

Judicialização da política e ativismo judicial: causas e consequências

*Rafhaella Cardoso Langoni*¹

*Bruna Gabriela Tavares e Azevedo*²

250

Sumário: 1. Introdução; 2. Ativismo judicial e politização do Poder Judiciário; 2.1 Histórico da teoria da Separação (ou tripartição) dos Poderes; 2.2 Separação dos Poderes e a neutralidade política do Judiciário; 2.3 Críticas à Teoria da Separação dos Poderes; 3. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial; 3.1 Neoconstitucionalismo: características principais; 3.2 Causas do Ativismo judicial; 3.2.1 Conceito e origem do termo; 3.2.2 Ativismo Judicial como condição de efetivação dos direitos fundamentais diante da inércia dos demais poderes e resultado da crise da democracia representativa; 3.3 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: análise de julgados emblemáticos; 3.4 Críticas ao Ativismo Judicial; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente tema justifica-se não só pela importância de se desvendar o que seja “ativismo judicial”, mas porque, compreender as causas do fenômeno poderão auxiliar os operadores do Direito a lidar com as pautas político-ativistas do Poder Judiciário, perpassando tal órgão de uma tradicional função de meramente fiscalizador e controlador da legalidade, para passar a atuar também, como “guardião da legitimidade”, dado o viés trazido pela Constituição Republicana de 1988. A problemática reside não só em torno das causas que, propriamente, levam ao ativismo judicial, mas, sobejamente, as consequências (positivas e negativas) para o sistema jurídico, com ênfase na tripartição dos poderes, fundamento do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada foi a dedutiva, e a pesquisa foi baseada em fontes científicas teóricas e documentais sobre o tema, tanto em termos nacionais quanto estrangeiros, a partir do levantamento de livros, artigos, teses, legislações e jurisprudências. Sem a pretensão de esgotar o tema, percebe-se que esta nova característica de politização do Judiciário ainda não é amplamente aceita na Doutrina, porém, é inevitável a necessidade de atuação do Judiciário para alcançar direitos fundamentais abnegados pelos demais poderes, até como forma de fiscalizar o trabalho dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo que o exercício da função atípica do Poder Judiciário, especificamente na atuação dos órgãos de governo, merece especial atenção.

Palavras-chave: Direito Constitucional; neoconstitucionalismo; ativismo judicial.

¹ Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Doutoranda em Direito Penal Econômico pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: rc114214@hotmail.com.

² Discente matriculada no 8º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: brunatavaresazevedo@gmail.com.

1. Introdução

O atual cenário político do país, marcado não apenas pela judicialização da política, como também pela politização do Poder Judiciário, demanda reflexão jurídico-científica, na medida em que a teoria da tripartição dos poderes, classicamente construída por Montesquieu, é um dos fundamentos basilares de nosso Estado Democrático. Assim, tem-se que o Poder Judiciário está hodiernamente marcado pelo chamado “ativismo judicial”, nosso objeto de estudo no presente artigo, fenômeno cuja gênese remete à uma ineficiência das demais funções estatais, lacuna que empoderaria demasiadamente o Poder Judiciário. Assim, sem pretensão de esgotar os temas correlatos perpassados, busca-se aqui trazer à discussão o arcabouço teórico/histórico pertinente ao tema, buscando-se remontar, especificamente, as causas e consequências do ativismo judicial.

Através da pesquisa teórica e documental na qual se baseou o presente trabalho, seja por meio de doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como, somados ao levantamento de textos legislativos e jurisprudências, intenta-se dirimir a problemática de se desvendar quais são as reais causas deste ativismo judicial, bem como as suas finalidades e funcionalidades a partir do paradigma “neoconstitucional”, além de criticamente, tentar demonstrar quais as funções “perversas” de se conceder maior amplitude à função atípica do Judiciário, ou seja, incrementalmente a legislação a partir da judicialização de questões político-administrativas. Como será utilizado de parâmetro, o Poder Judiciário é visto, tradicionalmente, como um poder neutro, imparcial e até como julgam alguns autores, sem legitimidade democrática suficiente para representar os interesses da população (pauta esta atribuída ao Poder Legislativo).

Para alcançar os fins colimados com a presente pesquisa, longe, obviamente, de se esgotar o tema, repartiu-se a temática em três partes: a primeira, tem por escopo analisar os antecedentes históricos e as críticas à clássica teorização da tripartição e separação dos poderes e compreender as diversas funções ou poderes estatais; na segunda parte, pretende-se desenvolver as atribuições contemporâneas do constitucionalismo e da hermenêutica constitucional, em suas denominações de “neoconstitucionalismo” ou “pós-constitucionalismo” e verificar quais as consequências deste sobre as causas do ativismo judicial; e, por fim, pretende-se analisar julgados emblemáticos do ativismo judicial e apontar os aspectos críticos de sua verificação.

2. Ativismo judicial e politização do Poder Judiciário

2.1. Histórico da teoria da separação (ou tripartição) dos poderes

Tradicionalmente afirma-se que o Poder Judiciário é um dos três poderes do Estado, ao lado do Legislativo e do Executivo, no qual a lei é aplicada contenciosamente aos casos concretos e particulares e que tem a função programada e não programante, pois suas decisões são baseadas na Lei, na Constituição, nos princípios gerais, nos costumes, exclusivamente aos casos individualizados, não se valendo de maneira abstrata e generalizante para os demais casos. Além disso, o Judiciário garante a efetivação dos direitos individuais invioláveis (FERRAZ JR., 1994, p 12 e ss.).

