

O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DIANTE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

THOMAS, Camila¹
NETO, Alfredo Copetti²

RESUMO

Por conta do advento do constitucionalismo contemporâneo, oriundo do pós-segunda guerra mundial, e com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, ocorreu uma ascensão do Poder Judiciário, que passou a desempenhar um papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. Embora referida ascensão seja inegável, a interferência judicial é compreendida de maneiras diferentes conforme cada concepção acerca desse novo constitucionalismo. Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar a atuação judicial e ponderar suas consequências sob as óticas do neoconstitucionalismo e do constitucionalismo garantista, contrapostos entre si, bem como concebê-la de dois modos: como ativismo judicial e como judicialização da política, demonstrando a necessidade de uma distinção entre esses fenômenos, para que se possa definir até que ponto a intervenção do Poder Judiciário é essencial e autorizada pelo paradigma constitucional atual, e de se realizar um controle hermenêutico das decisões judiciais, por meio da construção de uma teoria da decisão, que as alicerce sob pressupostos democráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial, Judicialização da política, Constitucionalismo.

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN VIEW OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

Because of the advent of the contemporary constitutionalism, arising from the post Second World War, and with the enactment of the 1988 Federal Constitution, occurs an ascension of the Judiciary, which now plays an important role in Brazilian legal system. In spite of referred undeniable ascension, the judicial interference is understood in different ways as each conception about this new constitutionalism. In these terms, the present article aims to analyses the judicial action and ponder the consequences from neo-constitutionalism and from guarantee constitutionalism, opposing each other, including conceive this in two ways: as judicial activism and as judicialization of politics, demonstrating the need for distinction between those phenomena, to be possible to define to what extent the intervention of the Judiciary is essential and authorized by the current constitutional paradigm, as well as the necessity of realize an hermeneutical control of judicial decisions, by means of construction of a theory of decision that foundation under the democratic assumptions.

KEYWORDS: Judicial activism, Judicialization of politics, Constitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

¹ Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário UNINTER. E-mail: camithomas@outlook.com.

² Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Teoria do Direito e da Democracia. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.



Após o fim da segunda guerra mundial instalou-se, em termos de constitucionalismo, um novo paradigma. Sua principal característica, em contraste com aquele que vigorava até então, foi o enfoque nas Constituições, com atribuição de rigidez e controle material de constitucionalidade a elas, que passaram a vincular todas as demais normas à sua observância.

Ao Poder Judiciário foi incumbida a tarefa de proteção das normas constitucionais, o que ampliou sua atuação e lhe conferiu primazia. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, referido poder veio paulatinamente ganhando destaque.

Esse novo modelo, denominado constitucionalismo contemporâneo, comporta mais de uma concepção. A mais difundida entre os juristas é aquela que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, da qual é marco filosófico o pós-positivismo, consistente na junção das ideias provenientes do jusnaturalismo e do positivismo. As características dessa corrente acabam por protagonizar o Poder Judiciário, expandindo consideravelmente sua atuação como intérprete constitucional. Em decorrência, surgem no cenário jurídico brasileiro a judicialização da política, entendida como fenômeno contingente, e o ativismo judicial, compreendido como atitude do Poder Judiciário e cuja origem remonta à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que, ao proferir decisão no julgamento de um caso, criou o controle de constitucionalidade (judicial review).

Sob o constitucionalismo contemporâneo existe, todavia, outra perspectiva da Constituição, pela qual o perfil ativista do Poder Judiciário, sua ênfase e a discricionariedade advinda com ele devem ser combatidos, por meio do reconhecimento de uma normatividade forte da Constituição, da qual o Poder Judiciário somente pode extrair o que o constituinte pretendeu. Trata-se de um paradigma constitucional garantista, contrário aos elementos neoconstitucionalistas propiciadores do ativismo.

A análise do ativismo judicial e da judicialização da política deve ser feita, então, sob as óticas desses dois constitucionalismos, contrapostos entre si. Embora ambos os fenômenos pressuponham ampliação da atuação judicial, já que inegável a ascensão do Poder Judiciário na nova ordem constitucional, não são sinônimos, como apontado por muitos, mas sim distintos. A dissociação entre eles, aliás, viabiliza a apuração do seu benefício ou prejuízo para o cenário jurídico, pois a partir dela são delineados limites à atividade jurisdicional, no intuito de salvaguardar um equilíbrio: de um lado conferindo ao Poder Judiciário os mecanismos de que precisa para garantia dos ditames constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais, e de outro evitando discricionariedade judicial.



