

PRECISAMOS FALAR SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Bruno Giovannini de Paulo¹

Ana Cristina Lemos Roque²

Resumo: é evidente o destaque que tem tido o Poder Judiciário nos tempos atuais. Nunca se deu tanta atenção aos julgamentos da corte máxima. No entanto, ao que tudo indica, estaria este Poder extrapolando os limites de suas atribuições e invadindo as dos demais. Partindo do surgimento dos conceitos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, o presente estudo se propõe a analisar o ativismo judicial. Trabalhando conhecimentos históricos e teóricos, com a utilização de obras de autores consagrados no ramo do Direito Constitucional, foi feito um exame crítico do ativismo judicial, discutindo se estaria ele amparando o surgimento de um protagonismo judicial ilimitado.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo.

Abstract: it is clear that the highlight has been the judiciary in recent times. He never gave much attention to the judgments of the highest court. However, it seems, would be this Power ex-

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Especialista em Direito na área de concentração de Direito Penal. Delegado de Polícia Civil no Estado de Minas Gerais.

² Mestre em Teoria do Direito e do estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, sendo bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Direito na área de concentração de Direito Empresarial e Tributário. Advogada e Professora na comarca de São José do Rio Preto-SP.

trapolating the limits of its powers and encroaching on the others. From the emergence of post-positivism and neoconstitutionalism concepts, this study aims to analyze the judicial activism. Working historical and theoretical knowledge with the use of works of authors established in the field of constitutional law, it was made a critical examination of judicial activism, discussing whether it would be bolstering the emergence of an unlimited judicial role.

Keywords: Judicial activism. Postpositivism. Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO



Em tempos de “crise” (mais moral do que propriamente econômica) sempre se faz necessária uma observação da sociedade. É importante parar e enxergar o que vem acontecendo, bem como olhar para frente e imaginar o que vem por aí. O cenário político/social atual tem nos obrigado a essa reflexão. Estamos discutindo - dia e noite - Economia, Política, Sociologia, Filosofia, Direito, entre outros, por mais que muitas vezes nem tenhamos a consciência de que os debates giram em torno dos citados ramos das ciências humanas.

Mas dentro de todos os assuntos mencionados, um tem ganhado destaque nas conversas diárias: o Direito. Vivemos uma época de protagonistas de toga. Os heróis nacionais, que têm seus rostos estampados nos noticiários populares, possuem o superpoder da aplicação da lei. Os juízes estão no centro das atenções no cenário jurídico. Nunca se deu tanta atenção ao andamento de um processo como nos dias de hoje. Nunca se esperou tanto o posicionamento da última instância judicial, na esperança de corrigirem e salvarem o país da “crise” que se encontra afundado.

O Poder Judiciário tem se notabilizado como sendo a salvaguarda da democracia e de todos os valores tidos como justos e certos, enquanto os outros dois poderes se encontram um degrau abaixo, lutando pela sobrevivência, por mais que Montesquieu tenha idealizado destinos diferentes.

Exageros à parte, está evidente que hoje se fala, e muito, na forma destacada como tem atuado o Poder Judiciário. Ele vem sendo o guardião da constituição e o último socorro de todas as atuais demandas importantes. Porém, ao que tudo indica, está inebriado pela importância recebida e invadindo terreno que não lhe pertence, principalmente o de seu irmão: o Legislativo.

Por meio de decisões e interpretações do texto magno e das leis em geral, o Judiciário tem realizado verdadeira atividade legiferante, seja - por exemplo - com interpretações das expressões polissêmicas, preenchimento de lacunas, ou até mesmo - e talvez aqui esteja a mais perigosa - por meio da mutação constitucional.

A esse protagonismo judicial e sua atuação além dos limites legais dá-se, atualmente, o nome de ativismo judicial. Este ativismo encontra amparo em dois institutos contemporâneos: o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

Deste modo, surge então o problema do presente estudo: estaria o Poder Judiciário extrapolando suas atribuições, se imiscuindo nas atribuições dos demais poderes e proferindo decisões muitas vezes baseadas no subjetivismo do julgador, ocasionando o denominado ativismo judicial?

De início, parte-se da hipótese de estar sim o Poder Judiciário invadindo atribuições que não lhe foram conferidas, calçado nos conceitos de neoconstitucionalismo e pós-positivismo.

O artigo se valerá do método hipotético-dedutivo como metodologia e utilizará como referencial teórico textos de diversos autores importantes do Direito Constitucional.