A noção clássica de separação dos poderes é uma visão jurdica da de Montesquieu que separa as funções por meio da lei: quem cria, quem executa e quem aplica contenciosamente. Os três Poderes são, na Doutrina, independentes e harmônicos entre si, assim como previsto no art. 2º da atual Carta Magna Brasileira de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O Judiciário, da própria expressão “*juris dict*”, tem a função de dizer o direito (FERREIRA FILHO, 2003)

Para a doutrina clássica, o Judiciário não poderia jamais analisar o mérito de outro poder. Entretanto, o que se percebeu-se nos últimos anos, foi que, diante da inércia dos demais poderes na efetivação dos direitos fundamentais (mormente os de caráter social) e com a crise da democracia representativa, somado às constantes necessidades de judicialização das políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais, o Judiciário assumiu uma postura mais ativa, se comparada à sua tradicional visão desde às primeiras teorias que buscaram explicar a necessidade de separação das funções.

Para compreender todo este percurso até a atual situação que objetiva-se analisar neste trabalho, mister encontrar as raízes históricas da teoria da separação dos poderes. Muito se afirma que a teoria da separação das funções estatais (legislativa, executiva ou administrativa e judiciária) foi vista pela primeira vez na obra de Montesquieu, “O espírito das Leis”, porém, já havia sido destacada por outros pensadores anteriormente, conforme trazido a seguir.

Primeiramente, tem-se em Aristóteles, na sua obra “A Política”, onde já se prescrevia ao soberano, três funções totalmente diferentes, quais sejam: a função de criar normas a serem aplicadas a todos (legislativo); a função de aplicar concretamente tais normas (hoje, função administrativa) e a função de dirimir os conflitos em razão dos eventuais descumprimentos de tais normas nos casos em concreto (função jurisdicional) (apud LENZA, 2011, p. 433 e ss.). Entretanto, o filósofo não pensava nestas funções atribuídas a órgãos distintos (para que não se dissipasse o poder), mas sim, em um só órgão, porque caberia ao próprio soberano. O ganho desta teoria foi prescrever a natureza das diferentes funções do Soberano (ARISTÓTELES apud LENZA, 2011, p. 433 e ss.).

Com o ímpeto da filosofia racionalista iluminista e a sua característica disposição para buscar, racionalmente, encontrar parâmetros que pudessem limitar a atuação e os privilégios dos governantes e aristocracia do Antigo Regime, o jusnaturalista e contratualista John Locke, também observava importante diferenciar as três funções estatais em três poderes só que diversamente de Aristóteles, inseriu a novidade de tais poderes serem exercidos por órgãos distintos. No entanto, como reconhecimento de que o Parlamento gozaria de maior legitimidade democrática, e, enfatizando-se que todos devem se sucumbir à Lei (princípio da legalidade), destacava claramente em seus escritos que a função atribuída ao Poder Legislativo deveria se sobressair às exercidas pelos demais órgãos (PINTO, ZANATA; p. 3).

De fato, apenas a partir da obra “O Espírito das Leis” escrita por Montesquieu em 1748, é que a ideia da separação dos poderes em órgãos distintos foi efetivamente consagrada. Além de pensar em funções atribuídas a poderes distintos, o autor estabelece que tais poderes são independentes e harmônicos entre si, o que, certamente, configurou argumentos teóricos fortes para as Revoluções Político-Burguesas norte-americanas e francesas do final do século XVIII (LENZA, 2011, p. 434).

Na origem francesa da teoria da separação dos poderes, o Judiciário aparecia como um órgão próprio e autônomo que não poderia ser exercido por nenhum Poder

Legislativo e nem pelo Rei, trazendo uma separação entre política e direito. A atividade política estaria centralizada no legislativo, parcialmente no Executivo e neutralizada no Judiciário. Montesquièu estabeleceu o princípio da divisão dos poderes deixando claro que não poderia se concentrar os poderes do Judiciário no mesmo corpo do Legislativo e do Executivo, porque isso seria transformar o governo em tirânico.

Entretanto, nesta tradicional visão da separação de poderes de Montesquièu, no Livro 10, Capítulo VI, intitulado “Da Constituição da Inglaterra”, o autor passou a asseverar o necessário sistema de “freios e contrapesos” que deveria existir entre o Parlamento (Legislativo) e a Monarquia (Executivo). Ao Judiciário, apenas relega a função de “boca de lei”, uma função discreta de aplicar o primado da legalidade.

Decorre, desta teorização, a noção de neutralização política do Poder Judiciário, uma das grandes características sustentada pelo Estado burguês (FERRAZ JR., 1994, p. 12 e ss.) de cunho liberal, e que é suscitada hodiernamente, como um fator indispensável para a tripartição dos poderes, conforme será melhor explicitada a seguir.

2.2 Separação dos Poderes e a neutralidade política do Judiciário

A partir da teoria da tripartição dos poderes criou-se um dogma de que o Poder Judiciário é um poder politicamente neutro. A neutralização do Poder Judiciário significava um distanciamento do direito das bases sociais para assumir uma postura mais ética. A neutralização também enaltece a centralidade da lei como fonte de direito. Como a subsunção era o método utilizado para aplicar a lei aos casos concretos, ao Juiz não caberia analisar se a decisão desagradaria ou não (FERRAZ JR., 1994, p 12 e ss.).