Nesse contexto, a inexistência de diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política conduz a uma atuação judicial ilimitada, sem que se defina até que ponto ela é essencial e permitida na atual conjuntura constitucional, o que implica em reputar toda e qualquer atividade praticada pelo Poder Judiciário legítima.

O termo ativismo judicial tem, portanto, despertado intensa discussão, justamente porque pode ser entendido como a hipótese em que julgador, valendo-se de cláusulas abertas e princípios, no sentido de expandir o alcance e sentido da Constituição, a interpreta substituindo o direito por convicção pessoal, por vezes violando o próprio texto constitucional, ou como um fenômeno que se utiliza de tal forma de interpretação na tentativa de concretização de direitos fundamentais.

Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo a análise dos fenômenos ativismo judicial e judicialização da política, distinguindo-os e ponderando suas consequências sob as perspectivas neoconstitucionalista e garantista.

2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

2.1 CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em meados do século XVIII, contrapondo-se ao Estado absoluto, caracterizado pela concentração das funções estatais na figura do rei, emerge o constitucionalismo moderno, buscando a imposição de limites ao governo e a não intervenção estatal. Para tanto, foi utilizada a Constituição, a qual, além de limitar o poder estatal, organizou-o de forma tripartida, firmou a liberdade individual, instituiu e garantiu direitos e impediu sua violação, mesmo que pelo Estado (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Ante essa organização estatal embasada na Constituição ocorre uma transição de Estado absoluto para Estado de Direito, cujo principal traço foi a elaboração de um texto constitucional que teve o condão de retirar do rei o poder absoluto e a acumulação das funções estatais, repartindo-as de modo a cessar o seu arbítrio (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

O constitucionalismo moderno pressupõe, portanto, submissão do Estado à lei e à liberdade individual, o que corresponde a um absenteísmo estatal protetivo do individualismo. No entanto, essas características, consolidadas nos direitos de liberdade, acabaram por demonstrar indiferença às



relações sociais, o que, aliado a sobrevinda das guerras mundiais e a criação de direitos sociais, tornou inadequada a ideia de não intervenção estatal típica desse constitucionalismo, porquanto a efetivação desses direitos requer prestações estatais positivas (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Além disso, esse modelo de constitucionalismo situava a lei como fonte principal (quase como única) de validade e existência do direito. Essa concepção revelou-se preocupante porque culminou num Estado Legislativo de Direito, que não conferia validade aos direitos fundamentais, a não ser se protegidos por lei, tampouco previa garantias contra o arbítrio do parlamento, o que dava azo para este ser conivente com a barbárie, a exemplo do nazismo e do fascismo que, em decorrência do positivismo legalista, utilizaram-se da lei para justificar suas ações (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Nesse viés, bem como tendo em vista as alterações que as guerras mundiais trouxeram, o modelo de constitucionalismo teve de ser reformulado (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

É assim que, em um cenário marcado pelo fim da segunda guerra mundial, surge um novo paradigma constitucional em oposição ao Estado Legislativo de Direito: o constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pela existência de uma lei superior que irradia por todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido:

Mas no cenário mais recente, especialmente com as guerras mundiais, altera-se o panorama do constitucionalismo em sua matriz liberal, uma vez que as constituições até então sintéticas, uma vez que restritas os direitos de liberdade, tornam-se analíticas, instituindo direitos de vieses econômicos e sociais. Como consequência, a ideia de absenteísmo estatal e liberdade econômica passam por reformulações, inclusive com a intervenção do Estado na esfera econômica e social. Nesse sentido, o intervencionismo estatal ensejou uma reformulação do constitucionalismo, que passou a adotar uma feição social (COPETTI NETO; FISCHER, 2013, p. 5).

O advento do constitucionalismo contemporâneo implicou em várias mudanças no cenário jurídico brasileiro, já que atribuiu uma nova roupagem ao direito constitucional.

A Constituição passou a ser dotada de rigidez e controle material de constitucionalidade, o que impõe a efetivação de seu texto, mormente no tocante aos direitos fundamentais. Com isso, o Poder Judiciário ascendeu e ganhou relevância, sendo tido como o garantidor dos direitos esculpidos no texto constitucional, a quem incumbe sua proteção (BARROSO, 2015).

No Brasil, sob a Constituição de 1988 houve a transição para o Estado Democrático de Direito, em que o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu. Assim, nesse novo modelo “vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um



tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, 2015, p. 436).

Existem diversas correntes de abordagem do paradigma constitucional contemporâneo. Para elucidação do tema proposto neste trabalho será ele concebido sob duas óticas opostas, cujas perspectivas servirão, adiante, para análise dos fenômenos ativismo judicial e judicialização da política (FERRAJOLI, 2012).