1. SURGIMENTO E CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

Antes de nos debruçarmos sobre o conceito de neoconstitucionalismo e pós-positivismo, é necessário um estudo, ainda que raso, do conceito de constitucionalismo e positivismo e de seus históricos, que desaguam no surgimento do objeto do estudo deste capítulo.

O que se denomina constitucionalismo surgiu na Europa visando limitar o poder monárquico. Fala-se em constitucionalismo antes mesmo da *Carta Magna*, porém a ausência de documento escrito torna mais difícil a compreensão do tema e não cabe a discussão no presente estudo.

Canotilho (2003, p. 51), ao definir constitucionalismo, ensinou:

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. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p. 211), por seu turno, define da seguinte forma:

em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.

O documento histórico mais celebrado do início do constitucionalismo sem dúvida é a já mencionada *Carta Magna* de 1215. Este texto, elaborado pela classe econômica prejudicada, voltou-se à proteção dos direitos dos barões ingleses que não se conformavam com a falta de limites do poder do monarca.

Seguindo o mesmo sentido, porém já na Idade Moderna,

a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, foram documentos importantes na história do constitucionalismo no intento de frenar os desmandos reais. A partir destes textos o movimento constitucionalista se iniciou e ganhou uma roupagem, por meio de Cartas escritas, protegendo os primeiros resquícios de direitos individuais, denominando-se Constitucionalismo antigo (LAZARI, 2016, p. 45).

As revoluções burguesas a partir do século XVII trouxeram consigo uma modificação também na formação do constitucionalismo. Mais ainda do que na Idade Moderna, no novo século havia uma classe que se destacava economicamente, porém não politicamente: a burguesia. A nascente classe econômica burguesa enriquecia, contudo encontrava limites no poder real. Os limites impostos pela Coroa fizeram com que o novo segmento da sociedade se exurgisse em busca de suas mais básicas liberdades como as de ir e vir, de livre negociação, preservação da vida, entre outras.

Na França, o movimento da luta da burguesia contra o reinado culminou na promulgação da Constituição de 1791, cujo preâmbulo era a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Nos Estados Unidos, o embate entre as treze colônias e o poder monárquico central inglês deu origem à Constituição americana de 1787.

Tanto a Constituição francesa, quanto a americana, são os grandes marcos do constitucionalismo clássico, que se notabilizou pelo caráter liberal, proteção da primeira dimensão de direitos fundamentais (liberdade), afastamento do Estado das relações privadas, predominância do jusnaturalismo e pelo surgimento das características da rigidez e supremacia formal da Constituição (LAZARI, 2016, p. 46).

A Primeira Guerra Mundial, a crise econômica de 1929, entre outros eventos, mostraram que a constituição idealizada nos moldes liberais não resguardava e garantia os direitos dos

cidadãos. Mais que liberdade, necessitava-se que o documento máximo garantisse também a igualdade, por meio da intervenção estatal. É neste cenário que se inaugura o constitucionalismo moderno, preocupado com a garantia dos direitos sociais e com a superação do jusnaturalismo por meio do positivismo jurídico que passou a separar direito e moral.

O afastamento entre direito e moral gerou consequências, as ciências jurídicas passaram apenas a discutir a formação técnica do sistema, não se importando em fazer qualquer juízo de valor da norma. A ausência de juízo de valor deu azo à legitimação dos movimentos fascista e nazista. Com base na premissa de que estariam respaldados pelo sistema normativo vigente, diversos atos brutais foram praticados contra seres humanos.

O fim da Segunda Guerra mostrou que o direito não poderia caminhar por meio desta neutralidade científica, devendo se portar frente às questões de ordem moral.

A partir de então surge uma nova maneira de se enxergar o constitucionalismo. Sarmiento fala um pouco desse momento (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 163).

Surgem, então, a partir do segundo pós guerra, teorias do Direito que procuram religar as esferas do Direito e da Moral. Na constelação de ideias que procuram oferecer alternativas às abordagens positivistas, não há, obviamente, unidade ou consenso. Há, porém, convergência no tocante a dois objetivos centrais: procurar superar a separação entre Direito e Moral preconizada pelo positivismo e reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica.