Entretanto, esta concepção liberal da função do Judiciário passou por diversas alterações, a partir de vários fatores sociais e jurídicos, seja por meio das novas diretrizes assumidas pela Hermenêutica Constitucional, seja pela alteração do paradigma de Estado, de Estado Liberal, para Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) (DALLARI, 2007, p. 76 e ss.), em que se obrigou dos textos legislativos e, inclusive, dos magistrados, uma postura mais politizada, para buscar alcançar nortes de igualdade material e não meramente formal dos indivíduos perante as leis.

O Judiciário garante a sua legitimação liberal a partir da congruência entre duas funções: a função instrumental (partir de leis abstratamente) e a função expressiva (subsumir a aplicação da lei ao caso concreto). Esta neutralização política do Poder Judiciário que decorre do liberalismo burguês, não representa um “alheamento”, pois desde o histórico americano das decisões de Marshall vs Marbury³, iniciando o

³ O caso Marshall vs. Marbury (1803) representou, em linhas gerais, um importante momento do Judiciário no controle dos atos do governo e dos atos do Parlamento, baseando-se na Constituição (Higher Law). Apesar de não ser o único e nem o mais importante caso para as lições essenciais do Constitucionalismo moderno e dos pilares do Controle de Constitucionalidade, com bem acentua Levinson (2009, p. 137-167), é mais tradição do que efetivamente algo paradigmático na história do Direito Constitucional. Porém, as origens do controle de constitucionalidade são bem anteriores, como por exemplo, o caso Bonham em 1607, em que o Lord Coke defendia a supremacia do trabalho interpretativo dos magistrados (*common Law*) sobre o direito criado pelo Legislativo (Parlamento Inglês). Ao caso Marshall é atribuído aos juízes o *judicial review*, ou seja, o Legislativo sendo limitado, fundamentadamente pelo Poder Judiciário, a partir da interpretação dos preceitos constitucionais, fazendo surgir o então chamado “sistema difuso do controle da constitucionalidade das leis”, hoje realizado por qualquer juiz no momento de julgar a questão concreta (VIEIRA, 2002).

constitucionalismo jurídico moderno, o Judiciário decide com base na Constituição mas a mesma é dita por eles (FERRAZ JR., 1994, p 12 e ss.).

Esta neutralização, exemplificativamente, determina que o uso da força só possa se dar, primeiramente, pelo Poder Judiciário, estando negada pelo uso de legislativo e, com certas ressalvas, pelo Executivo. O Judiciário não concentra a força, mas filtra seu uso. O legislativo define a violência e o uso da força em abstrato, e o Judiciário a materializa. E, quando a Justiça é politizada, o uso da força “faz do Juiz um justiceiro e os tribunais, de exceção” (Ibidem).

Nas complexas sociedades tecnológicas dos nossos dias, alteram-se o sentido dos controles sociais e jurídicos. O crescimento do Estado de Bem-Estar Social alterou, reverteu alguns postulados básicos do Direito, inclusive a divisão dos poderes. O direito à igualdade, torna-se um direito a ser perquirido de forma igual como condição de acesso à própria cidadania. Assim, os direitos sociais, saem do campo meramente programático para serem obrigatoriamente pautas de implementação do Poder Judiciário (Ibidem).

Aumenta-se o número de “consumidores” de direitos, os direitos assumem caráter coletivo, e, com isso, novas formas procedimentais surgem – as ações coletivas (ação civil pública, ação popular etc.). Em consequência, a neutralidade política do Poder Judiciário é afetada porque o Juiz passa a ser corresponsável para com a efetivação dos direitos. A responsabilidade do Juiz “alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social (Ibidem).

Dois princípios na visão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (p 12 e ss.): o princípio da imunidade do Estado e o princípio da coisa julgada. A imunidade do juiz é alterada porque, anteriormente, o juiz era considerado mero funcionário do Estado. Com a desneutralização política do Poder Judiciário o Juiz tem um papel de relevo, “não exerce a função, mas assume o poder de julgar contenciosamente os fatos” (Ibidem).

O tema da criação e aplicação das normas, que vem desde a Revolução Francesa, envolve a separação dos poderes do Estado, e que classicamente se estabeleceu que a função jurisdicional é cabível unicamente aos juízes, de decidir, que cabem aos legisladores criam as leis e o Judiciário as aplica. Entretanto, modernamente vem crescendo o papel do Juiz como “legislador negativo”, como consequência do princípio da hierarquia constitucional enquanto se faz valer do controle de jurisdicional das normas superiores sobre as normas inferiores;

Quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade de uma lei ele exerce uma atividade de legislador negativo, ou “destruidor de leis”. Ou seja, estas sentenças declaratórias de inconstitucionalidade tem o mesmo papel das leis que derrogam outras. Entende-se que aplicar a norma é extrair dela as consequências que dela estão meramente em abstrato e geral (Ibidem).

Há objeções sobre a divisão dos poderes e a legitimidade democrática dos juízes, mas o autor responde a elas afirmando que a possibilidade de se atribuir grau vinculante à Jurisprudência é um mecanismo de possibilitar a própria separação entre os referidos poderes. Mas o autor considera a objeção de que o Judiciário não detém legitimidade democrática um argumento débil e inconsistente, pois a atribuição normativa é parte do controle dos demais poderes (Ibidem).