Uma ótica como a superação do positivismo típico do constitucionalismo moderno e outra como sua expansão, complementação e aprimoramento. A primeira, apesar de existir controvérsia a respeito da terminologia, é comumente denominada de neoconstitucionalismo, já a segunda designada de constitucionalismo garantista, e ao referir-se à primeira utiliza-se da nomenclatura constitucionalismo principalista (FERRAJOLI, 2012).

2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O vocábulo neoconstitucionalismo não possui um significado homogêneo, de modo que o mais apropriado é se falar em neoconstitucionalismo no plural, e não no singular. Conforme propõe Carbonell (2003, p. 9) “não se pode falar de 1 (um), senão de vários neoconstitucionalismos”.

A despeito da existência de vários neoconstitucionalismos e da dificuldade de sua caracterização, é possível elencar alguns traços principais comuns a todos os tipos, quais sejam: a normatividade e valorização dos princípios, adoção da técnica ponderação, aproximação entre o direito e a moral, reconhecimento da constitucionalização do direito e protagonismo judicial, com atribuição ao Poder Judiciário de um papel de destaque com relação aos demais poderes (CARBONELL, 2003).

Nesse sentido, Sarmento (2009, p. 1) elenca como características do neoconstitucionalismo:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.



A concepção neoconstitucionalista assenta as normas constitucionais mais relevantes, a exemplo dos direitos fundamentais, como princípios, em vez de regras, e lhes confere normatividade. O reconhecimento de que são normativos, somado ao fato de que constituem as normas mais significativas, faz com que os princípios sejam extremamente valorizados (SARMENTO, 2009).

No entanto, apesar das Constituições do pós guerra, como a Constituição Brasileira de 1988, terem instituído princípios, não significa que inexistem regras em seu texto. A CF/88 inclusive possui mais regras do que princípios. O que ocorre é que a estes é atribuída maior importância do que aquelas (ÁVILA, 2009).

Nesse ponto, importante frisar a diferença entre princípios e regras. Alexy (2008) emprega um critério de diferenciação segundo o qual existe entre as regras e os princípios uma diferença qualitativa, em que os princípios caracterizam-se como mandados de otimização, uma vez que são normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, a depender das possibilidades reais (genericamente concretas) e jurídicas (especificamente existentes no momento da aplicação), enquanto as regras possuem conteúdo determinado, isto é, contém em si determinações do que é fática e juridicamente possível, de forma que serão ou não cumpridas em sua plenitude, inexistindo possibilidade de cumprimento em graus.

Outra característica que distingue os princípios das regras, na vertente neoconstitucionalista, reside na forma como são aplicados. As regras são aplicadas por subsunção, já os princípios por ponderação. A subsunção implica numa pretensão de exclusividade. Significa que em havendo duas regras contraditórias, a solução se dá através da exclusão de uma em favor da outra, que prevalecerá. Conforme explica Barroso (2015), o conflito é reduzido à aplicação da premissa maior, que incide sobre a menor.

Já para resolução de eventuais conflitos entre princípios, o neoconstitucionalismo optou pela ponderação, técnica de decisão judicial aplicável aos casos difíceis e que consiste em ponderar (sopesar), no caso concreto, princípios constitucionais sempre que mais de um puder servir de fundamento para uma mesma decisão, conferindo preferência a um deles (atribuindo-lhe maior peso) e restringindo o(s) outro(s), com a ressalva de que a ponderação deve ser decidida de forma a menos lesar o princípio restringido, em razão da inexistência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais (BARROSO, 2015).

Ocorre que, partindo da premissa de que sempre que houver princípios hábeis a fundamentar uma decisão deverá ser feita a ponderação para aferir qual prevalecerá, toda decisão será baseada



numa ponderação de princípios constitucionais, porque considerando a abrangência principiológica da Constituição sempre existirá mais de um princípio que possa figurar como fundamento de decisão (ÁVILA, 2009).

Significa que as decisões sempre se utilizarão de princípios, considerando a amplitude de seu rol. Como decorrência, percebe-se que o neoconstitucionalismo adota a ponderação como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico, cuja consequência é a admissão do uso de princípios em todas as situações, mesmo naquelas em que uma regra positivada, elaborada pelo Legislativo, seja compatível com a Constituição, o que faz com que as regras sejam oprimidas e a função exercida pelo Poder Legislativo subestimada. No tocante a essa observação Ávila (2009, p. 8) aponta um paradoxo:

Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais – os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte).

