

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO**



MAYARA RIBEIRO DA SILVA

PROSPECTANDO OS EFEITOS COLATERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

RIO GRANDE – RS

2016

MAYARA RIBEIRO DA SILVA

PROSPECTANDO OS EFEITOS COLATERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel, pelo Curso de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira.

RIO GRANDE – RS

2016

MAYARA RIBEIRO DA SILVA

PROSPECTANDO OS EFEITOS COLATERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel, pelo Curso de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

Aprovado em 29 de setembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira.

Examinador: Romulo Gubert De Mello Brum

Examinador: Agnes Carolina Huning

AGRADECIMENTOS

A Deus pela clareza de espírito e força para superar as adversidades.

A esta Universidade Federal de Rio Grande e seu corpo docente que possibilitaram a expansão dos meus horizontes através de debate, diálogo e estímulo.

A minha família pelas palavras de apoio, pelos momentos de consolo e pelo incentivo.

A minha amiga Gabriela Cavalheiro, pela troca de ideias, lamúrias e coragem nos momentos mais difíceis.

Ao meu orientador, verdadeiro mestre que possibilitou, através da cadeira optativa de Hermenêutica e Jurisdição Constitucional, o contato com as diversas faces do conhecimento, estimulando sempre a abertura de nossos horizontes para fuga do senso comum e capacidade crítica, através da qual a vida acadêmica fez sentido.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

O presente trabalho analisará as formas protagonistas de atuação do judiciário brasileiro pós Constituição de 1988 a partir dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, tendo por base as mudanças constitucionais de 1988 que instituíram uma era de liberdade política e social, dando ênfase às garantias e direitos fundamentais. Será avaliada a influência desses fenômenos na democracia instituída em um Estado Democrático de Direito, onde se justifica a interferência judicial pela inoperância dos outros setores do Estado. Possibilitar-se-á um diálogo com o futuro e as possíveis consequências para a autonomia do Direito – e da própria democracia – ante os fenômenos apresentados, uma vez que o protagonismo judicial vem ganhando folego com o passar do tempo. Finalmente serão apresentadas possíveis soluções, pautadas principalmente nos mandamentos da Constituição Federal 1988.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Constituição Federal; Estado Democrático de Direito; Política; Direitos e Garantias Fundamentais; Poder Judiciário; Jurisdição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988	10
1.1 Apresentação	10
1.2 Raízes históricas do Ativismo Judicial	11
1.3 A judicialização como fenômeno propulsor do ativismo judicial	15
2 DEMOCRACIA X PROTAGONISMO	18
2.1 Como o Protagonismo Judicial se reflete na democracia brasileira	18
2.2 A interferência do Judiciário nos demais poderes do Estado	20
2.3 O Ativismo Judicial sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo	23
3 EFEITOS COLATERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL: PROSPECTANDO O FUTURO	26
3.1 A autonomia/DNA do Direito	26
3.2 Aplicando a máxima do Conselheiro Acácio	28
3.3 Encarando o protagonismo judicial – meios de proteção do direito e da democracia	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

Inicialmente, imprescindível atentar que o presente trabalho analisará de forma crítica o cenário jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988, especialmente a conduta protagonista que o poder passa a assumir a partir de sua promulgação. Nessa linha, se abordará a prática ativista da perspectiva americana - uma vez que foi naquele lugar que teve seu nascedouro – contraposta a lógica tradicional brasileira de importação de modelos que em algum momento acabam frustrando o sistema e demandando soluções instantâneas.

O advento do novo texto constitucional confere ao Brasil características muito particulares, isso porque não há preparo institucional e muito menos social para abarcar tamanhas mudanças. A transição do período ditatorial para o democrático foi brusco, não houve preparo, estudo, debate e diálogo, o judiciário, por sua vez, com maior liberdade de atuação, começa a adotar condutas protagonistas e passa a ser visto como executor dos preceitos constitucionais, prova disso é o alto nível de judicialização que se atingiu após a promulgação da *Constituição Federal* de 1988.

Esse ativismo à brasileira reflete-se principalmente na propensão dos Tribunais em julgar questões políticas do país, decisões essas que vão delineando afrontas sistemáticas à democracia. Propagam-se discursos de legitimidade, sustentados pela promoção do bem comum e o ativismo judicial começa a ser visto como parte de um sistema democrático, necessário ao direito e ao país.

Partindo desse pressuposto, será feita uma reflexão sobre os avanços possibilitados pela promulgação da Magna Carta, a qual trouxe avanços sociais de extrema relevância, superando o período ditatorial de atividade maciça no país. Desta forma, começa a se delinear a atividade jurisdicional, tendo como cenário o momento histórico de inexperiência democrática contraposta à concretização de direitos e garantias fundamentais que demandam a funcionalidade do Estado.

Além disso, mostrar-se-á como o protagonismo judicial conquista espaço e busca legitimar-se através das carências institucionais, oferecendo respostas rápidas às demandas que o momento histórico não foi capaz de contemplar.

Adiante, se analisará o Ativismo Judicial da perspectiva democrática, principalmente quando inserido nos preceitos do Estado Democrático de Direito e à fragilidade das decisões emanadas no Brasil, ao passo que existem limites constitucionalmente impostos, barrando sobremaneira o alcance do poder judiciário

frente aos outros, o que com frequência vem ocorrendo. Cabalmente, com o judiciário sempre à frente, emanando autoritarismo político, o cerne do Estado Democrático de Direito entra em cheque, atingindo, inclusive o próprio direito.

Quando se fala em violações sistemáticas dos preceitos do Estado Democrático de Direito, se fala também na influência que isso exerce sobre o direito brasileiro, de modo que desestabiliza sua autonomia, confunde seu DNA. Quando o texto maior é “vitima” de interpretações irresponsáveis, o direito perde seu sentido de ser, passa a ser aquilo que dizem que é, a grande controvérsia reside no fato que essas respostas são conferidas por quem tem a prerrogativa de defendê-lo.

Desta forma, se abordará os discursos que buscam legitimar o comportamento ativista do Poder Judiciário, tendo como base argumentativa a inoperância ou inercia dos outros poderes do Estado, que em momento de crise econômica e institucional, ficam mais propensos a interferências. Nesse ponto, sob o enfoque do Constitucionalismo Contemporâneo se observará a liberalidade nas decisões do órgão, as quais nascem revestidas de sentido político e carentes de senso de responsabilidade. A esse comportamento pode ser atribuída a necessidade de superação dos paradigmas positivistas que até hoje assombram a doutrina brasileira.

Na tentativa de se desvencilhar das ideologias positivistas, a discricionariedade, forjada a partir da abertura judicial trazida pela *CF*, toma espaço, confundindo-se com modo interpretativo da norma. Essa subjetividade decisional, desprovida de responsabilidade política tem relevância no mundo jurídico, uma vez que passa a integrar a jurisprudência, parte importante da estrutura do direito.

Finalmente, sopesando os fatos levantados, prospectar-se-ão os possíveis impactos para o mundo jurídico e principalmente para a autonomia do Direito, visto que práticas relativistas em alguma maneira afetam o próprio DNA dele, nesse caso, a segurança jurídica das decisões nunca foi tão necessária. Nessa mesma perspectiva pode se concluir que não é apenas o direito que sofre ameaça, os direitos do próprio cidadão ficam a mercê do estado de espírito do juiz ou da sua capacidade interpretativa para determinado caso.

Tradicionalmente, o Brasil – e a própria doutrina – consolidou a ideia de que a interpretação se funda no ato de vontade do julgador, invertendo a lógica constitucional de afastamento de axiologismos. Para tanto o texto se abriu através de princípios, os quais, deveriam ser responsáveis para – uma vez necessário –

flexibilizar a norma. Nesse aspecto, não se busca o juiz utópico – neutro – mas sim um julgador responsável constitucionalmente, tendo em vista que o produto decisório entra no mundo jurídico dotado de mandamento e consequência, não é alheio à realidade, não é apenas um caso, é produto de direito, produto legítimo, produto jurídico, produto democrático, uma vez que inserido no Estado Democrático de Direito.