2.3 Críticas à Teoria da Separação dos Poderes

Paulo Bonavides (2005, p. 555) acentua muito bem a importância da manutenção do Princípio de Separação dos Poderes na atualidade, depois de estar este desvinculado da rigidez que o marcava no passado: A verdade é que ele tomou nas formas constitucionais contemporâneas, depois de iluminado por uma compreensão interpretativa sem laços com a rigidez do passado, um teor de juridicidade só alcançado por aqueles axiomas cuja importância fundamental ninguém contesta nem fica exposta a sérias dúvidas doutrinárias (...) Com efeito, poderia afigurar-se um anacronismo, reproduzir aqui as lições dos constituintes e publicistas do liberalismo que, durante o curso dos séculos XVIII e XIX, vazaram, em fórmulas lapidares, tanto nas Constituições como nas páginas de doutrina, a intangibilidade da separação de poderes. Mas nunca essa censura se poderia fazer àqueles autores e àquelas Constituições que ainda no fim do século XX mantêm o princípio em apreço como uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional, cavando alicerces que, se abalados fossem, fariam desabar toda a construção.

Assim, a Teoria da Separação dos Poderes teve que passar por uma revisão, através da ampliação de seus conceitos e da sua adaptação à realidade sócio-política, permanecendo nas Constituições democráticas com a ideia de colaboração de poderes. A colaboração entre os poderes do Estado tornou-se possível através de técnicas que coadunaram a autonomia organizacional de cada poder com a possibilidade de intercomunicação de funções, desempenhadas sistematicamente em cooperação mútua. Desse modo, a nova acepção da divisão de poderes materializou-se por meio da independência orgânica e da harmonia entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário, especialmente nos sistemas presidencialistas.

Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 110), atualmente, a independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não depende da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. Percebe-se, portanto, que a independência orgânica é entendida como a possibilidade de cada poder se auto organizar e desempenhar suas funções típicas sem se subordinar aos outros, estando apenas sujeitos aos ditames legais.

3. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial

3.1. Neoconstitucionalismo: características principais

Muito tem-se empregado algumas definições para se definir os moldes do Direito Constitucional no século XXI, afirmando-se que o atual cenário seria caracterizado como um “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo” ou “nova hermenêutica”. Entretanto, como bem salienta Horbach (2007, p. 82), trata-se da “roupa nova do direito constitucional brasileiro”.

Manoel Gonçalves discorre sobre a real possibilidade de se afirmar que a estrutura social hodierna pode ser chamada de pós-moderna a suscitar a intervenção de um direito constitucional pós-moderno, e o neoconstitucionalismo. Objetivando traçar uma linha entre a modernidade e a pós-modernidade, costuma-se afirmar que a era moderna inicia-se em meados do século XV com a queda de Constantinopla e conforme, escrito por Maquiavel, com a estruturação dos Estados como estrutura política moderna, nascendo o moderno constitucionalismo a partir do século XVII com os tratados de Westfalia, seguindo-se pelos anos até as Revoluções Burguesas norte-americanas e francesa do século XVIII.

O professor critica quem tenta colocar como marco divisório da modernidade para a pós-modernidade a década de 50, pois não acredita que tais mudanças pudessem justificar uma diferença nos moldes estatais assim. Apesar disso, é de se confirmar a presença de um normativismo constitucional após a 2ª Grande Guerra Mundial.

No ponto, Max Weber enunciava que a modernidade consistia em em alguns aspectos, quais sejam: técnico (tecnico-científico), econômico (concentração de meios de produção) e político (aparição do Estado).

Consubienciado em numerosos pensadores, Chevallier aponta que ocorre uma crise geral das instituições e valores da modernidade. Isto deve levar — põe no futuro dubitativo, note-se — a uma “ultrapassagem da modernidade” (Chevallier, 2008, p. 17). Aliás, o autor já vê essa ultrapassagem praticamente concretizada, pois sugere que “as sociedades contemporâneas entraram numa nova lógica, que resume e condensa o conceito de pós-modernidade” (p. 19). Assim o autor põe no futuro, não tão distante, uma nova conjuntura pós-moderna, sendo, portanto, a fase atual uma fase em que a globalização ativa as diferenças existentes entre os indivíduos.

Chevallier sugere que as transformações havidas contemporaneamente atingiram o direito, que levaram à redefinição do liame jurídico bem como refletiu no estado de direito e na noção de soberania. O primeiro aspecto se funda na questão que o Estado de Direito não só se funda pelo poder do direito mas também é limitado pelo direito, notadamente o internacional. O segundo aspecto, por sua vez, trata do descrédito das democracias representativas, fazendo com que o Juiz (principalmente o constitucional) assumisse um papel político.

Segundo Gonçalves, a visão pós-moderna da democracia a apresentaria como uma democracia deliberativa repousando sobre a confrontação permanente dos interesses sociais e como uma democracia participativa, dando aos cidadãos um direito de supervisão (regard) e um controle (emprise) mais direto sobre a coisa pública (p. 154).

Tal levaria a uma “democracia dialógica”, que implica uma confrontação permanente das opiniões”. Certamente, essa ênfase na deliberação já importa numa participação, portanto, numa democracia participativa. Chevallier, todavia, insiste nesse passo, no desenvolvimento e na multiplicação das experiências da chamada “democracia semidireta”.