Para que se evite a ocorrência desse paradoxo e a liberdade do Poder Legislativo seja salvaguardada, referido autor propugna alguns mecanismos, tais quais a insistência na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos poderes e no controle fraco de proporcionalidade, ao invés da exaltação de princípios e seu método de aplicação (ÁVILA, 2009).

Outra característica primordial é que, ao incorporar e conferir normatividade aos princípios, o neoconstitucionalismo promove uma aproximação entre o direito e a moral. A propósito:

No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica (SARMENTO, 2009, p. 5).

O Poder Judiciário ao ponderar princípios no intuito de solucionar os casos concretos reveste a decisão de conteúdos morais. A consideração da moral, então, desenvolve-se como teoria de argumentação jurídica, passando a servir de legitimidade das decisões (SARMENTO, 2009).

Dessa maneira, a moral, que no constitucionalismo moderno equivalia a um ponto de vista externo ao direito, agora o integra internamente, de modo a existir uma relação de complementação



entre eles, de acordo com a qual os direitos fundamentais, enquanto concebidos como princípios, devem atender às exigências morais (SARMENTO, 2009).

Outra faceta do neoconstitucionalismo, o protagonismo judicial, emerge justamente das demais características. Com efeito, a preferência normativa pelos princípios, a sua aplicação pelo método ponderação e a aproximação entre o direito e a moral conduzem a uma ascensão do Poder Judiciário (SARMENTO, 2009).

A incorporação de posicionamentos neoconstitucionalistas, por conseguinte, demanda uma atuação mais abrangente e ativista do Poder Judiciário, alargando as suas atividades jurisdicionais, na medida em que é ele o encarregado de realizar a ponderação. Como afirma Sarmento (2009, p. 5):

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. [...] Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais.

O protagonismo do Poder Judiciário é potencializado pela crise representativa em que se encontra o Poder Legislativo, vislumbrada pela descrença da população com relação à política majoritária (SARMENTO, 2009).

Assinaladas as características do neoconstitucionalismo, verifica-se que elas não são independentes, mas sim desencadeadoras umas das outras. Ávila (2009, p. 2) faz uma conexão entre elas no seguinte sentido:

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, uma com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes legislativos e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação. [...] Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder.

Possível observar, por derradeiro, que pelo neoconstitucionalismo é atribuída tamanha importância ao Poder Judiciário a ponto de se entender que ele deve até mesmo tomar a figura de coparticipante no processo de criação do direito, que incumbe ao Legislativo, a fim de fazer valorações próprias e, valendo-se delas, interpretar as cláusulas constitucionais abertas. Isso conduz,



todavia, ao subjetivismo, que impede a positivação e suscita discricionariedade decisória (SARMENTO, 2009).

2.3 A PROPOSTA DE UM PARADIGMA CONSTITUCIONAL GARANTISTA

Outra perspectiva da Constituição, divergente daquela conferida pelo neoconstitucionalismo, é proporcionada pelo constitucionalismo garantista. Enquanto o primeiro opõe-se ao positivismo jurídico, o segundo busca reforçá-lo, complementá-lo e aprimorá-lo, o que se dá pela positivação além do “ser”, também do “dever ser” do direito, além do positivismo formal, também o material, situando, para tanto, os direitos fundamentais como promoventes do direito positivo. Outrossim, aprimora o positivismo tradicional ao condicionar a legalidade ao respeito das normas constitucionais, impondo ao Poder Legislativo submissão à Constituição, o que não ocorria no Estado Legislativo de Direito. A propósito:

Esse constitucionalismo distingue, assim, o positivismo jurídico em dois aspectos: a) o primeiro, como o “ser” do Direito, ou seja, a atividade legislativa, cuja validade formal resta submetida ao seu caráter representativo; e b) o segundo, como o “dever-ser” do Direito, que remete a validade substancial à adequação aos direitos fundamentais (COPETTI NETO; FISCHER, 2013, p. 9).

O constitucionalismo garantista possui três significados: um como modelo de direito, outro como teoria de direito e outro como filosofia política (FERRAJOLI, 2012).

O primeiro implica na existência de limites e vínculos constitucionais impostos aos poderes, os quais devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade. A violação dos limites tecidos acarreta invalidade da lei, já o descumprimento dos vínculos resulta em lacunas que, para serem suprimidas, demandam atuação legislativa (FERRAJOLI, 2012).

O segundo consiste numa teoria que apresenta a divergência entre o dever ser, de caráter constitucional, e o ser, de caráter legislativo, do direito, de modo a, por um lado, admitir-se a existência de normas vigentes que estejam em conformidade com as normas que prescrevem procedimentos (regularidade formal), e de outro invalidá-las pela desconformidade com normas substanciais que estejam em contraste com a Constituição (FERRAJOLI, 2012).