O jusnaturalismo do século XVI se mostrou ineficiente, seu substituto, o positivismo do século XIX, também. O campo foi fértil para o nascimento de uma nova maneira de enxergar o mundo do direito. Esse momento de superação do jusnaturalismo e do positivismo culminou no denominado pós-positivismo. Sobre o tema, Barroso (2005, p. 43) explica:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e

ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Sob o manto do pós-positivismo, a partir deste momento surge no vocabulário jurídico o termo neoconstitucionalismo. Como principais características deste movimento destaca-se a expansão da jurisdição constitucional (constitucionalização do direito), reaproximação entre o Direito e a Moral, judicialização da política e das relações sociais e rejeição ao formalismo com preferência por métodos mais abertos de interpretação. Clarissa Tassinari (2013, p. 35), sobre o tema, pontuou:

Nesse sentido, ao colocar a Constituição no centro do debate jurídico, reforçando o papel do direito constitucional, o neoconstitucionalismo trouxe importantes contributos para repensar o constitucionalismo, proporcionando significativos e inegáveis avanços.

As constituições surgidas a partir de então deixam o plano de coadjuvantes e assumem o protagonismo jurídico. Agora não cabe mais à lei maior apenas expor as regras e seguir as determinações políticas, principalmente do legislativo. As normas constitucionais passam a ter elevada carga de valores que emanam a todo o sistema jurídico ocasionando a constitucionalização do Direito.

Os movimentos neoconstitucionalista e pós-positivista evidenciaram que não era mais possível ater-se somente ao texto

abstrato da norma e que ao aplicador do direito não cabia apenas o papel de conhecedor técnico - magistrado como boca da lei -, mas sim de participante no processo de criação do Direito, ao valorar os elementos abertos da norma e ao realizar escolhas dentre as soluções cabíveis ao caso concreto.

Fator de destaque é a presença maciça de normas constitucionais abertas e de indeterminação semântica que se constituem em verdadeiros princípios a irradiar sua força a todo o sistema jurídico.

A abertura e indeterminação descritas trazem o Poder Judiciário ao jogo como principal interpretador das normas constitucionais. Em razão da necessidade de se alcançar o máximo possível com a norma constitucional e da indeterminação semântica de suas proposições, cabe ao Poder Judiciário aplicar a lei conforme a Lei Suprema prevê, enxergando a própria “alma” dos dispositivos constitucionais.

Para o alcance do verdadeiro “sentimento” da Constituição, novas técnicas de interpretação foram lançadas. Sobre o tema, Daniel Sarmento (2008, p. 3 - 4) leciona:

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas - são, em grande parte, princípios e não regras - a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes - freqüente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico - deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou freqüente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas. Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com freqüência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas

por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

E o autor continua:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.

Como se percebe, a guinada constitucional enaltece o Poder Judiciário e desconfia do Poder Legislativo, conferindo poderes nunca antes vistos aos aplicadores do Direito que, sempre tendo em mira os direitos fundamentais, passam a ter liberdade na perseguição dos bens elencados pela Constituição como essenciais à sociedade.

Pois bem, ao que tudo indica, aqui reside um problema: afinal, todo o poder conferido ao julgador - que não é eleito democraticamente, mas age, de acordo com a nova ótica constitucional, como se legislador fosse - tem limites? A busca pelos valores constitucionais é implacável?

Essas perguntas têm permeado grande parte das discussões sobre direito constitucional hoje em dia, porém, antes de analisar a questão, passa-se a analisar o surgimento dos institutos em estudo no Brasil.

1.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL

No Brasil o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo demoraram mais para permear o vocabulário e as discussões jurídicas. Enquanto a Europa fervilhava de ideias atuais de interpretação e valorização da constituição, o Brasil se via em meio ao período obscuro da ditadura militar (1964-1985), onde não havia ambiente favorável à discussão acerca da força constitucional, da amplitude dos direitos fundamentais, entre outros. O poder centralizado nas mãos de um presidente proveniente das forças armadas, a edição de Atos Institucionais, a ausência de estado democrático, a suspensão de direitos tidos como fundamentais, foram intensos óbices ao desenvolvimento do tema.

Daniel Sarmiento destaca que, por mais que o Brasil ostente *status* de país constitucional (que possui a constituição como documento central) desde 1824, as constituições não foram encaradas como verdadeiras normas jurídicas até 1988. Em 1824, o Texto Magno elencava a igualdade como norma, porém a escravidão era a principal forma de trabalho à época; em 1891, a Constituição previa o sufrágio universal, mas as eleições eram marcadas por fraudes e manipulações; a Carta Magna de 1937 (conhecida por “Polaca” em razão das influências da Constituição polonesa) previa o processo legislativo, porém, durante sua vigência, o presidente determinou o fechamento do Congresso e governou por meio de decretos-lei; a Constituição que vigorou por mais tempo durante a ditadura militar foi a de 1967 com a Emenda Constitucional número 1, de 1969. Ela previa direitos de liberdade, de preservação da integridade física e à vida, porém o período ditatorial foi marcado por prisões ilegais, desaparecimento de pessoas e torturas.

