

II SEMINÁRIOS DE ESTUDO EMPÍRICO EM DIREITO: Rupturas, Instituições e
Democracia

O Ativismo Judicial no STF: o limiar entre Direito e Política

O Ativismo Judicial no STF: o limiar entre Direito e Política

Bruno Margraf Althaus¹

Resumo: As cortes constitucionais ao redor do mundo protagonizaram debates jurídicos politicamente controversos ao longo dos últimos tempos. Judicializaram-se questões que primariamente eram políticas, mas que, a partir do Estado Social e da ampliação do rol de direitos sociais, foram a juízo demandas que exigiam novas respostas pelo Judiciário. Assim, o vocábulo “judicialização da política” vem à tona, e acarreta a discussão sobre a decisão judicial, que resulta, em partes, em posturas decisionistas alcunhadas como “Ativismo Judicial”. Em *terrae brasili²s*, é no Supremo Tribunal Federal que reside o cerne dessa interminável questão, despontando-se o dilema da decisão jurídica garantidora de direitos *versus* a legitimidade contramajoritária dos tribunais.

Palavras-Chave: Judicialização, Ativismo judicial, Corte Constitucional, Divisão de poderes, Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

A interação entre Direito e Política fora discutida pela Jurisprudência desde a gênese do Estado Moderno, no cerne da origem do Constitucionalismo. Desde a condensação dos poderes no Estado Medieval aos estopins revolucionários dos séculos XVII e XVIII, o Constitucionalismo veio como movimento para limitação e divisão dos poderes estatais³. Sob esses pressupostos teóricos, a relação entre Direito e Política passou à análise sob marcos jusnaturalistas, positivistas, normativistas, pós-positivistas; foi pauta de debate em Charles Montesquieu, John Locke, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, dentre outros idealizadores do pensamento jurídico contemporâneo⁴.

No marco histórico, a breve lição do professor coimbreense Fernando Pinto Bronze (2006, p. 251) elucida sobre o surgimento da autonomia da Política:

¹ Graduando em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

² A expressão *terrae brasili²s* é utilizada pelo hermeneuta Lênio Streck - crítico das posturas ativistas, e desenvolvedor da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

³ Sinteticamente, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto ilustram o constitucionalismo moderno como movimento que “preconiza a limitação jurídica do poder político, em favor dos direitos dos desgovernados” (2017, p. 69). Todavia, vale ressaltar que tal conceito se molda de acordo com a trajetória do constitucionalismo, mas que tem berço essencialmente liberal.

⁴ As concepções teóricas acerca do Direito, da Política e do Estado se moldam ao longo do tempo pelas influências das “mudanças sociais, políticas e econômicas que vêm ocorrendo no mundo” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p.69). Imprescindível é, portanto, investigar tais concepções para compreender o fenômeno contemporâneo da política e o direito na atuação jurisdicional-constitucional.

(Foi na) emergência do Estado iluminista que ela se autonomizou na sua unilateralizadora significação [...]. A autonomização da política coincidiu com a afirmação do Estado moderno – do Estado que assumiu a titularidade de toda a prática da comunidade e, portanto, também do direito.

Aparenta-se, *a priori*, que a autonomização cindiu em definitivo os dois universos – o jurídico do político. Todavia o referido marco teórico ocorrera há quase meio milênio, hoje é ele objeto de discussão na ciência jurídico-constitucional. Imprescindível é, portanto, compreender a gênese do fenômeno para então entendê-lo sob novos aspectos.

Iniciando a análise no âmbito do “Novo” Direito Constitucional, primeiramente destaca-se que as Constituições Normativas analíticas⁵ consagraram questões até então inatingíveis por cartas constitucionais. Em especial, a Constituição Federal brasileira compreende uma característica dirigente e compromissória, que vincula sucessivos compromissos pelo Estado⁶ - compromete-se com o que tradicionalmente era tarefa político-governamental, como se averigua no art. 3º da Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

São diretrizes que dão norte à ação política do Estado, “delimitando formal e substancialmente as decisões políticas” (STRECK; MORAIS, 2013, p. 307). Dessa maneira, muda-se o paradigma do Direito em si, até então nitidamente separado da esfera política, quando competia apenas a esta última a decisão do que hoje se consagra no Texto Constitucional. Consequentemente, tal característica dirigente se reflete no conteúdo normativo e principiológico ao longo de todo Texto Maior, que deve “estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais”, conforme defende o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (STRECK, 2013, p. 308).