O terceiro reflete uma teoria da democracia substancial, como sistema jurídico e político estruturado sobre quatro dimensões que correspondem aos direitos constitucionalmente estabelecidos: políticos, civis, de liberdade e sociais (FERRAJOLI, 2012).



O paradigma garantista refuta todos os aspectos do neoconstitucionalismo, chamado por ele de constitucionalismo principalista, principalmente no que se refere à conexão entre o direito e a moral, a normatividade e valorização dos princípios e sua contraposição com as regras, e a ponderação como método de aplicação na prática jurisdicional (FERRAJOLI, 2012).

A concepção garantista não admite a conexão entre o direito e a moral, pelo contrário, afirma a separação entre eles. Essa separação, porém, não implica inexistência de qualquer conteúdo moral das normas, mesmo porque no exercício da discricionariedade interpretativa é normal que o intérprete se utilize de escolhas de caráter moral para orientar-se. Entretanto, do fato da Constituição, assim como as leis ordinárias, incorporarem valores, não pode derivar uma tese de conexão entre o direito e a moral, pois esta, tal como sustentada pelo constitucionalismo principalista, não equivale somente ao reconhecimento da incorporação de valores nos princípios constitucionais, mas sim a uma pretensão de concepção objetiva da moral, no sentido de que as normas que sejam revestidas de caráter injusto deixem de possuir validade, mesmo que estejam em conformidade com o ordenamento (FERRAJOLI, 2012).

Dessa concepção resulta um absolutismo moral, impositivo de seus valores a todos, porquanto objetivos, e intolerante às opiniões morais que lhe sejam divergentes. A separação entre o direito e a moral figura, a vista disso, como garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo numa sociedade em que convivem pacificamente diversas culturas (FERRAJOLI, 2012).

Assim concebida, e esta é a crítica elaborada pelo constitucionalismo garantista, a conexão entre o direito e a moral faz com que a justiça se torne elemento necessário do direito e condição de validade das normas jurídicas. Já pela separação entre eles a existência ou validade de uma norma não depende da justiça, da mesma forma como a sua justiça não faz com que ela seja válida. Nessa circunstância, a separação entre o direito e a moral atua como corolário do princípio da legalidade, firmando a distinção e a divergência entre justiça e validade (FERRAJOLI, 2012).

Outrossim, o constitucionalismo garantista propugna a separação entre direito e moral também a fim de que o juiz se submeta tão somente a lei. Sob essa ótica a separação é hábil a limitar o poder dos juízes e o seu arbítrio moral (FERRAJOLI, 2012).

Os juízes podem e devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando (constatando normas e direitos implícitos nela) ou restringindo (excluindo as interpretações que não lhe sejam compatíveis) o seu alcance, bem como a aplicando diretamente nos casos que não exigirem leis prévias de regulamentação. Não pode, todavia, quando a implementação de direitos demandar a



criação de leis regulamentadoras, suprimir a atuação legislativa para sanar lacunas, mas tão somente apontá-las ao parlamento, a quem incumbe sua reparação (FERRAJOLI, 2012).

Outra crítica apontada pela concepção garantista reside na forma como o neoconstitucionalismo distingue regras e princípios, de acordo com a qual as normas constitucionais que enunciam objetivos políticos, valores morais ou direitos fundamentais constituem princípios, sendo mandados de otimização, enquanto as regras são mandados de definição que se aplicam aos casos por elas previstos. Os primeiros, em virtude da indeterminação e generalidade, resolvem-se por meio de ponderação, e as segundas por subsunção, vez que específicas (FERRAJOLI, 2012).

Sobre o tema, Ferrajoli (2012, p. 36) indica que:

De acordo com uma primeira orientação, que congrega os principais expoentes do constitucionalismo principalista, trata-se de uma “distinção forte”, de tipo exclusivo e exaustivo, porque baseada em diferenças de natureza ontológica, ou estrutural ou qualitativa. Mas, segundo outra orientação, bem mais argumentada, trata-se apenas de uma “distinção fraca”, de tipo quantitativo, isto é, relativa ao grau pelo qual são, por sua vez, discernidas, em concreto, as características de umas e de outras, formuladas anteriormente em abstrato.

Uma vez quantitativa a diferença, as características inerentes aos princípios, indeterminação, generalidade e mesmo a ponderabilidade, se manifestariam também nas regras.