Em suma, até 1988, as leis, os atos institucionais, as portarias e os decretos valiam muito mais do que a constituição. As constituições previam diversos direitos aos cidadãos, no entanto

estes dependiam da disposição do governante em aplicá-los. O Poder Judiciário não gozava de nenhum destaque no cenário político e as situações de crise não eram resolvidas pelos mecanismos previstos na lei maior, mas sim pelas forças armadas (2008, p. 6).

A Assembleia Constituinte, reunida entre 1987 e 1988, foi a responsável por formular uma nova Constituição que rompesse com a realidade vivida pelo país no âmbito político e jurídico. Sobre este momento, Sarmiento (2008, p. 6) aduz:

A Assembléia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. Neste último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção.

Destaca-se que a nova ordem estabelecida em 1988 favoreceu o processo de judicialização da política, ao conferir poderes de provocar o STF aos partidos políticos com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada, às principais instituições dos Estados, entre outras.

A Lei Fundamental de 1988 também se notabilizou por trazer em seu corpo uma quantidade relativamente grande de princípios vagos, de teor axiológico intenso e poder de se irradiar por todo o sistema jurídico, acarretando um processo de

constitucionalização do direito, na medida em que todos os ramos das ciências jurídicas passaram a serem reinterpretados à luz dos princípios emanados de seu texto.

Como se percebe, a atual Constituição brasileira seguiu as influências do mundo ocidental pós-guerra e deixou evidente a superação do jusnaturalismo, do positivismo e do constitucionalismo. No entanto, por mais que seu texto tenha elevado caráter axiológico, carecia de aplicabilidade. A efetividade dos direitos consagrados no texto constitucional se deu graças aos estudiosos e aplicadores do direito, que se mostraram adeptos da nova ordem constitucional estabelecida.

Sobre este tema, Daniel Sarmiento (2008, p. 7) explica sua divisão em duas fases, a inicial fase do constitucionalismo da efetividade e a posterior, a do pós-positivismo constitucional:

Deve-se também destacar o papel importante da doutrina brasileira na mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro. Na minha opinião, há dois momentos distintos nesta evolução: o "constitucionalismo brasileiro da efetividade" e o pós-positivismo constitucional.

Lecionando sobre o constitucionalismo de efetividade, Sarmiento (2008, p. 7 – 8) afirma:

A doutrina constitucional da efetividade não se caracterizava pela abertura do debate jurídico à argumentação moral. O seu foco principal centrava-se nas normas, e era do caráter mais ou menos denso do seu texto que o intérprete deveria extrair os respectivos efeitos. Por outro lado, concebia-se a jurisdição como o espaço privilegiado para a realização da vontade constitucional. Um dos motes do movimento era afastar o estudo do Direito Constitucional da Teoria do Estado para aproximá-lo do Direito Processual. Por isso, pode-se afirmar que o protagonista desta teoria constitucional era o juiz.

Sobre o pós-positivismo constitucional brasileiro, o autor assevera:

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. Neste contexto, há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios,

ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade etc. Também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Se antes estes eram vistos preponderantemente como normas programáticas, passa-se a discutir a sua eficácia jurídica a partir de novas bases, que incorporam ao debate a argumentação moral. Neste campo, a ênfase na análise dos enunciados normativos, que caracterizava a doutrina da efetividade, é substituída por uma discussão marcada pela preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas sobretudo do Direito germânico, como o "mínimo existencial", a "reserva do possível" e a "proibição do retrocesso".

O pós-positivismo constitucional apontado por Sarmento, ao que tudo indica, vem se consolidando nas ciências jurídicas brasileira, tomando forma pela divulgação de seus estudiosos, merecendo destaque a atuação de diversos autores consagrados no Brasil. Entre eles, há um aparente consenso de que os pontos centrais do novo modelo são a valorização dos princípios, utilização de métodos abertos e flexíveis na interpretação jurídica, aproximação da argumentação jurídica com a Moral, identificação da constitucionalização do Direito e da relevância do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição (SARMENTO, 2008, p. 9).

Neste sentido, a atuação do STF vem seguindo a linha traçada pelo neoconstitucionalismo e pós-positivismo, pois a Lei Suprema prevê em seu texto a jurisdição constitucional. Desta forma, cabe ao STF esclarecer o "sentimento" da Constituição, por meio da interpretação, bem como dar máxima efetividade a seu texto.