As decisões de cunho moral também serão abordadas, visto que empregam legitimidade ao decisionismo, quando são frutos do clamor social e inspiração no exercício do bem comum. Apesar do direito ter se desvencilhado da ideia de moral, corriqueiramente elas surgem dando sentido aos discursos. Moral e ética aparecem no mundo jurídico dando chances ao relativismo e às concepções subjetivas do aplicador.

Usando da máxima do Conselheiro Acácio (Eça de Queirós, 1878), onde as consequências vem depois, se desenvolverá um diálogo na tentativa de medir – ainda que de forma supositiva - como as técnicas anômalas do judiciário terão influência no futuro. Assim, em que pese a abertura e autonomia judicial caracterizarem-se como mais um avanço democrático, é rumando para o estado de exceção que se caminha.

Na medida em que se relativizam os ensinamentos constitucionais, que se sobrepõe ao seu interesse, fragiliza-se toda a estrutura democrática estabelecida, o futuro ainda que incerto não agrada, e a *Constituição Federal* anda a passos largos para o simbolismo.

Ao cabo, enfrentar-se-á o protagonismo judicial, tendo como fonte norteadora a Constituição Federal e suas premissas básicas de proteção do direito e da democracia, demonstrando-se a necessidade de uma postura acadêmica e doutrinária de debate e diálogo.

Assim, o primeiro passo é reconhecer que o ativismo judicial é fenômeno contrário ao exercício democrático do Poder Judiciário, o qual tem papel fundamental na construção de um Estado justo, legal e livre, possuidor de uma Carta Maior capaz de proporcionar as respostas “corretas” que tanto se busca oferecer, sem a necessidade de interferência ou sobreposição de nenhum dos Poderes do Estado.

1 O ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 Apresentação

É na tentativa de melhor aquilatar o momento jurídico, histórico e principalmente democrático pelo qual passa o Brasil, que se teve a necessidade de uma análise/pesquisa dos caminhos pelo qual o direito – na sua literal manifestação que é o produto decisório dos Tribunais – vem tomando, principalmente frente a carência de diálogo/debate sobre a atipicidade jurisdicional que permeia o trajeto pós Constituição de 1988.

O que aparentemente chama atenção na esteira decisional Brasileira e que em análise se faz necessário atentar, atende pelo nome de política, fator esse que a princípio tem efeitos sazonais, vindo a corroborar para vulnerabilidade e a propensão à variação argumentativa – conforme o caso - das decisões do Poder Judiciário. Assim, sem muito se aprofundar, é possível citar casos como a Reclamação Constitucional (4.335/AC), sobre a possibilidade de extensão, para outro caso, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo que veda a progressão de regime penal para crimes hediondos, proferida em sede de controle difuso, no julgamento do HC 82.959/SP¹, a implantação da fidelidade partidária, onde o STF aplicou diretamente a Constituição a uma situação não expressamente contemplada em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. A mesma corte declarou, com fulcro no Princípio Democrático, que a vaga no Congresso pertence ao partido político (BARROSO, 2008). Criou-se, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no ordenamento constitucional, finalmente a mais recente resposta dada no intuito de sanar rapidamente um clamor social, STF muda entendimento e autoriza prisão após decisão de 2ª instância, suprimindo a presunção de inocência garantida pela Constituição Federal².

Esses são exemplos corriqueiros da práxis marcadamente ativa de um poder que tem seus limites muito bem definidos na Constituição, mas que por vezes, embasado em clamores sociais de alta relevância e difundido pelas grandes mídias,

¹ Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779595/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>.

² Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>.

interage de forma equivocada com o direito. Aparentemente, é apenas uma decisão, de um órgão (ou juízes) que tem legitimidade para decidir, porém, como diria o conselheiro Acácio (Eça de Queirós, 1878), “as consequências vem sempre depois”, e com o devido respeito ao direito, não podemos menosprezar esses acontecimentos decisórios, é preciso diálogo debate e principalmente contribuição doutrinária.

1.2 Raízes históricas do Ativismo Judicial

O ativismo judicial pode ter seu nascedouro atribuído à um fenômeno de incidência Norte Americana, o qual vem de encontro ao cenário brasileiro aliado à judicialização, ambos de aspectos particulares, mas voltados para a mesma questão – o judiciário no cerne da discussão, mediando, decidindo e principalmente protagonizando.

Assim, antes de adentrar no Ativismo e sua incidência na esteira do direito/judiciário brasileiro, se faz necessário compreender seu surgimento na fonte, lembrando é claro, que como ressalva Lenio Streck (2012), não se pode esquecer que esta análise da atividade jurisdicional elaborada pela doutrina estadunidense está inserida em um ambiente próprio, isto é, que tem como referência um sistema jurídico determinado.

A data exata de seu nascimento é motivo de divergência desde a doutrina estadunidense quanto brasileira. No entendimento de Luiz Roberto Barroso (2006,p. 27,28), o ativismo judicial teve seu início com a Suprema Corte americana quando da decisão da segregação racial, já para Luiz Flávio Gomes (2009), o Ativismo Judicial surgiu pela primeira vez em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger, finalmente para Clarissa Tassinari (2013) e Lenio Streck (2013) – que será considerada para o trabalho – a discussão sobre o ativismo estadunidense teria começado com o controle de constitucionalidade no caso *Marbury vs Madison*³.

Não é novidade que o sistema jurídico estadunidense está longe de se assemelhar ao brasileiro, não só pelas suas origens, como também na forma tradicional de sua aplicação. Isso porque o direito Norte Americano sofreu influência

³ Disponível em <https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/02/05/origens-do-controle-de-constitucionalidade-o-caso-marbury-v-madison/>

direta do Direito Inglês ao contrário do Brasil, que tem no Direito Romano sua inspiração, e esse é só o começo de uma tradição eivada de antagonismos, principalmente no que diz respeito ao caráter das decisões.

A diferença vai muito além da origem territorial, diga-se que nos Estados Unidos a ideia do "*Cammon Law*" funda-se essencialmente na tradição, a ponto de forjar entre seus operadores um senso histórico que lhe rendeu a adjetivação de direito costumeiro. Como ressalta Gustav Radbruch, trata-se de um verdadeiro amor dos ingleses pela tradição (RADBRUCH, 1962, p. 10.)

A partir desse breve apontamento, percebe-se que são anos de decisionismo voltado para um sistema que o contempla como tal, ou seja, nos Estados Unidos o modelo do "*Cammon Law*" funciona, e não só funciona como atende as necessidades daquele lugar, lembrando que fora instituído de forma legítima.

O Brasil tem o direito fundado na norma, na sua vinculação estrita, assim dizendo baseado no *Civil Law*, e refira-se de imediato que para esse sistema a jurisprudência é coadjuvante, alocando-se abaixo da lei/norma, esta que é a fonte principal do direito brasileiro.

Os antagonismos entre ambos os sistemas estão presentes também na ascensão da ideia de ativismo, uma vez que a expressão ativismo judicial, surge naquele país, através da jurisprudência, que em um primeiro momento, mostrou-se conservadora e proativa, julgando casos de grande repercussão mundial, servindo de amparo à ideias reacionárias, como no julgamento da segregação racial por exemplo. Em um segundo momento, ideias de cunho social começaram a ganhar espaço, quando houve a inversão da jurisprudência que ficou mais voltada para direitos fundamentais e sociais.

No Brasil, com o advento da Carta Constitucional de 1988, o Brasil começa a experimentar do fenômeno americano, partindo da instituição de um texto extremamente voltado para os direitos sociais e inaugurando uma liberdade antes cerceada pelo regime ditatorial intenso. É com base nessa redemocratização que se estabelece um novo relacionamento com o poder judiciário, propagando-se a ideia de que a "Constituição, por todos os instrumentos e direitos que haviam sido incorporados, impulsionaria de forma direta a transformação da sociedade através de promessas de realização de políticas de bem estar" (STRECK, 2013).