Além do mais, por essa concepção a maioria dos princípios se comporta, em verdade, como regras, cujas expectativas são específicas e determinadas e preveem limites ou vínculos, consistentes em proibições de lesão e obrigações de prestação. Existem, contudo, algumas normas cujos valores não se pode identificar como de observância ou inobservância. Tratam-se, diferentemente das demais, de expectativas genéricas e indeterminadas. Estes são chamados de princípios diretivos ou diretivas, já os primeiros de reguladores ou imperativos. Desse modo, a violação de qualquer princípio que enuncie um direito fundamental o torna uma regra que emite proibições ou obrigações (FERRAJOLI, 2012).

Precisamente, Ferrajoli (2012, p. 39) adverte:

A diferença entre a maior parte dos princípios e das regras [...] não é estrutural, mas quase que de estilo. [...] Não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes.



Streck (2012, p. 8), apesar de não corroborar o constitucionalismo garantista, mas sim a hermenêutica filosófica, também expõe que é equivocado sustentar a existência de uma distinção estrutural entre regra e princípio e ao fazê-lo afirma que:

A legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática.

É por isso que, partindo da ideia de que norma é um conceito interpretativo, cuja normatividade é conferida por um quadro constituído de regras e princípios, propõe uma diferenciação hermenêutica em vez de estrutural, de acordo com a qual as regras não acontecem sem os princípios, visto que estes sempre atuam na concretização do direito e em todo caso concreto conduzem para determinação da resposta adequada. Sob esse aspecto as regras são modalidades objetivas de solução de conflitos, porquanto regram o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios, por sua vez, autorizam essa determinação, fazendo com que o caso decidido seja revestido de legitimidade. Nesse viés, os princípios constituem a legitimidade da solução do caso, mas não o resolvem, função esta atribuída às regras. Destarte, descoberto o princípio que institui a regra, reputa-se correta a resposta fornecida por ela (STRECK, 2012).

Outra peculiaridade da abordagem principalista criticada pelo constitucionalismo garantista é a concepção das normas constitucionais como princípios ético-políticos, fruto de argumentações morais, quando deveriam ser normas rigidamente vinculantes, que subordinam a jurisdição e a legislação (FERRAJOLI, 2012).

A crítica se dá porque essa circunstância promove o desenvolvimento de uma jurisprudência criadora de princípios não dotados de fundamento constitucional. Juízes, ao invés de se submeterem à lei, esquivam-se dela, por meio de criações principiológicas que servem de álibis teóricos para as decisões que ultrapassam os limites tecidos pela Constituição. Ao fazerem-no, dizem estar descobrindo princípios implícitos (STRECK, 2012).

Esse fenômeno de proliferação de princípios foi chamado por Streck (2012) de panprincipiologismo, o qual põe em risco a normatividade da Constituição. À vista disso, o constitucionalismo garantista prega um caráter rigidamente normativo dos princípios formulados nas Constituições, que prescrevem o que é proibido e o que é obrigatório decidir, não ponderáveis com



outros princípios nela expressos e muito menos com outros princípios “desvendados” pela jurisprudência.

A última crítica refere-se ao aspecto do neoconstitucionalismo que adota a ponderação como critério geral de aplicação dos princípios, em oposição a subsunção, cabível apenas às regras.

A perspectiva de que os princípios constitucionais sempre são objeto de ponderação, somada à possibilidade de serem ponderados com princípios morais criados jurisprudencialmente, é preocupante à ótica garantista, por firmar a ideia de que juízes não devem se limitar a interpretar as normas de direito positivo, mas sim estão autorizados a criá-las, o que resulta em violação à separação dos poderes, suscitação de tensão entre o Poder Judiciário e os demais poderes, enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais, promoção do ativismo judicial e da discricionariedade advinda com ele (FERRAJOLI, 2012).

A ponderação legislativa é exigida para os princípios diretivos, mas não para os princípios reguladores. Os princípios que enunciam direitos sociais são reguladores no que diz respeito ao “se” e diretivos em relação ao “como” e “quanto” da sua atuação, por isso se faz necessária sua regulamentação legislativa. A ausência desta, com o consequente surgimento de lacunas, implica em violação de tais normas (FERRAJOLI, 2012).

A ponderação realizada pelo Poder Legislativo, porém, não pode se estender à escolha de quais princípios constitucionais devem ou não atuar, vez que se assim fosse haveria descumprimento da Constituição e contraste com a hierarquia das fontes. Para que se evite esse equívoco a regulamentação deve ser mínima, mas apta a assegurar as garantias trazidas pelas normas enunciadoras de direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2012).