Basta uma consulta rápida à atual jurisprudência do STF para se perceber que ela tem sido fortemente influenciada pela mudança do paradigma constitucional. As recentes decisões mostram a preocupação dos ministros na concretização das normas antes ditas programáticas, proteção vigorosa dos direitos fundamentais, entre outras.

A atuação do órgão máximo do Poder Judiciário tem se

dado principalmente por meio do controle de constitucionalidade. Por intermédio deste mecanismo, o STF avalia se os preceitos constitucionais estão sendo seguidos por seus aplicadores e pelos criadores de atos normativos.

Importante salientar que a ordem constitucional também prevê que Tribunais e juízes de primeira instância podem realizar o controle de constitucionalidade, por meio do sistema difuso. Ou seja, no sistema vigente, todos os atores do Poder Judiciário possuem mecanismos de análise da constitucionalidade de leis e atos.

Assim, como se percebe, a interpretação constitucional atual caminha no sentido de ampliação, de análise jurídica de princípios vagos e da interpretação de normas constitucionais abertas. O sistema desenhado pelo constituinte originário permite a todo julgador analisar a constitucionalidade de leis e demais atos por meio dos sistemas concentrado e difuso de controle de constitucionalidade. A soma dessas duas características é o ponto que tem gerado críticas ao neoconstitucionalismo e pós-positivismo por alguns autores, razão pela qual serão estudadas a partir de agora.

1.2. CRÍTICA AO CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

Lenio Streck talvez venha sendo o autor que mais tem se notabilizado nas críticas às terminologias “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo”. Ele não é o único, mas parece ser o que melhor dominou a *internet* e a divulgação de sua obra *online*.

Suas críticas recaem principalmente sobre o que é considerado a vanguarda do direito constitucional, a superação do positivismo e do constitucionalismo.

Segundo o autor, o neoconstitucionalismo, calcado nas

premissas do pós-positivismo, não supera a problemática da ampla autonomia dada ao julgador. Àquele que não foi eleito pelo povo, são conferidos poderes soberanos de decisão *praeter legem*.

Segundo Streck (2011), o positivismo não será realmente superado enquanto não houver o enfrentamento da questão da discricionariedade judicial. O autor ainda diz que o pós-positivismo seria a principal característica do neoconstitucionalismo, mas não é em razão de não poder ser compreendido como um superador do positivismo. “Pós-positivismo não é uma continuidade do positivismo, assim como o neoconstitucionalismo não deveria ser uma continuidade do constitucionalismo liberal” (2011, p. 21). Por fim, arremata:

Daí a minha convicção no sentido de somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura (2011, p. 21- 22).

Ao que tudo indica, o que o autor quer dizer é que tanto neoconstitucionalismo quanto o pós-positivismo não superaram seus antepassados plenamente. Não basta dizer que agora a norma terá uma interpretação mais aberta, à luz de princípios democrático, nem que o direito e a moral se reencontraram. Um dos principais problemas, que também assombravam os positivistas, persiste: o que fazer para evitar a discricionariedade judicial? Afinal, a abertura e a vagueza das normas serão preenchidas pelo julgador.

Lenio Streck (2014) vai um pouco mais além em suas

críticas ao afirmar que as decisões jurídicas estão sendo condicionadas à ideologia, ao humor e até ao apetite do magistrado no momento das escolhas. Para ilustrar, cita pesquisas como as que indicam que juízes que possuem filha são mais propensos a favor dos direitos das mulheres. O autor critica com veemência tal questão:

Sim, porque se as decisões sobre os direitos em disputa em determinadas causas (feministas, de gênero etc ou outras) dependem da circunstancia de que o(a) juiz(a) seja influenciado por suas filhas (e seus dramas)...é demais. Devem ser punidos, se me entendem a ironia. É o mesmo tipo de pesquisa que fala dos juízes “esfomeados” de Israel. Devem receber ticket refeição ou serem sindicados, porque, em uma democracia, se você decide a vida dos outros de acordo com seu apetite, suas filhas ou sua ideologia, instaura-se o caos (STRECK, 2014).

Note-se que, nesse caso, estamos a assistir um distanciamento, ou até mesmo um deslocamento, dos fatores públicos que incidem sobre o julgamento para afirmar aspectos privados, que dizem respeito ao campo da família ou das relações pessoais do juiz” (STRECK, 2014).

Em sua obra denominada “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, Daniel Sarmento também aponta a discricionariedade judicial como um problema a ser enfrentado. Para definir o tema, o autor utiliza a nomenclatura “judiciorocracia” ao se referir à questão da atribuição de poderes quase de legislador aos julgadores não eleitos democraticamente. Ele ainda faz um alerta: “Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático”.