Assim, “a Constituição faz a interface entre o universo político e jurídico, instituindo o Estado de Direito, os poderes constituídos e fazendo a distinção entre legislar, administrar e

⁵ Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 71), constituições analíticas “são aquelas formadas por textos longos, minuciosos, dotados, além de disposições normativas de caráter principiológico, de muitas regras mais ou menos estritas. [...] por outro lado, as constituições analíticas traduzem certa desconfiança em relação aos poderes constituídos (limitando a sua liberdade de conformação e discricionariedade), bem como evidenciam a preocupação de assegurar maior proteção a determinados institutos e bens jurídicos”.

⁶ Tais características compromissórias e dirigentes são uma “importação” direta do Direito Constitucional português, defendidos pelo constitucionalista J. J. Gomes Canotilho. Tal doutrina confere à constituição “numerosas normas-tarefa e normas-fim” e de “vários compromissos constitucionais” (2003, p. 217-218).

julgar”, segundo Luís Roberto Barroso (2015, p. 425). Assim, o Constitucionalismo moderno atenua a fronteira entre a política e o Direito, principalmente no âmbito de Estados Democráticos com Constituições analíticas e compromissórias.

Posto isso, por meio de uma análise empírica, averigua-se que uma mudança substancial ocorreu no pós-88 nas demandas apresentadas à Corte Constitucional, que em caso brasileiro, corresponde, parcialmente⁷, ao Supremo Tribunal Federal (STF). Atenuou-se a fronteira entre Direito e Política, resultante de diversos fenômenos, tais como a característica dirigente constitucional, do alargamento do rol de direitos sociais, dentre outros. Emblematicamente, julgamentos como da ADI 3105/DF (pesquisas com células-troncos embrionárias), e da ADPF 54/DF (interrupção da gestação em caso de fetos anencefálicos) voltaram os holofotes ao STF.

Assim, torna-se relevante ao investigar os limites da expansão do Judiciário, em especial na Corte Suprema. Parte dessa discussão é partilhada com a Teoria do Direito, principalmente no segmento da Teoria da Decisão Jurídica e da Hermenêutica do Direito, discutidos em terras brasileiras por juristas como André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Lênio Streck, e Luís Roberto Barroso; e no estrangeiro, principalmente pelo canadense Ran Hirschl.

No que toca à parte metodológica deste trabalho, utilizando do método dedutivo, e valendo-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, explorar-se-á qualitativamente onde se encontra a fronteira entre o Direito e a Política na atuação jurisdicional das Cortes Constitucionais. Está-se diante de um denominado “Ativismo Judicial”? Dentre outras perplexidades, este trabalho investigará com fidedignidade este fenômeno sob a luz do princípio da divisão dos poderes na Teoria do Direito Constitucional do Direito, da separação entre Direito e Política na Teoria do Direito, e dos limites da atuação jurisdicional em questões originariamente políticas. Para isso, é imprescindível tornar claro a gênese desses fenômenos, para então compreender a *ratio decidendi* das Cortes Constitucionais - com enfoque ao STF - chegando-se a uma consideração crítica acerca do impacto e reflexos de um denominado “Ativismo Judicial”.

Para trilhar o caminho deste estudo, o segundo capítulo tratará do constitucionalismo na divisão dos poderes e na delimitação das fronteiras da política no Direito. No terceiro

⁷ José Afonso da Silva defende a não utilização da nomenclatura “Corte Constitucional” para o STF por dois motivos: “Primeiro, porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional [...] Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com um critério técnico jurídico” (DA SILVA, 2010, p. 558). Resgarde-se esta nota ao longo da utilização da alcunha de “Corte Constitucional” ao STF ao longo do trabalho.

capítulo, enfoca-se no contexto brasileiro, investigando mais a fundo como se apresenta a dialética de Direito e Política na atuação jurisdicional-constitucional. Como efeito-consequente, no quarto capítulo investiga-se o Ativismo Judicial a partir de sua matriz histórica, e como ele se desenvolve em *terrae brasilis*. No quinto capítulo, investiga-se a problemática desta pesquisa, esclarecendo de como o Ativismo Judicial enfraquece o Direito, em especial na atuação recente do Supremo Tribunal Federal. Através de apontamentos e críticas, no último capítulo fazem-se considerações finais como um balanço dos efeitos das posturas ativistas no Supremo Tribunal Federal.