Essas transformações na sociedade levaram o direito a ser mais flexível (*soft law* cf. ZAGREBELSKY) dado o papel que os juízes assumem de codeterminação e construção. O direito passa a ser “reflexivo”, ou seja, depende da análise de sua constante efetividade e de seus papéis sociais. Segundo Canotilho (1998, p. 1234 apud GONÇALVES) um “direito reflexivo” autolimitado ao estabelecimento dos processos de informação e de mecanismos redutores de interferências entre vários “sistemas autônomos” da sociedade (jurídico,

econômico, social e cultural). “Por isso se diz que o ‘direito constitucional pós-moderno’ é um ‘direito pós-intervencionista’ (processualizado, dessubstantivado, neo-corporativo, ecológico, medial)”.

O então cenário atual do constitucionalismo que quer se esquivar dos extremismos do positivismo de outrora, e esquecidos da tese de que seria uma constituição dirigente, que muitos dos neoconstitucionalistas até há pouco sustentavam, hoje veem nela o modelo de uma constituição pós-moderna, uma constituição de princípios que prevalecem sobre as regras, uma constituição principiológica. A Constituição de 1988 é mais composta de regras do que princípios.

A ideia de afirmar que o direito é pós-moderno e pós-positivista, promove-se a exaltação da normatividade dos princípios (cf. BARCELLOS, 2006, p. 56).

O pós-positivismo é a designação provisória de um ideário difuso, no qual se incluem a definição da relação entre princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 56).

Pode-se afirmar que o marco teórico é o da força normativa da Constituição “a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica” (BARROSO E BARCELLOS, 2001, p. 5), mais “a expansão da jurisdição constitucional”, e chega mais longe à “constitucionalização do direito”.

Sobre o conceito de pós-modernismo, Cass Sunstein: “Algumas vezes o pós-modernismo valoriza a fluidez e a transformação por si mesmas e as oferece como fundamento para a prática constitucional”. A expressão pós-positivismo também não oferece melhores interpretações, pois pressupõe que antes dela o positivismo imperava maximamente, e não era verdade, pois vários juristas não eram adeptos a este absolutismo, como Radbruch, Rawls, Reale etc.

O direito moderno não era, por assim dizer, inapto a valores, já que havia a Filosofia dos Valores de Radbruch e outros autores, para quem o direito era considerado um fato ou fenômeno social orientado a valores.

Desmistificando-se outro mito, o de que a normatividade dos princípios era um fenômeno recente, a verdade é que não era assim, pois em diversas vezes haviam referência a aplicação de princípios. É certo que é bem próprio do neoconstitucionalismo sustentar “a superação da regra pelo princípio” (Streck, 2009:204). Isso não pode significar outra coisa senão que o aplicador do direito pode ignorar a regra expressa na lei — na lei expressão da vontade geral, portanto da democracia, pelo que lhe parece a conveniente adequação do princípio ao caso.

A desvalorização da lei contraria o art. 60 da Declaração de 1789, que concebe a soberania popular manifestando-se pela lei e sua supremacia: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou por seus representantes à sua formação”. Em realidade, o neoconstitucionalismo, apesar da pretensa valoração dos direitos fundamentais, não parece familiarizado com essa declaração paradigmática.

Para Manoel Gonçalves, importante asseverar que “a prevalência do princípio sobre a regra consiste na transformação do arbítrio em princípio jurídico, em detrimento da (reacionária...) segurança jurídica, em detrimento da (superada) democracia representativa...” (p. 160).

Afirmava-se que a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, foi outra característica que ficou agregada ao neoconstitucionalismo, sendo que mesmo antes mesmo da II Guerra Mundial. Nesse diapasão, o neconstitucionalismo também agrega para si a “inovação” de valorar os direitos fundamentais, quando na verdade isso ocorre desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Outra característica que se aponta é a nova hermenêutica, impedindo-se a prestação jurisdicional como mero instrumento “boca de lei”, nos moldes do Direito Napoleônico. Tal ideia peca, antes de mais nada, pela generalização quanto às normas constitucionais. Ou seja, ela vê todas como princípios, quando, inegavelmente, seja na linha de Dworkin, seja na linha de Alexy, a grande maioria delas é formada por regras. Aliás, é excepcional que apontem princípios abstratos, como o faz a Constituição de 1988.

Uma segunda objeção vem do fato óbvio de que as normas se exprimem em palavras que têm sentido na língua usada. Acrescente-se que os princípios de interpretação (Barroso e Barcellos, 2006, p. 69 e segs.), que, ao menos na opinião de um dos neoconstitucionalistas mais em evidência, caracterizam esse novo estilo, se encontram nos especialistas da matéria, como o brasileiro Maximiliano, ou o belga Chaïm Perelman. Ou não passam de desdobramentos de tais princípios. Com exceção de dois. Um é o princípio de “proibição do retrocesso” (Barroso e Barcellos, 2006:76). Vedaria este à revogação ou à restrição de normas que concedam direitos.

Um dos princípios decorrentes de “proibição do retrocesso” (Barroso e Barcellos, 2006, p. 76). Vedaria este à revogação ou à restrição de normas que concedam direitos. Trata-se de uma ideia cujo alcance não foi medido pelo autor, pois, com base nela não se admitiriam novas restrições ao direito de propriedade. É paradoxal que o pós-positivismo que renega o iluminismo, reitere uma das ideias-forças deste, a de progresso. De progresso constante, irreversível, para um mundo sempre melhor.

Outro é o princípio da “dignidade da pessoa humana” (Barroso e Barcellos, 2006: 77 e segs.). Essa dignidade é o fundamento dos direitos humanos, como tenho apontado em outros estudos (Ferreira Filho, 2008:1 e ss.).