Importante referir, que o rol de direitos que são garantidos pela Constituição foram inseridos abruptamente no panorama pós-ditatorial, inexperiente e

despreparado para garantir sua eficácia, em meio a isso, deu-se respostas rápidas ao social, uma delas foi o judiciário protagonizando. Esse novo Constitucionalismo aparece eivado de articulações no sentido de se atingir um nível altamente jurisdicional (TASSINARI, 2013, p.34), e o fenômeno inclusive é assimilado por parcela considerável da doutrina e dos tribunais como integrante da teoria do direito, irresistível a ele e parte dele. Embora não se tenham avanços doutrinários sobre a questão, aparentemente o protagonismo se instalou no sistema jurídico brasileiro, e o mínimo a se fazer é debatê-lo.

Relevante mencionar, que a experiência constitucional estadunidense repercutiu sobremaneira no cenário mundial, isso porque contribuiu para importantes afirmações como a soberania da Constituição, e atribuiu ao Judiciário o papel de defensor dela (TASSINARI, 2013).

Superar ou se desvencilhar de conceitos/teorias prontas parece ser o começo do caminho - o direito brasileiro revelou-se como um campo fértil para a proliferação de posicionamentos derivados de outras culturas jurídicas, para além disso, esta recepção ocorreu de modo acrítico e equivocado, provocando, inclusive, mixagens entre estas teorias (TASSINARI, 2013) - não só porque a tradição estadunidense é completamente diferente da brasileira – já que esse método proativo do judiciário é adequado a realidade daquele lugar que teve bastante tempo (duzentos anos) de debate e avaliação - mas porque no Brasil nosso constitucionalismo é recente e frágil, adotar políticas ativistas é frustrar as estruturas constitucionais.

Refira-se que os caminhos políticos seguidos pelo Brasil em sua história, não contemplavam grandes transformações sociais, assim como ocorreu na Europa, principalmente após a segunda grande guerra. Talvez, por esse motivo, prevaleceu a necessidade de atribuir fundamento teórico da supremacia assumida pela Constituição. (TASSINARI, 2013)

A necessidade de emancipação do direito brasileiro frente a modelos importados garantiria, em tese, uma maior autonomia a ele, de forma que moldaria a percepção acerca do que realmente se vivencia no nosso cenário jurídico. A importância do debate se funda basicamente na perspectiva de que cada sistema tem suas particularidades que não servem à regra geral. Por isso, o protagonismo judicial brasileiro deve ser visto como tal, inserido em seu próprio ambiente e momento temporal.

A questão do ativismo judicial, nem sempre é vista com bons olhos pela doutrina, apesar da carência de contribuição da mesma, mas visões divergentes da apresentada tem força nesse campo:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhada por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode reduzir-se a uma posição de pura passividade. (MELLO, 2008, p. 25)

É justamente com esse discurso de necessidade, que se vem buscando legitimar uma prática anômala à democracia e ao próprio direito, uma vez que, ao contrário do que dito por Mello, pode-se dizer que, embora jovem, nosso ativismo atingiu a mega política. Conforme Tassinari,

Em síntese acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade. (2013, p. 15).

Pensando ainda a partir do discurso de Mello, é de se prestigiar as palavras de PEREZ:

Não há dúvida que a abertura para o Poder Judiciário do exercício de um papel político favorece o desenvolvimento do ativismo judicial. A transferência de decisões de repercussão política e social antes afetas ao Legislativo e ao Executivo à seara do Judiciário, faculta-lhe exorbitar no exercício de suas funções, infringindo os lindes demarcatórios das tarefas reservadas aos demais Poderes. O aumento quantitativo e qualitativo do controle judicial enseja aumento da possibilidade de desvirtuamento de suas funções. (2005, p 131)

Aparentemente o problema é grave, uma vez que se tem o ativismo como parte de um sistema jurídico, assim como a jurisprudência, a doutrina ou os costumes, muito devido à falta de debate acadêmico e doutrinário desse fenômeno⁴ - que chamando a atenção, na literalidade da palavra deve ser visto como tal e não como uma forma de manifestação do direito.

⁴ 1. Qualquer manifestação ou aparição material ou espiritual. 2. Tudo o que pode ser percebido pelos sentidos ou pela consciência. 3. Fato de natureza moral ou social regido por leis especiais. 4. Tudo o que é raro e surpreendente.

1.3 A judicialização como fenômeno propulsor do ativismo judicial

Com a promulgação do texto constitucional de 1988, há uma radical modificação na forma como se exercia a jurisdição constitucional no sistema jurídico brasileiro, e é assim que dois fenômenos ganham espaço, o ativismo judicial e a judicialização política. Assim, “Não se pode negar que tanto uma quanto a outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura” (TASSINARI, 2013, p.16)

Falar da judicialização da política é falar da associação entre três setores: Direito, Política e Judiciário. Essas forças que convergem na sociedade, em alguma medida se encontram, e esse não é o problema, mas sim o produto desse contato.

O Estado Democrático de Direito onde vige a Constituição de 1988, deixa muito claro os poderes do Estado, possibilitando sua autonomia decisiva e institucional, equiparando por certo, seu nível de atuação.

No fundo, com isso, não se está apenas afirmando que o Direito e a Política se inter-relacionam, mas se está negando que a Política seja o elemento catalizador do decisionismo no Direito. Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o elemento político do Direito. E é exatamente esta questão que gera as maiores dificuldades de conceber a judicialização da política e o ativismo judicial como manifestações de fenômenos distintos que podem ser atribuídos à atividade jurisdicional. (TASSINARI, 2013, p. 17).

Ao que parece, dissociar a Política do Direito não é tarefa fácil, e nesse sentido ao observar o entendimento de Barroso (2008) sobre o tema, a dificuldade fica mais aparente, uma vez que para ele o Direito não é Política porque não se pode submeter a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder, porém, o Direito é Política, pois manifesta na lei a vontade da maioria e é aplicado por juízes que carregam consigo determinada carga política (BARROSO, 2008).

Assim, além de contraditório, seu entendimento agrega ao juiz e à lei alta carga de subjetividade, bem como atribui ao direito o conceito de lei. Não apenas por entendimentos assim que é necessário debater o papel do Direito na Política e vice versa, mas para ainda que distante encontrar um caminho para a autonomia de ambos.

O fundamento para o papel proativo do judiciário não pode se basear apenas em respostas rápidas pelas quais clama a sociedade em si. Não pode sobremaneira

fundar-se na inoperância dos setores do Estado, pois o fenômeno da judicialização enseja também outras esferas, como por exemplo, a judicialização da saúde, a judicialização para garantias da aplicação de direitos fundamentais, a judicialização de ações que se resolveriam em esfera administrativa e assim por diante.

Neste sentido, sobre o tema da judicialização, Vanice Regina Lírio do Valle acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.¹⁹ Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados. (TASSINARI, 2013, p. 19).

Ao que tudo indica, o judiciário possibilitou a abertura institucional de respostas rápidas, e claro que quando a questão é política e de grande repercussão tem mais destaque. Porém, não se pode fechar os olhos para as estatísticas, exatamente onde reside a grande ironia, pois o fenômeno ganha força com a redemocratização arejada pela *CF de 1988*, tendo no judiciário a figura máxima de garantidor dos novos direitos.

Diante disso, é de se observar que a judicialização é uma constatação, um dado, sobre aquilo que vem se definindo desde a promulgação da Constituição Federal, o que de fato reafirma seu caráter social, não dependendo simplesmente da extrapolação do papel do judiciário, mas sim da demanda social que acaba desaguando nele. Dessa forma, “A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos” (TASSINARI, 2013, p.19).