No Brasil, esta questão tem ganhado relevância dia-a-dia. É notório que o Poder Judiciário, embasado nos novos movimentos estudados, tem se tornado verdadeiro protagonista. Este poder, que sempre pecou pela omissão e pelo conservadorismo, tem atuado de forma arrojada e destacada na busca pela melhor interpretação constitucional.

A este fenômeno de protagonismo do Judiciário tem se

dado o nome de ativismo judicial, que será melhor estudado a partir de agora.

2. ATIVISMO JUDICIAL

Antes da análise do conceito de ativismo judicial, há a necessidade de se conceituar o termo *judicialização* que, segundo o ministro Luís Roberto Barroso, seria um “primo” do ativismo.

2.1. JUDICIALIZAÇÃO

Judicialização é o fenômeno pelo qual há a transferência de decisão de algumas questões de elevada repercussão política ou social do Poder Executivo e Legislativo para o Judiciário, por opção do constituinte. É uma ampliação deliberada da área de atuação do Judiciário pelo constituinte.

Barroso aponta três principais causas deste instituto. Atribui-se, primeiramente, a causa do fenômeno à redemocratização do país, que fez com que o Poder Judiciário ganhasse destaque e se transformasse em “verdadeiro poder político capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”.

Como segunda causa, destaca-se a promulgação da Lei Maior de 1988, cujo corpo é extremamente abrangente e trouxe para dentro de sua proteção diversos institutos que outrora eram tratados pelos outros dois poderes. Barroso arremata dizendo que “a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador”.

Por fim, como terceira causa, encontra-se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, considerado, em razão de seu hibridismo, um dos mais abrangentes do mundo. Por meio dele, há duas formas de se realizar a análise da constitucionalidade: por via difusa e por via concentrada. Pela primeira,

qualquer juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei por diagnosticarem ser ela inconstitucional. A segunda permite que determinadas matérias sejam levadas diretamente à análise do STF, por um rol extenso de legitimados (BARROSO, 2008).

Ao definir Judicialização, Roberto Basilone Leite aduz:

“Judicialização da política, destarte, é um processo sócio-político por meio do qual o poder constituinte ou parlamentar amplia a área de atuação dos tribunais, judicializando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial” (2014, p. 180).

As causas da judicialização deixam claro que ela é uma opção do poder constituinte. Ao Poder Judiciário foram conferidos, deliberadamente, extensos poderes de interpretação e aplicação da lei. Como afirmou Barroso, “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”.

2.2. ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO

O ativismo judicial difere da judicialização. Armado em uma mão com o neoconstitucionalismo e na outra com o pós-positivismo, o ativismo judicial é uma forma de interpretar a Constituição pelo julgador que expande seu sentido e alcance.

Barroso, ao diferenciar ativismo e judicialização assevera:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade pública [...]. Já o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (2008, p. 34)

Merece destaque a divisão realizada por Roberto Basilone Leite (2014, p. 181), que fragmenta o ativismo em ativismo judicial político e ativismo judicial jurisdicional, sobre este tema, o autor leciona:

o ativismo judicial político (equivalente ao conceito anglo-americano de *judicial activism*) consiste na postura ativista do

juiz no sentido de proferir decisões judiciais sobre questões de mérito político e estabelecimento de políticas públicas, ao passo que o *ativismo judicial jurisdicional* implica a postura ativista do juiz não para interferir em questões políticas substantivas, mas para o desempenho das funções puramente jurisdicionais inerentes à jurisdição no modelo democrático de Estado (a saber, a garantia da efetividade dos direitos e das sanções legais) [...]. Assim, conquanto toda forma de *ativismo judicial* implique a adoção, por parte do juiz, de uma postura tendente a ampliar o campo de abrangência de suas decisões, no ativismo judicial político o magistrado decide questões de mérito político, ao passo que o ativismo judicial jurisdicional ele sentença sobre matéria puramente jurídica relativa à garantia de direitos individuais e sanção de atos ilícitos (*accountabilities system*).

Segundo Barroso, algumas condutas identificam o ativismo judicial, dentre elas destaca-se a aplicação da CF às situações não previstas expressamente e sem a manifestação do legislador; declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos por meio de critérios brandos; imposição de ações e omissões ao Poder Público, principalmente em matéria de políticas públicas.

Em suma, ativismo judicial é a postura adotada pelos juízes e Tribunais, em razão da judicialização ocorrida após 1988, de aplicação e interpretação dos princípios e normas abertas da Constituição, na busca pelo melhor “sentido” do texto constitucional.