Para Gonçalves, Pode-se dizer, tomando em sentido geral o termo constitucionalização, que esse fenômeno está presente desde os primórdios do constitucionalismo, já que todo direito legislado sob uma constituição tem de atender a esta, inclusive respeitando os seus princípios substantivos (mesmo implícitos) e, especialmente, os direitos fundamentais. Tendo em vista esse fato, já ensinavam os mestres franceses que todo o direito, incluído o direito privado, tem sua “tête de chapitre” na Lei Magna.

Portanto, a “constitucionalização do direito” não é um fenômeno novo. O neoconstitucionalismo à brasileira — apesar da sustentação científica de sua principal estrela — não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ele serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformatar” o mundo e, de passagem, o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).

Algumas das características mais marcantes desta teorização são: a prevalência dos princípios sobre as regras; bem como, a preferência da técnica da ponderação ao invés da subsunção; o axiológico (predomínio da justiça particular sobre a justiça geral), preferência da atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo etc (ÁVILA, 2009).

O fundamento normativo do neoconstitucionalismo de que as Constituições, e, inclusive a Brasileira de 1988, teriam priorizado os princípios sobre as regras, não pode, segundo Ávila, se sobrepujar à importância das regras. Na verdade, a Constituição, segundo o autor, não priorizou nenhuma das normas, mas apenas trouxe funções e eficácias diferentes e complementares (Ibidem).

Aliás, a bem da verdade, a Constituição Brasileira de 1988 é analítica e pormenorizada, composta em sua maioria, por regras, e não tanto por princípios. E a escolha por regras na Constituição tem a função de reduzir ou eliminar problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Diminui-se a discricionariedade e a incerteza através da previsibilidade obtida com as regras. Portanto, é falso o fato de que a Constituição Brasileira seria principiológica, mais adequado seria dizer que seria regulatória (ÁVILA, 2009).

Entretanto, no que tange a este aspecto normativo, se a característica primordial da Constituição Pátria é de que ela é regulatória, como lidar com a questão do método de ponderação entre normas, pois isso poderia gerar uma ruptura nos moldes do teorizado do neoconstitucionalismo no Brasil (Ibidem).

Conforme já enfatizado, princípios e regras possuem funções importantes e diversas. E, mesmo havendo mais regras do que princípios, é cediço afirmar que estes possuem uma relativa superioridade em relação às regras, pois possuem as funções interpretativas, bloqueadoras ou integrativas das regras constitucionais. Também não se pode preterir as regras em favor dos princípios pura e simplesmente. A existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir conflitos. Uma indagação é se o critério da ponderação pode ser utilizado como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico. A resposta, segundo Ávila, é que não. Pois isso levaria a um “anti-escalamento” da ordem jurídica, pois as leis são escalonadas para que cada uma cumpra seu papel, se não houvesse, teríamos apenas a predominância da Constituição (constitucionalização da ordem jurídica).

A supervalorização dos princípios constitucionais gera uma desvalorização do legislativo, depreciando-se o papel democrático desta função estatal já que este criou as regras. A aplicação predominante dos princípios sobre as regras ofendem três princípios: o da legalidade, o princípio democrático e o da Separação dos Poderes. Leva-se a um paradoxo: interpreta-se a constituição obedecendo-se parte dela e violando-se outra parte (ÁVILA, 2009).

O paradigma da ponderação conduz ao subjetivismo e conduz a uma limitação do papel heterolimitador do Direito, pois este existe para orientar condutas a serem adotadas. Se prevalecesse a ideia da ponderação principiológica, as regras seriam mesmo conselhos (Ibidem).

O problema, contudo, não está na ponderação em si, ou na subjetivação advinda da aplicação dos princípios levando a um constitucionalismo direto e horizontalizado. O que é problemático é a utilização dos princípios como critério para fundamentar uma decisão, desconsiderando-se as regras diretamente relacionadas a ela. Neste aspecto, a

ponderação levaria a uma subjetivação incontrolável e incompatível com a separação dos poderes. Isto é, não pode o aplicador, simplesmente, desconsiderar a opção do legislador em favor daquela que melhor lhe aprouver (ÁVILA, 2009).

Apenas quando não haja regra constitucional para regular a questão, é que deve haver uma ponderação principiológica, mas esta ponderação deve: a) indicar os princípios objetos da ponderação; b) efetuar a ponderação; c) justificar e fundamentar a ponderação feita (Ibidem).

Quanto ao critério axiológico, questiona-se: é possível afirmar que mesmo a Constituição sendo composta mais de regras do que de princípios, a justiça criada em casos particulares deve se sobrepuser à justiça geral e abstrata? Não se desconsidera que as decisões devam se atentar aos casos concretos, mas é importante que estas se deem de modo sistemático, atendendo-se a critérios gerais. Isso porque, a primazia das considerações particulares, seria preconizar o caráter arbitrário dos aplicadores.

Quanto ao fundamento organizacional, levar-se-ia a consideração que a ponderação exigiria um papel mais adequado a ser exercido pelo Poder Judiciário (por meio de ativismo judicial) em maior destaque que o do Poder Legislativo, também outra crítica merece ser levantada, fora as já apontadas diante dos critérios normativos e metodológicos. Isso porque, se as regras estão em maior quantidade e não podem ser casuisticamente afastadas em nome dos princípios, assim também o Legislativo não pode ser desvalorizado ou pensado em menor importância. Cabe enfatizar, finalmente, que é através do Poder Legislativo que as discussões são feitas com a maior participação da votação de todos. Isso também não desmerece o caráter do Poder Judiciário, mas apenas ressalta a divisão de poderes (Ibidem).