Identificar ou definir o ativismo judicial pode parecer, mas não é tarefa fácil. Para uma análise mais transparente, é preciso se ter em conta certas perspectivas de abordagem e para isso as contribuições de Clarissa Tassinari (2013) devem ser observadas. Em primeiro momento o ativismo pode se manifestar na decorrência do exercício do poder de revisar ou controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes, qualidade esta atribuída a ele constitucionalmente, ainda, como sinônimo de maior interferência do Judiciário, como abertura à discricionariedade no ato

decisório e como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, por exemplo.

De tal modo, ao que se nota, o problema do ativismo, ao contrário da judicialização, é sua característica comportamental, onde o poder chama pra si a decisão sobre questões de cunho moral ou político, uma vez que essa manifestação na maioria das vezes se dá através do controle de Constitucionalidade. Esse controle exercido por juízes e tribunais não esbarra na legitimidade quando exercido de acordo com as normas constitucionalmente estabelecidas. A afirmativa não é verdadeira quando decorre da vontade ou consciência do interprete, não representando uma concretização do texto constitucional, mas, sim, o desvirtuando.

Quando se fala em ativismo judicial no Brasil, logo se encontra posicionamentos sobre o nível ativista do STF, e a discussão gira principalmente em torno das declarações de inconstitucionalidade do órgão. Como se elas fossem a medida para ser mais, ou menos ativista, quase como uma fórmula matemática e isso é apenas a ponta do *iceberg*. Assim, “O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional. Logo, número de Ações contra ou a favor não permite epitetar um tribunal de ativista (ou antiativista)” (STRECK).

Frente a isso, elencar causas ou medidas do ativismo é equivocar o papel da doutrina, antes de se obter uma resposta é necessário entender a conjuntura atual, seja por meio de debate, seja por meio de pesquisa. Não só porque se trata de um ativismo judicial à brasileira, mas porque precisamos conhecer o fenômeno para medir seu (futuro) alcance.

O que é certo é que a judicialização e o ativismo são fenômenos postos ao mundo jurídico e sua realidade, pouco debatido e menosprezado. Pode desde ultrapassar os limites judiciais adentrando na política, como produzir decisões baseadas no subjetivo do julgador, pode interpretar a constituição de acordo com a efervescência social a deixa-la de lado como ato de vontade.

A dúvida não gira em torno de sua existência, mas sim das possíveis respostas que se terão a partir do desvirtuamento (legitimado) da Constituição Federal, Constituição esta que é jovem, sucessora de um regime ditatorial intenso, inovadora nas questões sociais, mas que precisa se autodeterminar.

2 DEMOCRACIA X PROTAGONISMO

2.1 Como o Protagonismo Judicial se reflete na democracia brasileira

Pensar sobre o Ativismo Judicial requer ponderações, pensar o ativismo não é preocupar-se com um fenômeno/fator isolado, muito embora tenha efeitos mais visíveis quando observado do ponto de vista jurídico. Para essa compreensão é preciso estabelecer um ponto de partida, um fato gerador, pois é nesse ponto que se encontra a democracia, ora “responsável” pelo papel que o Judiciário tomou para si, ora no cerne da discussão dos riscos que vem correndo devido ao comportamento protagonista do poder.

Com o advento do regime presidencialista, inicialmente, cópia do Estadunidense, viu-se diante da necessidade de incorporação também de uma Suprema Corte - o Supremo Tribunal Federal – e o controle difuso de constitucionalidade, tendo como integrantes os já conhecidos membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império, para operar as inovações constitucionais que, diga-se de passagem, desconheciam totalmente (STRECK), a partir disso a noção de jurisdição começa a ganhar seus contornos.

Note-se que a recém-delineada jurisdição já nasce eivada de limites e contradições, quando pensamos que essa transição foi abruptamente forçada, reciclando velhos atores para assumir um modelo de importação tradicionalmente divergente do momento histórico vivido. O produto disso foi o denominado *Presidencialismo de Coalizão* (ABRANCHES, 1988), baseado em acordos de governabilidade que até hoje são o carro chefe da política partidária brasileira.

O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o 'presidencialismo imperial', organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, 'presidencialismo de coalizão'. (ABRANCHES, 1988, p. 21-22).

O efeito disso é o exercício da política de forma pragmática, instrumentalizando a Constituição Federal (STRECK), opondo-se, portanto, a ideologia da República. Volta à tona a discussão da importação de modelos, e a necessidade de correção conforme os problemas vão aparecendo, daí a ideia do Presidencialismo de Coalizão.

Desse modo, é necessário perceber a relação do presidencialismo e do parlamentarismo com o “problema da jurisdição constitucional”. Nos regimes parlamentares houve a magnífica invenção dos Tribunais Constitucionais. Como regra geral, o governo é formado por maioria parlamentar, não há tensão entre a “vontade do Presidente” e a “vontade do parlamento”. Ao contrário do presidencialismo brasileiro, não há “duas vontades gerais em conflito” no parlamentarismo. Consequência: no parlamentarismo, as tensões sobre direito, especialmente à questão central – a constitucionalidade das leis – são resolvidas por um Tribunal que está fora do âmbito dos três poderes tradicionais. O Tribunal Constitucional é um tribunal ad hoc. Ele é composto e engendrado pelo parlamento. O Poder Judiciário não assume protagonismo, porque o Tribunal Constitucional não é do Poder Judiciário (STRECK.).

A questão central é “simples”, hoje no Brasil, com o sistema presidencialista, as questões de tensão entre o poder executivo e o poder legislativo são resolvidas pelo terceiro poder – o judiciário – que constitucionalmente não é hierarquicamente superior para tanto, começa a se delinear a fragilidade da democracia, isso porque o problema está no alicerce da sua legitimidade, os Três Poderes do Estado.

Aparentemente, o ativismo judicial relacionado às questões políticas tem se tornado cultural. O papel de guardião da Constituição ao que parece é tarefa coadjuvante, o controle de constitucionalidade é mais uma de suas funções e, considerando o momento de crise política do momento, há cada vez mais espaço para atuação do poder, e, inclusive, isso que tem se esperado dele.

E também – e isso precisa ser dito – demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e tudo acaba no STF. Ele cresce. Mas sofre. E sangra na legitimidade (STRECK).

Não obstante as inúmeras demandas pelas quais o STF é chamado têm que lidar com as contingências sociais⁵, que buscam respostas diretamente do órgão, influenciando sobre ele verdadeira pressão, a questão da legitimidade dessas decisões fica em segundo plano, junto com a sua respectiva competência.

Diante disso, pensar no Estado Democrático de Direito hoje, requer ponderar sobre questões políticas, da mesma forma, pensar em como isso afeta a democracia é pensar em quanto poder estamos dispostos a aceitar ou legitimar.

E gize-se que diante da crise vivida (política, econômica e social), qualquer ato de poder revestido de defesa ao Estado ou aos bons costumes, gera um clamor

⁵ Caso das nações indígenas, questão das cotas raciais, discussão sobre células tronco, constitucionalidade da lei da ficha limpa, movimento LGBT buscando a declaração de constitucionalidade do casamento homoafetivo.

social sem precedentes, a consequência disso é que não há um controle efetivo das decisões tomadas à título protagonista, uma vez que o Judiciário – leia-se – STF ao que parece é o novo constituinte do momento.

A conclusão de como o cenário jurídico/político atual influencia na democracia apesar de revestido de complexidade, pode ser respondido de forma pragmática: colocar-se acima de dois dos poderes pelo qual a Constituição conferiu idêntica hierarquia é obviamente inconstitucional, pôr-se contra a Constituição é ir contra a democracia.

2.2 A interferência do Judiciário nos demais poderes do Estado

Como se sabe, a Constituição Federal conferiu aos três poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – paridade de iniciativa sem subordinação entre eles. Cada um com suas funções típicas e atípicas de administrar, legislar e decidir sobre seus próprios órgãos.

Na teoria estava tudo definido, três poderes, pilares do Estado Democrático de Direito com vistas a promover a democracia e o bem estar social, dividindo as responsabilidades das três grandes esferas do Estado. Questiona-se assim, o momento em que o judiciário começou a assumir a dianteira dos poderes e ultrapassar questões de mérito próprio, como as questões políticas e legislativas.