2. DESENVOLVIMENTO

Com intuito de atingir à problemática proposta nesta investigação, será abordado o perfil histórico do Constitucionalismo, que reflete diretamente no papel formativo e de atuação do Poder Judiciário em questões políticas. Em seguida, investigar-se-á mais a fundo a interferência da política no Direito, com ênfase às perplexidades do Estado Democrático de Direito sob a égide do Constitucionalismo Democrático.

2.2. O Estado Moderno e a Divisão de Poderes

A revolução americana de 1776 corroborou na elaboração da primeira Carta Magna que compreendia a divisão de poderes do Estado nos moldes de Montesquieu: dividia-se, à grosso modo, as funções de julgar, legislar e executar. Em 1791, a França repete em feito similar, e reconhece que apenas haveria Constituição enquanto houvesse divisão de poderes – resultado das elaborações da *Assemblée Nationale*. Paulo Bonavides (2007, p. 42) destaca este marco teórico-revolucionário da divisão dos poderes como “colunas-mestras” do Direito Constitucional. Culmina-se tal fenômeno no auge do movimento do Liberalismo Clássico, quando se consagra o chamado “Estado Legislativo”, quase inabalável até o advento das Grandes Guerras do século XX.

Conforme já mencionado, o modelo norte-americano de divisão dos poderes consagrou-se com ênfase na origem do Estado Constitucional moderno, o *Rule of Law*. Conforme leciona Canotilho (2003, p. 94), tal doutrina assinala a supremacia do Poder Legislativo sobre os demais. Portanto, deu-se primazia ao Direito positivado ordinariamente pelos representantes populares no Congresso Americano, frente à atuação das cortes. Todavia, não tardou a surgir os primeiros mecanismos de freios e contrapesos (*checks and ballances*) no referido sistema, quando um juiz estadunidense (caso *Marbury VS Madison*) deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. Tal fenômeno causou reflexo de escala

imensurável nos atuais sistemas constitucionais, principalmente na competência de atuação das cortes constitucionais – objeto de pesquisa neste estudo.

2.3. Constitucionalismo e a Atuação do Judiciário

Os passos da ciência jurídico-constitucional podem ser identificados pelos caminhos trilhados pelo Constitucionalismo, uma vez reconhecido como “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, conforme leciona Canotilho (2003, p. 51). O constitucionalista português vai além: “é, no fundo, uma teoria normativa da política” (2003, p. 51). Vincula-se, portanto, diretamente a atividade política à *Wille zur Verfassung*, a vontade da Constituição; esta, exprimida materialmente por um momento originário emanado pelo povo, e promulgado pela Assembleia Nacional Constituinte no formato de uma Constituição Democrática Rígida. Enfatiza Streck (2002, p. 95):

É importante salientar que o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que posteriormente serviu de suporte ideológico, identificando ordenamento jurídico e estado, ofereceram esses dispositivos formais consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais no mundo moderno.

Partindo dessas premissas, constrói-se um conhecimento mais solidificado acerca do papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito, que pode (e deve) impedir uma ação política majoritária do Legislativo que ignore os limites formais e materiais da Constituição. A título exemplificativo, é possível anular atos legislativos inconstitucionais no controle de constitucionalidade concentrado sucessivo, quando tal ato desrespeite a Magna Carta: “o Judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição sobre a decisão política majoritária do Legislativo” (BARROSO, 2015, p. 450).