No tocante à ponderação judicial, da forma como concebida pelo neoconstitucionalismo, conduz a uma elevada discricionariedade judicial, ameaçadora da submissão do juiz à lei, isso porque o Poder Judiciário, ao ponderar princípios em conflito por ocasião do caso concreto, detém o poder de escolha em relação a quais aplicar e quais não aplicar, atribuindo o peso que entender mais adequado a cada um dos princípios conflitantes, de forma que o de menor peso cederá ao de maior peso, sem, contudo, que o primeiro seja considerado inválido. Outrossim, inexistem critérios objetivos que orientem a utilização da ponderação, recorrendo os intérpretes judiciais para o subjetivismo, o que inevitavelmente amplia a discricionariedade. A esse respeito:



Há, todavia, uma diferença que faz da ponderação [...] uma técnica argumentativa que amplia, indevidamente, a discricionariedade judicial [...]. Um poder Judiciário de escolha em relação a quais princípios aplicar e quais não aplicar sobre a base da valoração, inevitavelmente discricionária (FERRAJOLI, 2012, p. 48).

Porém, a ponderação pode ser concebida de outra maneira, no que diz respeito ao seu objeto, segundo a qual o juiz, por ocasião do caso concreto a ele submetido, pondera circunstâncias do fato, e não princípios (FERRAJOLI, 2012).

Assim que a ponderação tenha como objeto as circunstâncias fáticas pelas normas previstas e não as normas em si, ela se operará em qualquer caso em que haja concurso de normas diversas, independentemente de serem princípios ou regras. Por conseguinte, todas as normas (sejam regras ou princípios) serão sempre as mesmas, suportando, portanto, o mesmo peso, o que muda são os fatos e situações concretas em que as normas devem ser aplicadas (FERRAJOLI, 2012).

À vista dessas considerações, o paradigma garantista do constitucionalismo entende que, salvo quando se tratar de princípios diretivos, os limites que alguns direitos preveem sobre o exercício de outros não resultam em conflitos solucionáveis por meio de ponderação, mas sim em antinomias ou lacunas que devem ser, respectivamente, removidas pelo Poder Judiciário através de anulação das normas inválidas e suprimidas pelo Poder Legislativo por meio da produção de normas inexistentes (FERRAJOLI, 2012).

Ademais, o constitucionalismo garantista propõe que o Poder Judiciário atue o máximo que puder limitado e vinculado às leis e à Constituição, observadas e respeitadas as competências dos demais poderes, em prestígio ao princípio da separação. Com base nesse paradigma os juízes não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a aplicação delas. De igual forma, não admitem como inevitáveis a indeterminação normativa, a discricionariedade judicial acarretada por ela e os conflitos entre normas, bastando, para evitá-los, que o Poder Legislativo desenvolva uma técnica de formulação das normas legislativas e constitucionais (tanto regras quanto princípios) de forma explícita, por meio de linguagem clara e precisa, e não eivada de ambiguidade, obscuridade ou contrariedade (FERRAJOLI, 2012).

A concepção garantista prega, ainda, a normatividade forte da Constituição, em virtude da qual uma vez assentado um direito fundamental no texto constitucional não pode existir normas que com ele estejam em contradição, devendo a esfera pública proceder aos deveres necessários para sua efetivação. Em decorrência, impõe-se ao Legislativo evitar antinomias (geradas pela presença indevida de normas em contraste com os princípios constitucionais) e suprir lacunas (geradas pela



indevida falta de normas), e ao Judiciário remover as primeiras e apontar as segundas (FERRAJOLI, 2012).

Assim, pela visão garantista o constitucionalismo principalista representa:

Um modelo frágil, uma vez que os princípios são elevados a uma categoria supralegal e sua colisão é definida pela ponderação, o que denota uma atuação judicial discricionária, cujo resultado acaba por deslegitimar a produção da normatividade constitucional, por enfraquecer a separação de poderes e por fragilizar o princípio da legalidade forte; em última análise, paradoxalmente, por legitimar a desaplicação da constituição, extrapolando, assim, os parâmetros do paradigma constitucional atual (COPETTI NETO; FISCHER, 2013, p. 12).

O constitucionalismo garantista entende, portanto, que as características do neoconstitucionalismo culminam no enfraquecimento da normatividade constitucional e na ampliação da discricionariedade judicial, motivo pelo qual as refuta e oferece uma concepção diversa acerca do constitucionalismo contemporâneo (FERRAJOLI, 2012).

3 ATIVISMO JUDICIAL VERSUS JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.1 APONTAMENTOS NECESSÁRIOS PARA ESTABELECER OS CONCEITOS E AS DIFERENÇAS DE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Por conta das transformações constitucionais que desembocaram no constitucionalismo contemporâneo, e em especial com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o Poder Judiciário passou a ter um papel de destaque na sociedade brasileira, já que o constituinte atribuiu a ele a figura de guardião dos valores constantes do texto constitucional (BARROSO, 2009).