Note-se que a característica do Poder Judiciário atualmente é chamar para si as responsabilidades fruto da inoperância ou estagnação dos outros poderes. Isso seria motivo de orgulho se não partisse do órgão defensor da Constituição, uma vez que nossa Suprema Corte vem atuando para além dos limites constitucionalmente estabelecidos, ironicamente, quem mais deveria conhecer suas normas parece que tem novo entendimento sobre elas, o perigo disso é a legitimidade que vem se auto conferindo, pois é o único guardião da Carta Magna, quem ousaria contrariá-lo? Tanto é assim que o próprio Teori Zavaski chegou a afirmar “a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é”.

O pronunciamento do Ministro Teori Zavaski possui um valor simbólico que permite afirmar que a questão atinente aos poderes do Judiciário no Brasil necessita de maior problematização. E isso se dá por, no mínimo, dois motivos: seja porque tais poderes carecem de limitação, na medida em que decisões judiciais têm sido utilizadas como critério de validade do direito; seja porque não há uma preocupação por parte do Judiciário no modo de fundamentar/legitimar suas decisões, transportando posicionamentos

teóricos de um país para outro sem qualquer filtragem ou contextualização. (TASSINARI, 2013, p. 33)

O enfraquecimento das instituições do Estado há muito é uma realidade no Brasil, a promoção do bem estar social deixa a desejar, isso se relaciona com a atuação do poder judiciário na medida em que não se encontrando as respostas nos órgãos que legitimamente as detém, o meio eficaz buscado é através de uma sentença, e na medida em que o judiciário se propôs a ser a voz final dos outros poderes, tornou-se tradicional recorrer a ele quando não se obtém a satisfação dos seus direitos pelas vias tradicionalmente estabelecidas.

Quando se fala em atuação jurisdicional, inevitável, porém, não se falar do produto das decisões, que é político e volitivo. Buscar respostas às perguntas suscitadas pelo tema é tarefa que, em última análise, objetiva estabelecer o modo pelo qual uma democracia operacionaliza o processo decisório de maneira a garantir a legitimidade das decisões tomadas (SUNDFELD, 2016).

Como diria Dworkin (2002), em sua teoria da integridade, atribui-se aos juízes o papel de dizer o que é direito, e partindo da mesma teoria cabe referência aos argumentos que embasam suas decisões, argumentos de princípio e argumentos de política. Os argumentos de política justificam uma decisão política com base naquilo que é bom para uma determinada comunidade localizada temporal e espacialmente, ao passo que argumentos de princípio dizem sobre o que é justo, ou seja, são argumentos normativos que se estabelecem por sua força impositiva a respeito daquilo que é correto ou justo em termos universalizáveis.

Quando se fala em atuação política do judiciário está a se falar também das decisões políticas do judiciário, que se firmou com os novos modelos constitucionais, tornando-se uma comunidade aberta de intérpretes com vistas a democratizar o processo de hermenêutica, abrindo-o a todas as forças públicas e poderes envolvidos como forma de garantir sua concretização (HABERLE, 2002).

O reflexo de decisões políticas é a afastabilidade da necessidade de uma fundamentação de Direito, isso fere, em alguma maneira o próprio DNA do direito. Pensar em ativismo é debater Constituição e Direito.

Em que pese a necessidade de defesa da autonomia do Direito, para que o produto de suas decisões sejam de princípios, não se pode separar absolutamente o direito da política, isso porque como afirma Dworkin (2002) em seu *Levando os Direitos a Sério*, a justificativa mais geral e abrangente para o direito é a política uma

vez que, dessa justificativa, deriva a “doutrina da responsabilidade política” (STRECK), em outras palavras é garantir a responsabilidade de decisão de acordo com o direito, tendo por base argumentos de princípio e não argumentos de política.

Daí a necessidade da manutenção das funções de cada poder, responsabilizar-se pela concretização do bem estar social, por conseguinte, é tarefa administrativa e legislativa, confundir argumentos políticos é conferir margem para decisões políticas. Uma vez respeitado o que está posto ou que é legalmente garantido, não existiria a necessidade de intervenção judicial sempre. Explico, por que tudo termina judicializado? Basta um olhar superficial para as demandas que chegam ao Judiciário para ponderar sobre o tema, saúde pública, assistência social, moradia e cidadania, todos direitos fundamentais que não funcionam administrativamente. A exemplo disso, a aposentadoria, direito de todo cidadão que preenche os requisitos de tempo de contribuição, idade e de trabalho, que na maioria dos casos acaba judicializado pela recusa do poder administrativo.

Tecnicamente falando, tornou-se cultural a negativa administrativa dessas demandas, o sistema só funciona judicializado, e, talvez seja este o motivo da sociedade enxergar no Judiciário a figura do pai (Maus), de um ser soberano que reina absoluto, capaz de garantir a qualidade de vida dos necessitados. Por isso, atribuir uma conduta ativista ao Poder Judiciário é avaliar, sobretudo, a negligência dos outros setores do Estado, que se acostumaram a serem demandados, caso contrário permanecem em sua zona de conforto, inertes.

Discutir sobre a responsabilidade pelas decisões judiciais se faz necessário, estabelecer a razoabilidade de atuação do poder também, mas veja-se que esses limites devem obedecer aos impostos pela Constituição brasileira, o que não significa dizer que deve haver subordinação do Judiciário, ou prevalência administrativa e executiva. Controlar as decisões, é tarefa democraticamente estabelecida, ligada a ideia de hermenêutica e jamais condicionamento, sob pena de se retroceder no tempo, e passar por cima do histórico de lutas pela independência judiciária.

Sim, a independência do Poder Judiciário é uma conquista democrática. Conquista, sim, porque não foi resultado de uma autorização cartorial. Muito mais do que isso, por oito séculos a humanidade lutou para construir os mecanismos de limitação de poder com os quais hoje estamos habituados. Para enfrentarmos os perigos de um governo de juízes ou de uma juristocracia, precisamos de uma consistente teoria do direito e agentes

jurídicos aptos a trabalharem na construção de bons argumentos e na desconstrução de argumentos ruins (STRECK).

Antes de qualquer coisa se faz necessário direcionar a crítica, que reside no fato do poder Judiciário ultrapassar seus limites de atuação, o que jamais tem relação com o quão independente o poder é. Falar de democracia consiste em conferir liberdade às três esferas do Estado, mais do que isso, significa trabalhar para que elas funcionem independentemente de pressão política ou judicial, promover o bem estar do Estado é estar atento aos mandamentos constitucionais.

2.3 O Ativismo Judicial sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo

Não é novidade que uma das características do constitucionalismo contemporâneo reside em uma maior abertura ou liberdade de atuação judicial. Com essa abertura, o poder acaba por ganhar relevância social e política.

A relevância adquirida pelo órgão pode ser atribuída ao fato de que contendas antes de natureza política, agora ganham espaço na esfera judicial, o que consolida o fenômeno da judicialização da política, a qual, seguindo o nível de atuação, deveria vir com maior grau de responsabilização.

Com o fim da segunda grande guerra, a comunidade jurídica começou a refletir sobre a necessidade de um constitucionalismo contemporâneo, adaptado aos novos tempos e principalmente desvencilhado da ideia do positivismo que reinara até então. A ideia era um direito pautado e centralizado por uma Constituição que seria promovida pelo poder Judiciário. Sob o manto do neoconstitucionalismo, houve o surgimento de diversas teorias, que na maioria das vezes limitavam-se a superar a fase positivista, pós-positivistas, portanto, atribuir a interpretação do direito à princípios e aproximar o direito da moral (CARBONELL, 2007).

A partir disso começou a se permitir um maior grau de atuação judicial, fundado principalmente na tentativa de superar os paradigmas do positivismo e para isso abriram-se as portas à discricionariedade.