Sobre o conceito de ativismo judicial, Lenio Streck (2016), acrescenta um elemento crítico a ele, conforme se depreende do excerto abaixo:

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço” seja para manter o *status quo*).

Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia nor-

mativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Afinal, como diz Marcelo Cattoni, em seu *Devido Processo Legislativo* (Editora Forum, 3ª. Ed), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.

Segundo Streck (2016), em decorrência da judicialização ocorrida no país, diversas questões são encaminhadas ao Judiciário para exame e decisões ativistas e não ativistas são tomadas todo o tempo. A verificação desta diferença somente se faz no caso concreto. O autor, por exemplo, indica que por meio da pergunta: “a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?”, pode-se começar a averiguação do ativismo presente na sentença/acórdão. Se a resposta for negativa, diz o autor serem fortes os indícios de ativismo nela presentes.

As críticas de Streck (2016) aplicam-se principalmente em relação às decisões que extrapolam a legalidade, sob o pretexto de estarem atendendo aos princípios constitucionais, deixando para trás o verdadeiro sentido requerido pela Constituição e o substituindo pela consciência do julgador. O problema reside na substituição de decisões jurídicas por questões morais subjetivas.

Um exemplo apresentado pelo autor reflete bem essa questão:

Por exemplo, fiquei pensando em como conciliar esse enorme leque de decisões que, por vezes olhadas isoladamente, até nem parecem “tão ativistas” e, quiçá, teleologicamente corretas. Entretanto, comparando com outras sobre matéria similar, acende a luz amarela, piscando para a vermelha. Há dias li na ConJur — sentença, aliás, festejada em todo o país — que um juiz federal absolveu um refugiado sírio por ter falsificado seu passaporte. Ele tinha recebido visto de refugiado e agora queria ir para a Inglaterra. A sentença não dá detalhes sobre algumas questões arroladas, como comprovação de que o refugiado não

consequira trabalho, sua irmã morando em Londres etc. (deve estar nos autos, mas não está na decisão). A absolvição se deu, com a aquiescência do Ministério Público Federal (MPF), sob a tese da inexigibilidade de outra conduta. Teleologicamente a decisão pode estar correta. Mas essa pode ser uma opinião moral sobre o caso. Como responder a perguntas como “Mas não havia mesmo outra conduta ao refugiado seguir”? “Não havia outra conduta a se exigir de alguém que recebe o visto de refugiado”? Ele “tem de falsificar sua saída”? “Isso é conduta diversa”? “Em casos similares, essa decisão pode ser repetida”? “E se vale para refugiados, outras pessoas poderão falsificar passaportes”? “O problema está na pessoa do refugiado ou no tipo penal”? “O direito penal é do fato ou do autor”? Na verdade, quando nos interessa, alegamos que o direito penal é do fato... Mas por vezes, queremos que seja do autor, mesmo que esse mesmo argumento (moral), em outras circunstâncias, possa ser um tiro no pé. Vejam os leitores: Como disse, posso concordar com o resultado, mas a fundamentação não me convence. Veja-se: dias antes, o mesmo juiz condenou um estrangeiro por transportar quatro ovos de Condor, ave considerada em extinção. A pena chegou a mais de um ano por ovo, por assim dizer. Sim, sei que é crime ambiental. A questão não é saber se o resultado foi correto. A questão é saber se ambas decisões podem ser corretas, jurídica e constitucionalmente falando (2016).

O caso acima exposto reflete bem a problemática do ativismo e de todo o trabalho aqui desenvolvido: a abertura da interpretação normativa (garantida pelo neoconstitucionalismo e pós-positivismo) permite ao julgador perseguir qualquer resultado que deseje, por meio dos mais variados métodos de interpretação disponíveis, ou até mesmo, nos tempos atuais, por meio de fórmulas genéricas que nem sequer reproduzem na prática uma teoria de interpretação. Como o autor acima diz, pode-se até concordar com a decisão, mas o caminho que levou a ela deve ser analisado e contestado.

Diariamente decisões são proferidas por juízes e Tribunais, sob o mesmo tema, porém com resultados diferentes. Vulgarmente falando, há uma verdadeira onda de decisões que vão *de acordo com a cara do freguês*.

Veja-se que o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo possuem boas intenções. Desejam eles ampliar a aplicação dos direitos fundamentais, buscar a igualdade material, organizar a vida em sociedade em torno de um documento central (Constituição) sólido e comprometido com valores relevantes. No entanto, deram margem ao aumento (afinal as lacunas da lei já eram problema dos positivistas) de um elemento perigoso nas decisões, o subjetivismo do julgador. Hoje é simples amparar um julgamento em um princípio constitucional: não há nada mais amplo, por exemplo, que o princípio da dignidade da pessoa humana. Soma-se, ainda, que ora o juiz pode decidir pela aplicação de um princípio aberto, ora pela aplicação da letra fria da lei. Em resumo, são muitos mecanismos disponíveis que permitem uma gama infundável de elementos decisórios.