Todavia, a busca problemática dessa pesquisa reside nos limites da atuação do Judiciário sobre as questões discutidas no Legislativo, sob um paradigma jurídico-constitucional democrático. Quais são os limites de interferência do Judiciário na esfera dos outros poderes? Uma vez que se demandam respostas à Corte Superior, esta, em vista ao princípio positivo do *non liquet*, deve-se obrigatoriamente emitir julgamento sobre a lide, muitas vezes politicamente relevante, porém, controversas.

2.4. O Estado Social e a Política

A construção do Estado Social está intimamente ligada com as diretrizes teóricas do Constitucionalismo Social, após a queda do Estado Liberal, no início do Século XX. Segundo Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2017, p. 83), a atuação do Estado, no poder teórico, “passa a ser justificada também pela necessidade de promoção da igualdade

material, por meio de políticas públicas redistributivas e do fornecimento de prestações materiais para as camadas mais pobres da sociedade, em áreas como saúde, educação e previdência social”. É uma revolução copernicana no papel do Estado diante das necessidades sociais, que refletiam a uma insuficiência e desatenção significativa por parte dos poderes públicos.

Ademais, passando para o paradigma da Constituição Normativa, mais emblemática na segunda metade do século XX, consagrou-se um documento normativo frente a uma constituição meramente política, como se alcunhou àquelas do Estado Social. Não se deixa, entretanto, de dar o devido crédito ao Constitucionalismo Social para chegar ao Constitucionalismo Democrático dessas Cartas Magnas. Segundo Sarmento e Souza Neto, muitas das constituições normativas que contemplam uma atuante jurisdição constitucional “são inspiradas no ideário de Estado Social” (2017, p. 87).

Esboçada a matriz teórico-filosófica do “Novo Constitucionalismo”, pode-se discutir mais a fundo o fenômeno da atuação judicial na corte constitucional em terras brasileiras. É um protagonismo judicial que só pode ser compreendido partindo dos pressupostos teórico-filosóficos que estruturaram décadas de constitucionalismo.

3. JUSTIÇA E POLÍTICA NO BRASIL

3.1. A Jurisdição Constitucional a partir do Estado Social

A relevância da jurisdição constitucional a partir do Estado social é quase indiscutível. O Direito, que passa a ser um instrumento de transformações sociais, dá espaço a um Judiciário que pretende sanar o que os poderes Executivo e Legislativo não conseguiram cumprir *a priori*. Neste caso, a Constituição brasileira contempla diversos mecanismos, apenas de ainda tímidos na utilização, tais como o Mandado de Injunção, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que concretizam no Direito Processual a postulação legítima frente às omissões estatais.

Por um viés crítico, o hermenauta Lênio Streck reforça que o Judiciário deve servir “como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais” (2002, p. 34). Sob aspecto similar, José Bolzan de Moraes e Valéria do Nascimento também identificam a concretização da normatividade da Constituição com a atuação da jurisdição constitucional, justamente por permitir novos autores e ações que permitam “dar vida” à Carta Magna (DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 72). Todavia, questiona-se onde se encontram os limites nessa

atuação; ou ainda, imerso na realidade brasileira, estaria o Supremo Tribunal Federal extrapolando suas fronteiras jurisdicionais?

3.2. Política e Direito

Há mais de um século Rui Barbosa já invocava a necessidade de uma atuação mais contundente dos tribunais frente aos déficits políticos; todavia, evidente que sob outro panorama: “a violação das garantias individuais, perpetradas à sombra de funções políticas, não é imune às ações dos tribunais [...] a estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionalmente, abrange em seus limites a faculdade exercida” (*apud* BONAVIDES, 1996, p. 293). Assim, necessita-se aproximar a discussão que preconizou Rui Barbosa, compreendendo o processo formativo da corte constitucional neste país.

3.3. O STF no Brasil

Com um tímido nascimento em 1891, ao Supremo Tribunal Federal incumbia apenas julgar recurso que contestasse a “validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas (art. 59, §1º)” (*apud* BONAVIDES, 1996, p. 295). As vias diretas de ação perante essa corte só foram admitidas em 1934, acenando para uma progressão no controle de constitucionalidade dos atos do poder legislativo e executivo.