O relacionamento da doutrina com o positivismo não é dos melhores, fruto disso é a abertura de espaço para um direito plural, multifacetado que desagua nos campos do julgamento conforme a consciência do julgador. Abriu-se margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de molde

a conceber o Ordenamento Jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores sociais da realidade cambiante. Nessa nova ambientação foi se erguendo um novo paradigma de reflexão jurídica – o Pós-Positivismo (SOARES, 2010, p. 56).

Aproximar o direito da moral ou da ética constitui no oferecimento de espaços à atuação, à consciência e à liberalidade, sendo esse o motivo do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ter estreita intimidade com o fenômeno do Ativismo Judicial.

A partir do momento que a valoração torna-se importante para a promoção dos direitos sociais, por exemplo, não se está diante do contrário do positivismo, mas sim da atuação discricionária do julgador, justificada e legitimada a partir da noção de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate de valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética (BARROSO, 2006, p. 385).

O Ativismo Judicial vem para acabar de vez com a referência ao ultrapassado positivismo, que tanto assombra a doutrina, e aqui vale lembrar de Lenio Streck “Cumprir a letra [sic] da lei” significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável, porém ele não chega se opondo ao positivismo, mas promovendo os preceitos constitucionais, em outras palavras, tenta legitimar-se pela Constituição.

A idéia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos princípios, valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição Federal a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente da manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; (iii) a imposições de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6)

Praticamente um super poder conferido ao guardião da Constituição, que conforme se depreende das palavras de Barroso, confunde-se com o próprio constituinte. É preciso lembrar também que na ideia de constitucionalismo não está apenas incluído o papel de garantia, mas também a noção de controle, de limite ao poder (TASSINARI, 2013).

No fim e ao fundo, garantir de forma ativa os direitos fundamentais ou mandamentos constitucionais é discurso, legitimar é o objetivo. Assim a teoria de Dworkin (2002) de responsabilidade das decisões judiciais, nunca foi tão necessária para conferir a autonomia de que tanto necessita o direito no momento, decisão e responsabilidade fazem parte de um todo integrado que é o direito e a segurança jurídica do seu produto. Decisão e escolha estão longe serem sinônimos, e como entende Lenio Streck, decisão pressupõe compromisso, ao passo que escolha é liberalidade – quando um pronunciamento jurisdicional revela uma escolha, então, resta subjugada a ideia de Direito como um todo coeso e integrado (DWORKIN, 2002).

Por todo o exposto é que o Poder Judiciário não pode ser visto como a autoridade que possui o pressuposto ou poder interpretativo de dizer o que a Constituição significa e deseja, da mesma forma, a fraqueza das instituições do Estado não pode servir de trampolim para a promoção do Ativismo e as formas discricionárias de sua atuação, se há problemas na relação entre os Poderes, estes não podem ser resolvidos à margem do pressuposto democrático (TASSINARI, 2013).

3 EFEITOS COLATERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL: PROSPECTANDO O FUTURO

3.1 A autonomia/DNA do Direito

Como é sabido, o direito, muito além de sinônimo de justiça (ideia ainda dissipada), é composto de uma estrutura discursiva que somada à doutrina e à jurisprudência forma um sistema próprio, a partir do qual seria possível obter certo nível de segurança, tendo por base o que já fora objeto de apreciação.

Em que pese a decisão ser um ato unilateral na maioria das vezes, está – ou deveria estar – vinculada ao sistema do direito, ao passo que há “uma responsabilidade política dos juízes e tribunais, representada pelo dever (has a duty) de accountability (hermenêutica) em obediência ao artigo 93, inciso IX, da CF” (STRECK). Essa responsabilidade jurídica, quando pensada sob a perspectiva democrática, ganha ainda mais importância.

O afastamento de decisões discricionárias constitui premissa básica na promoção do Estado Democrático de Direito, não devendo em qualquer hipótese, o cidadão ter seus direitos dependentes do estado de espírito do juiz ou da tradição do tribunal. Direito não é loteria, assim como decidir não constitui analisar a capacidade volitiva do juiz.

No entanto, afastar a discricionariedade é mais complexo do que parece. A tradição jurídica brasileira consolidou-se na premissa Kelseniana de que a interpretação do juiz é um ato de vontade, e obviamente o produto disso também. Quem regula o quanto de discricionariedade estará presente na decisão é o próprio magistrado, daí a necessidade de mudança de tradição.

A discricionariedade que se manifesta nas esferas judiciais hoje, somada ao alto nível ativista do poder vão de encontro ao ideal democrático e principalmente à Constituição, os princípios e preceitos que tratam dos direitos fundamentais foram introduzidos na CF exatamente para afastar a necessidade de axiologismos, ou seja, apesar da Teoria da Vontade ser fato superado, tradicionalmente é praticada pela maioria esmagadora dos juízes e tribunais.

A centralidade da Constituição é concebida por suas várias interfaces: jurídica, ante a sua supremacia em relação à lei e, também, seu caráter normativo; social, pela garantia e proteção dos direitos humanos voltados para a consolidação da justiça social; e democrático, tanto pela divisão das funções estatais, controle de poder, legitimidade de atuação do Estado e participação nas deliberações que dirigem a vida do Estado e da sociedade (FERREIRA, p.09)

Muito embora o ato de vontade do julgador seja aparentemente um “problema” – visualizando neste caso o sujeito solipsista – não se defende a ideia de um juiz neutro, ha muito esse mito fora superado. Neutralidade em nada se associa ao contrário de discricionário. Um julgador neutro é quase um ser utópico, e quando se está a defender uma responsabilidade nas decisões, defende-se um sujeito comprometido constitucionalmente mesmo com suas crenças e experiências de vida.

Como destaca **Ferreira** “o Direito – produzido judicialmente – é/dever ser produto de uma atividade jurisdicional democrática (em meio e fins), ciente de seu papel dentro do quadro político do Estado e de seu compromisso constitucional”.

Partindo da perspectiva protagonista do judiciário brasileiro de hoje, principalmente quando se fala em questões políticas, comumente se associa o direito à moral, à ética e a filosofia, o que significa dizer que muito da atividade jurisdicional opera-se em nome delas.

Diante disso, quando se relaciona direito à moral e a ética, atribui-se uma carga de relatividade nas decisões, indo de encontro às estruturas basilares do direito, e porque não seu próprio DNA. Essa prática jurisdicional quando ligada ao alto grau de ativismo equivoca a concepção de emancipação que a Constituição Federal possibilitou.

Ocorre que com a conduta assumida pelo Judiciário – e nesse ponto refira-se principalmente o STF nas decisões de grande repercussão – se trouxe à tona novamente os subjetivismos arraigados à ideia de direito desde a concepção do Direito Romano. Moral, justiça e ética nunca estiveram tão presentes na fundamentação das decisões emanadas pelo poder.

E, a partir do momento que se retrocede ao ponto de unir direito a questões tão abstratas, fragiliza-se a essência do direito e pior, sua credibilidade. Não é atoa que vivemos uma crise institucional que começa nas universidades e termina no judiciário. Enquanto a discricionariedade e o ativismo alastram-se no campo social, no ensino se reproduzem conhecimentos, fomentando este ciclo.

O comprometimento com o ensino é tão necessário quanto o comprometimento com as decisões, e, uma vez que se fala de práticas de tradição, o melhor lugar para se quebrar os paradigmas está no campo do conhecimento.

3.2 Aplicando a máxima do Conselheiro Acácio

Se, de um lado o Poder Legislativo não vem atendendo as demandas sociais de forma eficaz, por outro, o Judiciário não pode – e não deve – abster-se das questões levadas a seu crivo (BENJAMIM, 2014), o que não significa dizer que é dele a responsabilidade de solucionar o problema na fonte, agindo politicamente na questão.

Tradicionalmente, a aplicação do direito era arraigada na lei – vontade concreta e objetiva do direito -, sendo esta a resposta última para a resolução dos problemas sociais. Obviamente que com a superação do modelo e a abertura interpretativa proporcionada pela Constituição Federal, o juiz passa a ter o papel de interprete e não mais aplicador da legalidade.