3.2. Causas do ativismo judicial

Antes de proceder à investigação das causas do fenômeno definido como “ativismo judicial”, prima-se pela denominação e breves apontamentos históricos sobre a origem do termo, que, conforme se depreenderá, possui significados múltiplos.

3.2.1. Conceito e origem do termo

De acordo com Kmiec (2004, p. 1441) a Suprema Corte Americana o ativismo judicial nem sempre é coisa ruim. O termo ativismo judicial ou ativista judicial surgiu na década de noventa, mas se tornou muito frequente e largamente utilizado nos debates nos primeiros quatro anos do século vinte um.

Ao mesmo tempo que o termo se tornou mais “lugar comum” aumentou-se o problema com a sua definição, pois desde as primeiras vezes em que o termo foi utilizado, estava imbuído de uma série de significados. Alguns doutrinadores sugerem que o termo “ativismo judicial” hoje é um termo vazio, porém, num dado contexto, quando o termo é devidamente clarificado, o assunto ganha uma discussão construtiva.

Na verdade, a história da questão relacionada ao ativismo judicial inicia-se antes mesmo da criação do termo, antes do século vinte, quando se falava em legislação judicial, ou seja, juízes fazendo uma lei positiva.

Sobre as origens do termo, se foi em algum julgado ou publicação, remonta-se a Arthur Schlesinger Jr. que teria introduzido o termo “ativismo judicial” num artigo publicado na Revista *Fortune* em janeiro de 1947. Schlesinger analisou o trabalho de nove Cortes Judiciais que exploraram a função do poder judiciário numa democracia, na análise da constitucionalidade de leis.

Segundo o ativismo judicial verificado por Schlesinger, jurisdição e política caminham sempre juntas e inseparáveis. Porém, a lei fixa significados e a fuga dos mesmos é inapropriada ainda que para favorecer ou beneficiar determinados grupos.

Schlesinger sustenta que o ativismo serviria para remediar os problemas e erros do legislativo, pois, um ato só poderá ser superado por um órgão de mesmo nível. E, neste caso, o trabalho do Judiciário teria natureza legislativa quando afasta outro ato legal que viola a Constituição.

No Brasil, grande foi a contribuição da Carta Magna de 1988 para que o Judiciário, apenas além de controlar e fiscalizar a legalidade, pudesse assumir também o papel de “guardião da legitimidade”⁴, já que em inúmeros dispositivos o constituinte originário determinou pautas de controle de constitucionalidade bem amplas, inclusive por omissão constitucional, o que relega ao Judiciário um papel bem mais ativo do que o outrora “juiz boca de lei”.

Assim, o ativismo judicial pode ser identificado nas atribuições em que o Judiciário passa a “criar” o Direito, ou seja, assume a função ora de legislador negativo, contendo as eventuais falhas do Poder Legislativo, mas, sobejamente, quando atua positivamente, na criação de normas que se equiparariam a textos legais, em total arrepio à tradicional teoria da separação dos poderes.

3.2.2. Ativismo Judicial como condição de efetivação dos direitos fundamentais diante da inércia dos demais poderes e resultado da crise da democracia representativa

Como constata Elival da Silva Ramos, “a Constituição de 1988, em termos de sistema político, optou, claramente, pela democracia social de cunho participativo, como se percebe pela compreensão do ato legislativo como instrumento de governo, pela atenuação dos rigores da separação de Poderes clássica, pela abrangência do catálogo de direitos fundamentais do homem, pelo papel ativo do Estado na ordem econômica e social e, finalmente, pelo incentivo à participação política, mediante a consagração de instrumentos diversificados de acesso, direto e indireto, da cidadania ao poder” (RAMOS, 2010. p. 481-482).

3.3 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: análise de julgados emblemáticos

A doutrina brasileira foi responsável por elencar ao *habeas corpus*, criado pelo Código de Processo Penal de 1832. O *habeas corpus* que era tradicionalmente usado para

⁴ Termo utilizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

restrições da liberdade de locomoção, a casos conexos a estas formas de violência. Depois, o Estado passou a restringir a *teoria do habeas corpus*.

Sobre a aplicação irrefletida da modulação dos efeitos temporais, é preciso observar se a lei inconstitucional é nula ou anulável, a fim de conceber se há aproveitamento ou não dos efeitos já produzidos por ela antes da declaração da inconstitucionalidade.

Apenas por meio de exceção expressa poderá se flexibilizar os efeitos da anulação da lei inconstitucional. A convalidação é sempre parcial. A Lei 9868/99 autorizou a modulação dos efeitos temporais da decisão de controle. O STF declarou o efeito *ex nunc* para garantir a segurança jurídica.

Entretanto, a possibilidade trazida no art. 27 da Lei 9868/99 tem feito com que o STF, por vezes, abuse do poder de modulação dos efeitos temporais, principalmente no controle abstrato de normas. Há que se comentar, também, o efeito de perda do mandato eletivo por mudança de filiação ou infidelidade partidária, tal como construído pretorariamente pelo TSE, por afirmar-se que o cargo pertence ao partido.