Não obstante às outras dimensões do Poder Jurisdicional, ao longo de toda extensão territorial o Judiciário esteve indubitavelmente no pós-88. Criou um “papel simbólico importante” (BARROSO, 2015, p. 422) do Poder Judiciário na população, fruto de um crescente senso de cidadania, de legitimidade ativa postulatória em questões sociais, e principalmente de uma ascensão institucional desse poder. A partir disso, os tribunais atuam cotidianamente com um método de atuação jurídico, apesar de tal incumbência ser “naturalmente política”, conforme defende ministro Barroso (2015, p. 422).

O referido fenômeno acarreta a chamada “judicialização”, que neste trabalho tem enfoque nas demandas políticas, e, posteriormente, na postura que essa esfera jurisdicional tomou.

3.4. Judicialização da Política no pós-88

Segundo Barroso (2015, p. 437), “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” – fenômeno incontornável num paradigma social-democrático, característica de formação do Estado Democrático de Direito brasileiro nos moldes pós-1988. Tão intrínseco é, que Barroso a caracteriza como “fato inelutável” (2015, p. 440). Todavia, aos que tem maior

cautela com o fenômeno da judicialização, compreendem-na como “um ‘fenômeno contingencial’, isto é, que surge de determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais” (TASSINARI, 2017, p. 155).

Para alcançar o objetivo ao qual este trabalho se atém, é imprescindível traçar o breve caminho originário do Ativismo Judicial, tal como reflexo irresponsável do fato contingencial da judicialização.

4. O ATIVISMO JUDICIAL

4.1. Origem

Em meados do século XX, a Suprema Corte estadunidense protagonizou, sob a presidência do *chief of justice* Earl Warren, um dos momentos mais marcantes na história do Poder Judiciário no Direito Ocidental. Em 1954, no seio do Realismo Jurídico norte-americano, a denominada “Corte Warren” inviabilizou o processo segregacionista no sistema de educação norte americano, no emblemático caso de *Brown VS Board of Education*⁸. Dá-se início, com este julgamento, ao chamado “Ativismo Judicial”. Segundo Barroso (2015, p. 442), tal conceito permeia a ideia de 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”.

Vale-se ressaltar que tal fato inovou no Direito, mas por forte influência da tradição do Direito de *Common Law*, que possui traços fortemente pautados nos precedentes judiciais como fonte imediata do Direito. Isso já assinala que, *a priori*, qualquer “importação” para o Direito de *Civil Law* requer, ao mínimo, adaptações. Analisando a recepção do Ativismo como “materiais justeóricos e constitucionais anglo-saxões”, Diego Eduardo López Medina defende que isto poderia ser reflexo uma rejeição ao formalismo Europeu que assolava este continente em tempos simultâneos (*apud* TASSINARI, 2017, p. 152).

A partir de tal fenômeno, assola-se pelo continente sul-americano a ideia de que as posturas ativistas, iniciadas pela Corte Warren, seriam um “único modo através do qual é possível que o direito acompanhe as constantes transformações que marcam as sociedades pós-industriais” (TRINDADE, 2012, p. 109). Ora, evidente é demonstrar que tal postura adotada pelo *chief of justice* Warren fora imprescindível para a transformação do Direito estadunidense. Contudo, ressalte-se: o direito estadunidense, derivado direto do Direito

⁸ Conseguiu tal feito por afastamento de outro precedente judicial anterior, que perpetuava o fenômeno discriminatório (caso *Plessy*).

européu-insular (*common Law*), está incrustado em um sistema de precedentes judiciais; incompatível, em grande parte, com o sistema romano-germânico no qual o Brasil se insere.

4.2. Ativismo e Judicialização

Muito se confunde o termo ativismo judicial com judicialização da política. Todavia, não são eles sinônimos, e apresentam, ademais, claras distinções. Utilizando-se de um teórico norte-americano, porém grande estudioso (e crítico) do fenômeno do ativismo judicial na América Latina, o canadense Ran Hirschl argumenta em primeiras linhas: não se deve confundir judicialização da política com o ativismo (2006, p. 141). Representando a Teoria do Direito no Brasil, o gaúcho Lênio Streck deixa clara essa distinção (*apud* TASSINARI, 2017, p. 155):

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...])