[...] o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade acaso necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais (BENJAMIM, 2014, p.1).

Indiscutivelmente, a interpretação que a Constituição possibilitou, foi a interpretação baseada em seu texto, o qual, trouxe mecanismos como os Princípios para a resolução do caso concreto.

Ante o exposto, o resultado da interpretação feita pelo juiz é a “criação” judicial formulada perante a ausência de normas jurídicas capazes de regular determinada condição de crise que se submete à sua jurisdição, no intuito de suprir a ausência ou insuficiência legislativa e política gerada pelos outros poderes do Estado. Essa interpretação, inclusive, passa a integrar o mundo jurídico, podendo tanto valer de regra geral, como de precedente (BENJAMIM, 2014, p.1).

Embora o Judiciário tenha adquirido o condão de atuar nas omissões legislativas, não se pode, diante da crise de representativa vivenciada, incentivar um poder ativista que se manifesta na maioria das vezes com a prolação de decisões

que suprem omissões e, por vezes, inovam a ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Muito embora a deficiência dos meios políticos de decisão justifique a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução dos conflitos sociais, é certo que essa prática atrai um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia (BENJAMIM, 2014, p.1).

O fruto disso é um órgão com poderes permanentes de alteração do texto constitucional, que possibilita a mutação do texto, atingindo de frente a democracia estabelecida, travestindo-se de poder constituinte.

Neste diapasão, necessário lembrar que o Brasil é um país democrático de representatividade, ou seja, mesmo que o legislador se omita, não há bem comum que justifique a atuação judicial na esfera política legislativa.

A Constituição nesse momento histórico é emancipadora, especialmente, em relação ao privatismo herdado dos séculos anteriores – que as leis e códigos não conseguiram aglutinar – e a verdadeiro significado da democracia enquanto regime de governo diretamente dependente da vontade do povo. A manutenção do processo no *status a quo* e, à toda evidência, negar a existência do constitucionalismo democrático. Não se pode negar que o processo (jurisdicional) faz as mesmas vezes do processo (político-eleitoral), entretanto, perante poderes diferentes, mas ambos sob as mesmas premissas, uma vez que a Constituição e toda sua irradiação alcançam a tudo e a todos, inclusive, o processo judicial. (FERREIRA, p.09).

Assim, não se defende o afastamento do Judiciário ante as omissões observadas, quando essas são decisões democráticas e principalmente guiadas pelo texto constitucional. Texto este, democraticamente estabelecido pelo poder que lhe competia estabelecer. O problema é o avanço desses limites ao passo que se chega a confundir o julgador com o próprio constituinte. Quando as decisões entram na área política, a legitimidade institucional se rompe, e a mutação constitucional começa a se delinear.

Importante observar, que a característica da sociedade atual funda-se na busca pelo justo, na paz social e no bem-estar coletivo, incentivando um comportamento ativo do poder judiciário, que, com o novo modelo de jurisdição fica mais atendo aos clamores sociais.

Como efeito disso, se legitima o protagonismo judicial e se desestabiliza as bases do Estado Democrático de Direito, acabando por fragilizar o texto

constitucional. Talvez, por ora, não se possa vislumbrar o alcance desta prática para as instituições, porém, começar a provar das consequências de uma mutação constitucional crescente é só questão de tempo.

Como diria o Conselheiro Acácio (Eça de Queiroz, 1878), as consequências vêm sempre depois, e ainda que não se possa precisar com certeza os rumos que a democracia constitucional seguirá, caminhamos a passos largos para o tempo em que a Constituição Federal será apenas simbólica, fruto de um Estado extremamente inoperante que busca no judiciário a promoção imediata de direitos e garantias por ele não realizados.

E mais, com o Poder Judiciário a frente das questões políticas do Estado, em algum momento, se substituirá a soberania popular por decisões de cunho ativista, emanadas à margem da Constituição e dotadas de relativismo argumentativo. A concepção de soberania popular – que a duras passos se conquistou – corre o risco de ser apenas mais uma característica da falta de funcionalidade e realização dos preceitos sonhados em 1988.

Sobretudo, essa ameaça democrática reflete na própria insegurança legal, transformando de algum modo a própria noção de direito e tudo que ele representa.

3.3 Encarando o protagonismo judicial – meios de proteção do direito e da democracia

Inicialmente é imprescindível destacar que para superar a ideia de Ativismo Judicial, necessário se torna superar a premissa de que é o judiciário quem possui o remédio para a inoperância dos demais setores do Estado, ele não diz, porque não é dele o papel de dizer o que é certo ou aplicável quando a questão é política e de competência legislativa.

A omissão legislativa – aparentemente um problema – envolve questões mais complexas do que sua simples inércia, e nesse ponto a título exemplificativo pode-se destacar um projeto de lei que realmente atenderia as demandas do bem comum e social, porém o legislador permanece inerte. Ressalte-se que é conferido a ele a possibilidade dessa inércia, porque é um órgão essencialmente político, que depende de questões externas – como quórum, maioria de votos e aliados – para agir, não tendo o judiciário prerrogativa para interferir no processo, como ocorre.

Superado isso, o Poder Judiciário não pode ser visto como remédio à violação de direitos e garantias individuais – ainda que em últimos casos seja – o que se quer dizer é que a maioria das violações constitucionais se dá pelo próprio Estado, que ante a não observância do texto constitucional nega direitos e garantias dotados de força e autoaplicabilidade. Esse ciclo acaba por reforçar a ideia do poder como garantidor da eficiência e operancia dos demais órgãos.

Além disso, fundamental se faz dissociar a figura do Pai (Maus) atribuída pela sociedade ao poder. Investir em políticas públicas pode ser a solução para quebra deste paradigma, a tendência é que com a garantia de qualidade de vida e promoção do bem estar social os litígios diminuam e não se judicialize tanto (tudo).

Na tentativa de se desvencilhar do positivismo jurídico, o protagonismo judicial acaba sendo frequentemente revigorado (assim como o ativismo judicial) a partir da defesa, por exemplo, da instrumentalidade do processo, do livre convencimento do juiz e da livre apreciação da prova (todos estes considerados “princípios”¹⁰). Ocorre que estes princípios estão diretamente ligados à crença de que o juiz possui capacidade de “encontrar” a solução para cada caso¹¹ influenciado pelos valores da sociedade na qual vive, numa evidente busca pela “justiça social”. Como se fosse possível, diante da pluralidade e complexidade social na qual estamos imersos, definir o que seja justiça social, e, a partir disso confiar na sapiência do juiz para destacar os valores supremos da sociedade que poderiam influenciá-lo nas decisões (SANTOS, 2015, p. 204).

Ao que tudo indica superar discursos de legitimação é medida que se impõe, pois este é o principal desafio na conquista da efetividade do texto constitucional, não há necessidade de se inovar quando se busca na Constituição o ideal aplicável – e nesse ponto ela consagra de forma satisfatória, seja através de princípios ou garantias, as contendas que se judicializam.

Não é necessário muito esforço teórico para se concluir que os caminhos estão delineados no texto constitucional, a escolha democrática feita pelo constituinte implica, necessariamente, na adoção de comportamentos condizentes com ela, ou seja, há um preço a se pagar pela opção adotada. E o preço, neste caso, é conferir aos juízes limites à sua atuação. (SANTOS, 2015).

Como bem coloca Tassinari (2013), uma postura ativista, na maioria das vezes implica na discricionariedade de decisão realizada através de um ato de vontade do julgador (sujeito solipsista), carente de elementos jurídicos e ligado a teorias relativistas já superadas.

Embora a questão do protagonismo judicial ainda seja objeto de divergência doutrinária, isso atribuído ao fato de que não se deu a devida atenção que o tema necessita, pode ser dela o papel de debate e diálogo com vistas a consolidação de uma teoria que abarque as mudanças experimentadas pelo sistema jurídico/democrático brasileiro.