Uma decisão que hoje, para uma pessoa, possa ser justa, pode ter partido do subjetivismo do juiz, razão pela qual ela irá concordar. Mas o problema estará quando o julgamento lhe for contrário, neste instante questionará o ativismo da decisão. Enquanto os outros estiverem sendo alvos de decisões ativistas tudo estará bem, difícil será quando for a vez dela de suportar o peso destes julgamentos.

Esse é um ponto que vem sendo alvo de muitas críticas. Contudo, um outro detalhe deve ser trazido à discussão. Se o subjetivismo do julgador é ruim, o que se fala sobre o subjetivismo do legislador?

De acordo com a atual construção democrática, as leis confeccionadas pelo legislativo se revestem de objetividade em razão de terem sido elaboradas por toda a população, ou seja, são leis que o povo se prescreve, por meio de seus representantes eleitos. No entanto, em tempos de crise de representatividade, como a que se vive atualmente, esse ponto merece debate. Se hoje se fala que os membros do Legislativo não representam de maneira efetiva a população, significa que estão agindo em nome próprio; não é a população que está se prescrevendo leis

por meio de seus representantes e sim os congressistas é que estão prescrevendo leis ao povo, dotadas de subjetividade.

E fica então a pergunta: qual seria então a melhor (ou menos pior) subjetividade, a dos juízes no momento a aplicação da lei ou dos legisladores na confecção dos textos legais? Essa é uma pergunta que o texto não se propõe a responder, no entanto, fica a questão para reflexão e discussão acerca do futuro do Direito e o caminho que irá percorrer.

CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a analisar o ativismo judicial, a partir do surgimento dos conceitos de neoconstitucionalismo e pós-positivismo, bem como a trazer elementos críticos a eles.

Para isso, foram trabalhados conhecimentos, ainda que superficiais, históricos e teóricos, com a utilização de obras de autores consagrados no ramo do Direito Constitucional.

Conclui-se, diante de todo o exposto, que os novos ventos constitucionais, que nos trazem as ideias pós-positivistas e neoconstitucionalistas, também trouxeram um problema: o protagonismo judicial ilimitado.

Afinal, calcados nas duas novas citadas formas de enxergar o Direito, foi conferido um amplo poder ao Judiciário, o qual parece estar sem controle e limitação. Aos juízes é apresentada uma infinidade de princípios de interpretação aberta para a fundamentação de suas decisões, fazendo com que o subjetivismo do julgador possa aparecer no processo e ainda ser justificado constitucionalmente.

Parece-nos claro que o ativismo judicial é algo pernicioso ao sistema constitucional. A ausência de limites ao Poder Judiciário pode levar a prática de decisões arbitrárias e caminhar no sentido de uma ditadura judicial. Afinal, todo Poder que se destaca e não encontra limites em suas práticas tende a abusar

de suas atribuições, invadindo a dos demais e lhes diminuindo a importância.

Por fim, destaca-se que o texto não pretendeu, de maneira alguma, exaurir todo o conteúdo, limitando-se a apresentar ideias introdutórias de cada instituto, fomentar a crítica e discutir o atual cenário jurídico por meio de alguns exemplos.

Desta forma, espera-se ter contribuído, ainda que minimamente, com a construção do saber jurídico do leitor e ter causado o surgimento de indagações.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2005. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 22 ago. de 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2. Acesso em: 25 ago. 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 (7. ed., 2003).
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

- (15. ed., 2009).
- LAZARI, Rafael de. A hermenêutica e o futuro do constitucionalismo. In: MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de (Coord.). *Hermenêutica Constitucional: desafios para uma interpretação efetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2012
- STRECK, Lenio. *Como decidem os juízes? Os dramas das filhas influenciam as suas decisões?* Revista Consultor Jurídico, 19 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-19/senso-incomum-dramas-filha-influenciam-juiz-decidir>. Acesso em 23 ago. 2016.
- STRECK, Lenio. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.
- STRECK, Lenio. *O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Revista Consultor Jurídico, 07 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 28 ago. 2016.
- TASSINARI, Clarissa. *A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial*. Revista da Faculdade de Direito do Sul

de Minas, v. 28, p. 31-46, 2013.