Em *terrae brasilis*, André Karam Trindade (2012, p. 109) assinala que o advento do ativismo veio em momento como “superação” de um passivismo judicial, “sob o argumento de que este é o único modo através do qual é possível que o direito acompanhe as constantes transformações que marcam as sociedades pós-industriais”.

Assim, a aplicação do fenômeno do Ativismo Judicial “vêm potencializando a discricionariedade judicial, através da técnica da ponderação, sob o alibi teórico de uma maior racionalidade do discurso jurídico” (TRINDADE, 2012, p. 114). É a escapatória para utilização de critérios alheios ao Direito no momento da decisão jurídica, principalmente no tribunal com efeito decisório mais irradiante de todos: a Corte Constitucional.

No próximo capítulo, aproximando a crise política à crise do Judiciário, discorrer-se-á, criticamente, de como a interferência (ilegítima) do Supremo Tribunal Federal na esfera política prejudica a autonomia do Direito.

5. DAS CRISES AO STF

5.1. Crise Política à Brasileira

Na obra clássica de Lon Fuller, o “Caso dos Exploradores de Caverna”, o Juiz J. Keen expõe um grave conflito entre o Poder Judiciário e Poder Legislativo que assolou aquele país ilusório. Desta ficção à realidade brasileira, o fenômeno pouco diverge: em ambos os casos aparenta-se haver uma maior satisfação “política” da população para com juízes de cortes

supremas do que nas próprias casas legislativas. Ora, está-se diante de uma inversão de atribuições: espera-se mais de um voto de um ministro no Supremo Tribunal Federal do que se espera da produção legislativa no Congresso Nacional. O Poder Judiciário ascende, e o Legislativo enfrenta uma crise grave; similarmente, escrevia Fuller (1976, p. 17), expondo pelo juiz J. Keen os motivos da crise entre os poderes, dentre os quais havia o

caráter pouco representativo da Câmara, resultante de uma divisão do país em distritos eleitorais que não mais correspondiam à real distribuição da população, bem como à forte personalidade e à vasta popularidade daquele que era então o presidente do Tribunal

As similaridades entre o fictício caso supraexposto com a realidade que permeia a Praça dos Três Poderes é nítida. Pouco se espera da casa legislativa, e muito se “torce” nas decisões judiciais que ultimamente animam o senso comum (*vide* cumprimento definitivo de sentença antes do trânsito em julgado, afastamento de Senador pelo STF, etc).

Nesta linha, Barroso concorda (2015, p. 439): “a causa (para a ascensão judiciária) envolve certa desilusão com a política contramajoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”.

Aproximando-se da realidade jurídica, destaca-se o Habeas Corpus 126.292/SP⁹ (Rel. Ministro Teori Zavascki), impetrado no STF, que resultou em acórdão que permitiu o cumprimento da execução da pena antes de sentença transitada em julgada (contrariando o elemento literal do inciso LVII do art. 5º¹⁰), mesmo quando cabível recurso. Tal postura consagra uma postura nitidamente ativista, invertendo a hierarquia das fontes, e pautando-se por um viés utilitarista¹¹ – verdadeiros predadores do Direito.

E sob uma ótica empírica, é de grande preocupação a repercussão do HC 126.292/SP na comunidade jurídica, valendo destacar o posicionamento de certas associações de

⁹ (HC) 126292/SP: EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

¹⁰ Constituição Federal, Art. 5º, inciso LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

¹¹ Nesse parâmetro além dos limites legais, vale destacar o voto do ministro Teori Zavascki. O emérito ministro votou pela afastabilidade do art. 283/CPP, que contempla a proibição da prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, mas sem declará-la inconstitucional. Violou-se, desta maneira, a súmula vinculante n. 10/STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

entidades jurídicas, tais como o “apoio” dado a tal decisão pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) e da Associação Cearense de Magistrados (ACM)¹².