Como resposta, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck apresenta uma compreensão acerca do Constitucionalismo Contemporâneo, que enfrenta os problemas criados pelo ativismo judicial sob três frentes: a partir de uma nova teoria das fontes, na aplicação intransigente da Constituição; da redefinição do papel dos princípios, que, concebidos como normas, passam a limitar a decisão judicial na defesa da integridade do direito (Dworkin), consistindo em uma nova teoria da norma, que também rearticula a relação Direito e Moral; e, por fim, no enfrentamento da discricionariedade judicial, um novo modo de compreender a interpretação jurídica, que tem como pressuposto uma teoria da decisão judicial, apresentando-se, assim, como uma refutação final e direta ao problema do ativismo, a partir da conjugação de uma teoria democrática e dos aportes filosóficos de propostas que transformam radicalmente a maneira de compreender o problema hermenêutico. (TASSINARI, 2013, p. 102).

Notavelmente, a crise de identidade jurídica brasileira deve ser enfrentada, despidendo-se, inicialmente, de modelos e teorias importadas que mal contemplam as aspirações da realidade histórica vivenciada, para a partir daí reformular o papel do judiciário como órgão inerte, dependente de provocação e guardião da Constituição Federal, cabendo aos outros poderes deliberarem sobre questões políticas e sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, operou-se no direito brasileiro uma ruptura de paradigmas, possibilitando o fortalecimento da jurisdição constitucional. Com ela, possibilitou-se também maior abertura do poder de decisão dos juízes, o que acabou por impulsionar o fenômeno conhecido como ativismo judicial,

[...] marcado pelo crescimento da atividade jurisdicional, elevada a um protagonismo que desafia o Direito a repensar seus pressupostos teóricos na tentativa de não permitir o esvaziamento do conteúdo democrático do atual Estado de Direito (TASSINARI, 2013, p.100).

Sob o manto de defesa e principalmente promoção dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário começa a adotar uma postura extremamente ativa, baseada na discricionariedade de decisão e ultrapassagem de limites que o próprio texto impôs. Como consequência, se adentra em questões eminentemente políticas, atribuindo-se ao judiciário o status de super poder.

A ideia de freios e contrapesos (Montesquieu) acabou por ser desvirtuada, a influência recíproca do Executivo, Legislativo e Judiciário em fornecer equilíbrio social nem ao menos chegou a concretizar-se. Veja-se que se fala de cláusula pétrea da Constituição, posta para evitar que um dos Poderes usurpe as funções do outro. No entanto, o que se nota é a postura extremamente ativista do Judiciário.

Assim, em que pese a análise objeto deste trabalho tratar essencialmente de prospecções, é seguro e aconselhável se pensar em Direito e Democracia para o futuro, vez que é inegável a atipicidade democrática que se vive no momento. Também, porque práticas ativistas tendem a legitimar-se ante a promoção dos preceitos constitucionais, contrariando a própria essência do texto, fenômeno esse que vem angariando espaço desde a sua promulgação.

Em sua defesa, entram as questões da omissão legislativa e executiva que demandariam alguma (ou muita) atividade do Poder. Para tanto, inclusive se conceitua o Ativismo Judicial como uma forma sistemática de interpretação Constitucional, que visa garantir a aplicabilidade de direitos e garantias fundamentais, fundando o discurso na retração do poder Legislativo e garantia dos

direitos individuais e coletivos. Propaga-se a ideia de necessidade da proatividade judiciária para equilíbrio social em tempos de descompasso político.

O que se verifica, é que mesmo com um texto constitucional tecnicamente novo, seu nível de mutação é considerável, responsabilidade atribuída ao poder que teria a prerrogativa de sua defesa acima de tudo. Quando se fala em mutação constitucional sem que tenha o texto passado pelo crivo de uma constituinte, está se falando de um estado de exceção, avesso aos princípios democráticos do Estado.

O Ativismo Judicial é um fenômeno posto a realidade contemporânea, que ganha espaço principalmente em momentos de crise econômica, institucional e política, o que preocupa, pois são nos momentos de dificuldade que os discursos de legitimação se propagam.

Refira-se que o texto constitucional, extremamente detalhista, confere ao julgador opções legais e democráticas de decisão, não se justificando, portanto, escolhas anômalas a ele, ao passo que a insegurança que se gera a partir disso é desnecessária. Exemplo disso é a aplicabilidade dos princípios, os quais tiveram sua lógica invertida, tendo em vista que tem em sua essência a possibilidade de abertura normativa quando o caso concreto demanda. No entanto, eles acabaram se tornando mais uma expressão da capacidade volitiva do juiz.

Assim, evidencia-se que o problema se centraliza no interprete, e como já observado, tradicionalmente a ele é atribuído o papel de dizer o direito, ainda que o preço disso seja supressão do próprio direito. O comprometimento com as decisões é medida que se impõe, mudar os rumos do protagonismo depende da fiel execução dos mandamentos constitucionais, respeitando principalmente a divisão dos Poderes no cerne do entendimento de freios e contrapesos (Montesquieu).

Como as consequências vêm sempre depois (Conselheiro Acácio), chegará o tempo que a Constituição Federal será o símbolo de um Estado Democrático de Direito não praticado (de exceção), frágil e dependente da postura “justa” dos seus aplicadores, exaurida em conteúdo e legitimidade.

Apesar de o tema dividir opiniões, pode-se concluir que não existem justificativas plausíveis para supremacia jurídica e suas formas de manifestação. A Constituição Federal confere mecanismos de controle legítimos. Além disso, é prerrogativa dos Poderes do Estado se omitirem, se assim julgarem necessário. Para a promoção do verdadeiro Estado Democrático de direito, os limites devem ser

obedecidos, como o produto de sua atividade também deve ser respeitado, assim quis a Democracia, assim ela foi estabelecida.

As instituições do Estado ainda que em momentos de crise, possuem capacidade e autonomia para o exercício de suas funções. Preservar a democracia que tanto se lutou é também frear os excessos do Poder Judiciário, sob pena de nova ditadura revestida de legalismo. As prospecções para o futuro, no ritmo em que andam, não são otimistas, traçar um diálogo com o futuro, hoje, não é tarefa fácil. Porém, para preservação das entidades do Estado ela é essencial. Aliar a doutrina e a academia ao debate pode ser um importante ponto de partida. A mudança de tradição começa no ensino e na pesquisa.

Portanto, desvencilhar-se do relativismo e da discricionariedade, respeitar os limites de atuação dos Poderes e fomentar o debate e diálogo acadêmico e doutrinário podem ser as primeiras providencias tomadas no sentido de proteger a democracia e garantir a autonomia do Direito. A importância do Poder Judiciário é incontestável, assim como a do Executivo e do Legislativo, harmonizar e reequilibrar as bases do Estado significa garantir a continuidade do Estado Democrático de Direito no seu sentido original e legítimo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio H. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

BARROSO, Luís Roberto. (2008) “Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**”. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 18 de março de 2016

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

BENJAMIM, Saul da Silva. **A produção jurisdicional: o ativismo e seus efeitos**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28999/a-producao-jurisdicional-o-ativismo-e-seus-efeitos>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERREIRA, Rafael Fonseca; Processo e Jurisdição no Constitucionalismo Contemporâneo: Substancialização e Legitimação (Política e Jurídica) pela via Democrática – disponível em <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=197>.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 22/02/2016

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Lo spirito del diritto inglese**. Tradução. Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962.

SANTOS, Paola Lorena Pinto dos Santos. Jurisdição e Processo: a necessária superação do protagonismo e do Ativismo Judicial para a construção de um

Processo Democrático. In. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/12>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

STRECK, Lenio. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. In. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 1, 2013.

STRECK, Lenio. **Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. **Judicialização da política e demandas por juridificação: O Judiciário frente aos outros poderes e frente á sociedade**. Disponível em: <http://www.cesamericalatina.org/news/sbdp.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo. In **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do judiciário**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013