Um outro ponto crítico é a implementação de direitos sociais consagrados em normas de eficácia limitada, como, por exemplo, garantir vagas em creches ou escolas para crianças. Estes direitos fundamentais referidos nestas normas, constituem “guardas de flancos”, ou seja, os poderes públicos não podem deixar de prestar para alguém do nível de prestação já realizada – o núcleo essencial já realizado desses direitos. Ou seja, os direitos consagrados em normas programáticas não quer dizer que eles não tem vinculação dos poderes públicos: são direitos subjetivos.

Sobre a limitação eficaz das normas constitucionais, cabe ressaltar que nem todo direito social decorre de norma programática. Outra questão a ser destacada é que a interpretação-aplicação da Constituição não pode ser feita mediante discricionária atribuição de efeitos, devendo o juiz se ater aos critérios hermenêuticos, a fim de aferir eficácia plena ou limitada. Neste aspecto, em relação à ação declaratória de inconstitucionalidade não persiste maiores problemas. Porém, em relação ao mandado de injunção há problemas na doutrina e na jurisprudência quanto aos seus efeitos, pois há uma convergência entre ele e a ação direta de inconstitucionalidade.

3.4. Críticas ao ativismo judicial

Conforme bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a judicialização da política – que, a seu ver, foi inclusive desejada pelo Constituinte originário, uma vez que o Judiciário gozava, à época da CF/88, de uma maior confiabilidade do que o Legislativo e o Executivo – tem como contrapartida inexorável a politização da justiça (p. 213-214). Porém, o autor assinala um *déficit* de legitimidade democrática no que se refere à ampliação do papel do Poder Judiciário, típica do ativismo judicial.

Contemporaneamente, sobretudo, o controle de constitucionalidade é tido como a “garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição”, já que, conforme afirma Ferreira Filho “onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante” (FERREIRA FILHO, p. 219). Porém, um ativismo decorrente deste controle, poderiam não apenas fortalecer a Constituição, como, negativamente,

enfraquecê-la, na medida em que “o ato inconstitucional não é mais nulo ex natura... Seus efeitos poderão persistir mesmo depois de reconhecida a infração à Constituição” (Ibidem, p. 242).

Segundo as críticas bem observadas do autor acima, o ativismo judicial baseado na afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor ou afastar normatização que ultrapasse os limites de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta. O princípio da máxima efetividade não constituiria impedimento à atribuição de eficácia limitada para normas constitucionais sem referência à necessidade de providências integrativas? Ainda de acordo com esse enfoque, até que ponto o controle de constitucionalidade por dar ensejo à imposição de condutas não previstas em lei pelo legislador ordinário (disciplina acerca do nepotismo, por exemplo)?

Em relação à implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada, a jurisprudência do STF já manifestou entendimento no sentido de que “a omissão das providências legislativas e administrativas autorizaria o Poder Judiciário a convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa” (p. 265). Nesses casos, claramente o Judiciário estaria substituindo o legislador ordinário, ao arrepio da separação de poderes.

4. Considerações finais

Tendo em vista que fenômeno da judicialização da política, observada de forma acentuada na atual conjuntura política nacional, remonta a discussão acerca do ativismo judicial, tendo sido o principal esforço deste trabalho o de perpassar necessário caminho histórico/teórico pertinente ao tema. A partir da pesquisa realizada, foi possível concluir, a partir da clássica Teoria da Tripartição de Poderes, que os desequilíbrios entre as diferentes funções estatais não pode passar a largo de uma análise crítica/científica. No entanto, prefacialmente, constatamos que, sob a égide da moderna doutrina acerca do tema, não mais há que se falar em separação dos poderes, mas sim em cooperação.

Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, de outro lado, observamos que a Constituição Pátria vigente é muito mais regida por regras do que por princípios, motivo pelo qual o legalismo permanece relevante na hierarquia normativa. Tal distinção funcional, no entanto, não rechaça a teoria da tripartição dos poderes – pelo contrário, a reforça.

A seguir, fizemos breve leitura acerca das críticas da teoria da tripartição dos poderes, chegando-se à conclusão de que tal perspectiva clássica ainda é pertinente e necessária nos ordenamentos democráticos, sobretudo sob a visão de que se trata de cooperação, e não de separação total dos poderes. Assim, na medida em que a função legislativa e executiva não dá conta de problemas de ordem estrutural/conjuntural, a prestação jurisdicional se faz legitimadora, e não usurpadora do processo democrático e da construção de um Estado de Direito, ainda que seja tarefa difícil discernir em que medida o exercício das funções estatais atípicas é benéfico, e em que medida ele passa a fragilizar as estruturas de poder.

5. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. **A política**. Hemus s/data.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. N. 17. Jan/fev/mar. 2009. Salvador: Bahia.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **The scientific study of judicial activism**. Minnesota Law Review, 2007, vol. 91, pp. 1752-1784.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário à frente da divisão dos poderes**: um princípio em decadência? Revista USP, n. 21, p. 12-21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira**. In: Revista de Direito Administrativo.

HORBACH, Carlos Bastide. **A Nova Roupa Do Direito Constitucional**: Neo-Constitucionalismo, Pós-Positivismo e outros Modismos. RT-859. Doutrina Civil – 3ª Seção. Maio 2007.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of “judicial activism”**. California Law Review, 2004, vol. 92, pp. 1441-1477.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril, Coleção “Os pensadores”.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril. Coleção “Os pensadores”. Livro décimo primeiro).

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência Política. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the case against judicial review**. In: The Yale Law Journal.