5.2. Os Limites Jurisdicionais da Suprema Corte

Para eximir-se de tais absurdos decisionistas pela Justiça Constitucional, defende Paulo Bonavides que a “Nova Hermenêutica Constitucional” impôs limites jurídicos à atuação de (qualquer) corte num Estado Democrático de Direito. Os métodos de dar sentido à normatividade infraconstitucional tais como o método da *Verfassungskonforme Auslegung*¹³, ou a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, tornam ainda mais viva a Constituição Normativa; sem incorrer-se a métodos alheios ao Direito Constitucional.

Todavia, é necessário atentar-se aos limites de tais interpretações na atuação jurisdicional-constitucional. Segundo o constitucionalista nordestino, não se deve dar sentido contrário à Constituição ao interpretá-la. Em última hipótese, isso seria “tarefa do legislador, e não do tribunal constitucional”, como defende o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*apud* BONAVIDES, 1996, p. 427).

5.3. Balanço Crítico

Como expoente de posturas ativistas na Justiça Constitucional, o ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 435) defende questionável tese em que se poderia decidir fora de uma racionalidade jurídica: “em múltiplas hipóteses, não poderá o intérprete fundar-se em elementos de pura razão e objetividade, como é a ambição do Direito”. Afirma ele, no entanto, que mesmo assim, não se deve cair em discricionariedade e subjetividade. Ora, esquivar-se de fundamentação racional-jurídica é necessariamente recair na subjetividade do intérprete. Ainda, de maneira mais grave, defende (2015, p. 448): “a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”.

Por outras bandas, o jurista norte-americano Ronald Dworkin (*apud* TRINDADE, 2012, p. 119) apresenta tese em contrário à postura do ministro carioca, apesar de também ser conhecido como um *neoconstitucionalista*: “o ativista ignoraria tudo isso (o texto da constituição, a história de sua promulgação) para impor a outros poderes do Estado o seu

¹² Disponível em <http://anamages.org.br/noticias/anamages-apoia-decisao-de-stf-sobre-prisao-a-partir-da-segunda-instancia>; <https://www.oestadoce.com.br/geral/acm-apoia-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia> > acesso em 21/11/2017, às 17h00.

¹³ Tradução livre: Interpretação conforme a Constituição.

próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Tal frase ilustra, portanto, que o posicionamento de Barroso ressuscita a nítida condensação do poder criativo do Direito com o poder de julgar.

Na dogmática constitucional lusitana, Gomes Canotilho (2003, p. 1308) deixa o devido alerta a um decisionismo contrário à constituição: “o princípio da autolimitação judicial é [...] reconduzível ao seguinte: *juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas*” (grifo do autor).

5.4. Por uma proposta Substancialista-Hermenêutica

Feitas as cabíveis críticas ao Ativismo Judicial como resultado indesejado de uma excessiva judicialização da política - que, mais uma vez vale lembrar, é contingencial, vale apontar pressupostos teóricos necessários para refutar as posturas ativistas.

Por um viés substancialista-concretizador, mas atento aos limites constitucionais, Luiz Weneck Vianna (*apud* STRECK, 2002, p. 161) afirma que se a judicialização da política

Significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a ‘substituição’ de um Estado benfeitor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, *não se pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos*. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.

Assim, torna-se mais claro onde se encontra a fronteira da atuação jurisdicional em matérias essencialmente políticas - adotada neste trabalho, por fim, por um viés substancialista. Ademais, tratando-se da interpretação judicial, muitas vezes o cerne do problema de uma decisão ativista, Paulo Bonavides recorda do perigo de um alargamento irresponsável na interpretação constitucional (1996, p. 427):

Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas consequências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições.

Complementarmente, é primordial atentar-se às novas “posturas” interpretativas e de decisão do Novo Constitucionalismo. Afasta-se, portanto, o método interpretativo do paradigma liberal-individualista, representado na figura do juiz solipsista, como sempre

denuncia Lênio Streck. Deve-se incorporar a Nova Hermenêutica Constitucional¹⁴ à atuação judicial, sob pena de um *accountability* doutrinário, no que se inclui o papel da doutrina em emitir os denominados “constrangimentos epistemológicos”.

