreita ligação com a doutrina do constitucionalismo principialista, a qual podemos também chamar de *neoconstitucionalismo*. Este termo, segundo a Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, “foi proposto pela Escola de Gênova, mas se consagrou graças a constitucionalistas espanhóis e latino-americanos”:

Susanna Pozzolo utilizou-se do rótulo, pela primeira vez, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, para referir-se a um “*grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho*”, em particular, “Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino” (MARTINS, Ricardo Marcondes, 2017)

Hoje em dia existe a discussão se o *neoconstitucionalismo* é uma denominação correta e adequada, além de também ser questionado qual seria a sua definição exata. Não adentrando profundamente nessa avaliação semântica, o termo será aqui abordado como um correspondente do constitucionalismo principialista e seguirá os conceitos ditados por Luís Roberto Barroso em seu artigo *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*:

[...] um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2006)

O neoconstitucionalismo defende a ideia de que direito e moral devem sim se comunicar intensamente, uma proposta diametralmente oposta àquilo que prescreve o juspositivismo e o garantismo. Surgem então os princípios e valores morais que se diferem das regras no tocante à normatividade e à forma de aplicação, que passa a ser através de ponderação judicial e legislativa, em vez da subsunção. Essa ruptura com o que preconizava o juspositivismo, transporta a moral para o ponto de vista interno do direito, enquanto antes ela fazia parte do ponto de vista externo. De certa forma, podemos perceber um traço jusnaturalista nessa abordagem, apesar do reconhecimento dessa característica ainda ser controverso tanto entre defensores quanto críticos do neoconstitucionalismo. Sobre isto, salienta Luigi Ferrajoli:

A tese de que todo ordenamento jurídico satisfaz, objetivamente, alguma “pretensão de justiça” e algum “mínimo ético” – de maneira que direito e moral estariam conexos, e a justiça, mesmo que em mínima medida, seria um elemento necessário do direito e uma condição de validade das normas jurídicas – significa, em suma, o mesmo que a velha tese jusnaturalista. Mas é, simultaneamente, uma tese que, no constitucionalismo antipositivista, termina por se converter na atual versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, em razão do qual os princípios constitucionais pretendem ser objetivamente “justos”. (FERRAJOLI, 2012, p. 31)

A abordagem moral do neoconstitucionalismo, permite que se utilize os princípios como fontes do direito e chaves para a solução de casos difíceis. Entretanto, nesse tipo de metodologia, os princípios se diferenciam de regras, ou seja, não precisam estar positivados. A ideia garantista de Ferrajoli assevera que os princípios fundamentais devem cada vez mais ser transportados para a constituição escrita. A distinção entre princípios e regras proposta inicialmente por Ronald Dworkin é um tanto imprudente no que diz respeito à possibilidade dos princípios serem considerados válidos mesmo sem uma oficialização em lei. Unindo-se isso à ideia – também de Dworkin – sobre o direito como integridade, temos em mãos o caminho para a insegurança jurídica do ativismo judicial.

Vejamos primeiramente o que propõe Ronald Dworkin ao sugerir seu “direito como integridade”:

(...) o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 1999, p. 271-272)

Vemos então que Dworkin não se importa se os juízes “inventam” o direito em vez de interpretar as normas existentes. Essa atuação mais exagerada do judiciário é traço marcante do ativismo judicial. Para BARROSO (2009), “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 Poderes”. E continua o jurista brasileiro, afirmando ser possível “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador”. O respeitado professor só não deixa muito claro se esse tipo de aplicação do direito é baseada em interpretação *teleológica ou teológica*, haja vista a necessária intervenção divina para garantir uma boa inspiração ao juiz que “criará” o direito.

Sobre esse problema ativista, Ferrajoli tece a seguinte crítica:

Afirmar que os juízes criam direito equivale, ao contrário, a confundir interpretação e inovação, aplicação e produção, jurisdição e legislação, verificação do significado da lei e vontade legislativa. Além disso, uma tese semelhante a esta legitima a pretensão de que os juízes, enquanto produzem e não simplesmente aplicam o direito, sejam eleitos ou designados por órgãos eletivos, isto é, tenham legitimidade política não mais pela submissão somente à lei, mas sim pela representação política, da mesma maneira que ocorre com as funções de governo. (FERRAJOLI, 2012, p. 240)

O alerta final da análise supracitada escancara um dos defeitos mais apontados do ativismo judicial: a ilegitimidade democrática e política do judiciário para a prática de atos exclusivamente legislativos. Afinal, os juízes não são membros eleitos pelo povo, mas apenas agentes técnicos prontos a prestar serviços especializados.

Outro ponto destacável é quanto a Dworkin estabelecer que a solução dos casos em que haja omissões ou dúvidas na lei sejam resolvidos através do uso dos princípios. Robert Alexy, outro mestre principialista, instituiu o método da *ponderação* de princípios, que determinaria o correto modo de escolha dos princípios adequados à situação através da “dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p.94). A ironia disso tudo é que tanto Dworkin quanto Alexy são críticos da discricionariedade juspositivista, entretanto, por mais que neguem, *a aplicação principialista acaba sendo eminentemente discricionária*, devido à evidente subjetividade e à falta de parâmetros rígidos durante a definição de quais princípios utilizar no caso concreto.