Por fim, constata-se que é na Hermenêutica Constitucional que se encontram os limites de atuação do Poder Judiciário na esfera política.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de Constituição tens”, afirmara Werner Kagi (*apud* DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 71). É imprescindível sair em defesa de um claro limite de atuação do Poder Judiciário, na consequência de um retorno à condensação de poderes, tais como era antes do advento do Constitucionalismo no final do século XVIII. Evidente que os paradigmas mudaram, e o Estado Democrático de Direito demanda uma atuação muito mais contundente da Justiça Constitucional. Todavia, não pode ser ela apenas mais um *round* do debate político, como critica Leonardo Martins (2017, p. 4). Pois basta questionar-se quem irá observar o que faz a última instância do Direito, como indagara o poeta romano Juvenal: “*quis custodiet ipsos custodes?*”. Em tempos constitucionais modernos, a Justiça Constitucional se encontra nesse “teto jurídico”: *who watches the watchmen?*

Sendo assim, conforme exposto ao longo deste trabalho, a postura ativista em questões políticas – aqui entendida como decisionismo por critérios extrajurídicos – prejudica a normatividade constitucional, e até a legitimidade de um Estado Constitucional respaldado na substância de Direitos Fundamentais. Portanto, não há como se referir a bons ou maus ativismos. Segundo Ronald Dworkin, “o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima” (*apud* TRINDADE, 2012, p. 119).

Indiferente da alcunha da “Era do Poder Judiciário”, ou como denomina Ran Hirschl, a *juristocracy*, é imprescindível reafirmar o papel das instituições de acordo com a Ordem Constitucional, inclusive do relevante papel do Poder Judiciário na garantia de direitos. Isto não prejudica, no entanto, o caráter democrático que as instituições representam; mas de acordo com o preceito da divisão dos poderes. No que tange às críticas que alegam uma negação do caráter democrático da Jurisdição Constitucional ao rejeitar posturas que fundam-

¹⁴ Inclua-se aqui s métodos concretistas já mencionados (*Verfassungskonforme Auslegung*).

se com a esfera política, o penalista argentino Eugénio Raúl Zaffaroni deixa sua lição (ZAFFARONI *apud* SARMENTO, 2017 p. 205):

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário.

Isto não significa, evidentemente, que juízes não possam ter opinião política pessoal. Contudo, ressalte-se que esta não pode ser exprimida nas decisões em juízo, sob reflexo de uma volta a um Realismo Judicial incontrolável, e um ressurgimento de um *State of Men*. Da mesma maneira, repudiar tal postura não significa ignorar um caráter democrático da Justiça Constitucional; diferente, no entanto, de uma postura ativista, que é ilegítima.

Assim, também tornam-se relevantes as propostas de reforma no procedimento do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais, Leonardo Martins (2017, p. 6) destaca a necessidade em fundamentar coletivamente as decisões, dando vida à forma colegiada. Da mesma maneira, os mecanismos legítimos de “preenchimento de lacunas” ainda são tímidos na utilização, como a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção – indubitavelmente reflexo de uma *modus operandi* jurídico ainda pouco constitucionalizada.

Por fim, é necessário assinalar que no Estado Democrático de Direito a interferência da Jurisdição Constitucional na esfera política é inevitável - instrínseca de sua característica. O Ativismo Judicial e as posturas decisionistas não se comportam, no entanto, com o ideal do Estado de Direito constitucionalmente assentado. Há um “teto hermenêutico” constitucional, do qual não se deve extrapolar, sob a pena de por em cheque a própria ordem democrática, fundada em um constitucionalismo que se materializa nos direitos e garantias fundamentais e na limitação do poder estatal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator: Min. Teori Zavascki, Data de Julgamento: 17/02/2016, Quarta Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

DE MORAIS, José Luis Bolzan; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FULLER, Lon. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *in Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

MARTINS, Leonardo. **Sobre a relação entre justice e política no Brasil contemporâneo**. Bogotá: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2017.

PINTO BRONZE, José Fernando. **Lições de Introdução ao Direito**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. *In* STRECK, Lênio Luiz (Org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodvim, 2017.

TRINDADE, André Karam; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.