A discricionariedade proposta por Ferrajoli é diferente da discricionariedade do “paleojuspositivismo”. O juiz garantista não mais possui liberdade total para tomar decisões em casos de vácuo na lei. Ele deverá seguir as garantias positivadas na constituição, sob pena de seu julgamento ser considerado arbitrário e, desta forma, inválido. Vejamos as palavras do autor italiano:

(...) o problema da indevida discricionariedade judicial se resolve, a meu ver, reconhecendo que o poder exercitado pelo juiz além destes legítimos (porque inevitáveis) espaços é um poder juridicamente ilegítimo – aquele que chamei “poder de disposição”, que a doutrina tem a tarefa de criticar, e o legislador, o dever de remover. E tem mais. A abordagem garantista impõe reconhecer, sob

o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, que o poder judiciário sofre de uma margem irreduzível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita. (FERRAJOLI, 2012, p. 249)

Em caso de não se encontrar nenhuma resposta que se baseie em garantias constitucionais, o magistrado deverá remeter a situação ao legislativo, para que se crie uma lei adequada à situação. *A função de legislar pertence ao poder legislativo.* É bastante óbvia essa afirmação, mas parece que os neoconstitucionalistas pretendem relativizá-la. A omissão dos entes competentes a criar as leis não justifica a usurpação dessa prerrogativa pelo judiciário. Este possui o dever apenas de provocar o legislativo e tirá-lo da inércia, conforme Ferrajoli recomenda, identificando os dois instrumentos constitucionais pertinentes:

(...) o controle de constitucionalidade por omissão, consistente na comprovação de uma lacuna e na recomendação aos poderes competentes de colmatá-la, conforme já referido, e o mandado de injunção, assim previsto no art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (FERRAJOLI, 2012, p. 235)

Para o garantismo, em caso de lacunas, haverá a constatação por parte do juiz e a consequente cientificação do órgão legislativo sobre a indevida omissão legal. O judiciário de modo algum deverá substituir outro poder e tomar as suas funções. É necessária a aceitação da imperfeição do direito, pois, a tentativa de aperfeiçoar o ordenamento por vias alternativas acaba se tornando uma verdadeira armadilha. Como diria FERRAJOLI (2012, p. 236), “o preço que o positivismo jurídico paga pela certeza do direito não é somente a possível incoerência do direito, mas também a sua possível incompletude”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É urgente que se pesquise e se evidencie os riscos da adoção do ativismo judicial. Devemos reconhecer que o constitucionalismo principialista pós-positivista é a mola propulsora para essa prática imprudente que é a extrapolação das funções do judiciário. Sem legitimidade política nem representatividade democrática para tanto, os juízes não podem tomar para si a prerrogativa de criadores de lei, pois seria – e está sendo – uma guinada na direção obscura da arbitrariedade e do autoritarismo.

O método ativista acaba também debilitando a segurança jurídica, afinal, torna os demais atores do processo indefesos perante à incerteza de uma corte cujas leis poderão ser modificadas pelo gosto do julgador. Já se observa recorrentemente o uso questionável de princípios para se

justificar decisões *contra legem*. Além disso, há juízes que resolveram não ficar somente na invenção de leis, mas também começaram a criar princípios inexistentes, utilizando-os para justificar suas decisões.

Este roteiro nos transporta rumo ao caos jurídico. Dworkin diria que se trata do modelo mais eficiente para se chegar à resposta correta do processo – e que para cada caso só existiria apenas uma desta, de acordo com o *Juíz Hércules*, seu personagem que representa o julgador ideal. Entretanto, será mesmo que poderíamos conquistar uma reincidência de decisões corretas por meio de um método que utiliza algo tão subjetivo quanto a ponderação de princípios?

A verdade processual é impossível de ser alcançada em um modelo neoconstitucionalista, dada a atuação altamente subjetiva e antinormativa originária do uso desmedido de princípios, além da patente incompatibilidade com a nossa *civil law*. A discricionariedade preconizada por Luigi Ferrajoli é inevitável e mínima, além de se pautar pelo respeito às garantias fundamentais positivadas. De modo algum poderia o juiz se sentir uma espécie de “artista criador de regras” e ao mesmo tempo conseguir alcançar a verdade processual. O neoconstitucionalismo busca a verdade objetiva e a justiça na aplicação do direito, entretanto se esquece que esses conceitos são variáveis ou até mesmo inalcançáveis, pois o direito é uma criação humana e a verdade processual é, deste modo, um elemento artificial que dificilmente chegará próximo da verdade objetiva ideal. Do mesmo modo, o ativismo judicial proporciona a perniciosa influência de julgamentos morais alheios à lei – sob pretexto de serem princípios – para se tentar alcançar uma justiça além daquela que as normas podem oferecer e, conseqüentemente, acaba contaminando o processo com um subjetivismo muito perigoso, que tende a descambar para a arbitrariedade e o autoritarismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARISTÓTELES. *Metafísica – Tradução, introdução e comentários de Giovanni Reale*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Quaestio Iuris – UERJ*, Rio de Janeiro, vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, p. 1-48, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]*; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. << acesso em 16 jan 2023>>