É nesse contexto, de ascensão do Poder Judiciário, que surgem no cenário jurídico brasileiro os termos judicialização da política e ativismo judicial, amplamente discutidos, desde sua diferenciação (BARROSO, 2009).

Assim, diante de tantas decisões proferidas pelo Poder Judiciário em que o magistrado judicializa e/ou pratica ativismos, surge a necessidade de se analisar a sua atuação sob esse duplo viés.

O ativismo judicial pode ser entendido como uma postura proativa do Poder Judiciário com relação à interpretação constitucional, em que há a imposição de obrigações sem, contudo, haver

visão legal expressa. A judicialização da política, por sua vez, consiste numa ampliação do poder judicial em matérias outrora reservadas aos demais poderes (BARROSO, 2009).

Referidos fenômenos, se levada em consideração a leitura clássica do princípio da separação dos poderes, implicariam na sua violação. Ocorre que, tal qual formulada por Montesquieu, a teoria da separação dos poderes já não corresponde à atual ordem constitucional, razão pela qual há que se promover sua releitura, com o fito de compatibilizá-la com a nova perspectiva da Constituição, até mesmo porque foi consagrada no Estado liberal, atrelada à realidade de sua época, em que se buscava a não intervenção estatal e a descentralização do poder como forma de conter o arbítrio do ente estatal. Atualmente, em tempos de constitucionalismo contemporâneo, com a reestruturação do Poder Judiciário na direção de uma atuação mais abrangente e sob a égide do Estado Democrático de Direito, se mostra mais adequada uma visão que assuma todo poder público a partir de sua função de garantia dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009).

Nesse sentido é a tese garantista elaborada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, a qual, ante as mudanças operadas por ocasião do advento do constitucionalismo contemporâneo, delineia novos contornos à clássica tripartição dos poderes. Assim, a separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário cede lugar à divisão de funções, que tem por base os direitos fundamentais e a democracia constitucional, e divide-se nas categorias função de governo e função de garantia (FERRAJOLI, 2009).

A distinção entre funções e instituições de governo e funções e instituições de garantia funda-se na diferença de suas fontes de legitimação: a representatividade política das primeiras, sejam elas legislativas ou executivas, e a sujeição à lei, notadamente à universalidade dos direitos fundamentais constitucionais, das segundas (FERRAJOLI, 2009).

Dessa forma, constata-se que os Poderes Legislativo e Executivo estão unidos por partilharem a mesma fonte de legitimação, o que representa muito mais uma relação de compartilhamento do que de separação. As funções de garantia, por sua vez, abrangem todas as funções geradas pelo crescimento do Estado social, tais como educação, saúde, previdência etc., as quais não se encaixam na clássica tripartição e por isso são desenvolvidas na dependência do Executivo. Porém, apesar de não serem legitimadas pelo critério da maioria, como o são as funções de governo, a elas deve ser assegurada independência e separação com relação ao Poder Executivo, porquanto legitimadas pela aplicação imparcial da lei, mesmo que contra a maioria (FERRAJOLI, 2009).



Destarte, a reestruturação garantista da separação dos poderes objetiva incluir entre as funções e instituições de garantia outras tantas funções ou instituições que, na clássica separação tripartite, não possuem espaço, vez que desvinculadas de qualquer dos três poderes, a exemplo do Ministério Público (FERRAJOLI, 2009).

Repensada a estrutura institucional, vislumbra-se compatibilização entre ela e os fenômenos em comento. Nesse sentido Sarmento (2009, p. 4) assevera que “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 entanto, o alargamento das possibilidades jurisdicionais diante da nova ordem constitucional e a consequente maior liberdade do julgador podem conduzir a um extrapolação dos limites traçados pela própria Constituição, inclusive uma invasão à competência dos demais poderes, mesmo se tendo por base a reformulação da teoria da separação, o que ocasiona o indesejado ativismo judicial (SARMENTO, 2009).

Porém, é necessária uma separação e diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Segundo Luis Roberto Barroso:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance [...]. O ativismo judicial legitimamente exercido procura extraír o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados) (BARROSO, 2015, p. 442-443).

Das suas lições se extrai que a judicialização da política é reflexo do próprio sistema constitucional brasileiro, pela qual o Poder Judiciário decide matérias que a princípio seriam de competência dos outros poderes, e o faz porque há amparo constitucional para tanto. Já o ativismo judicial diz respeito à interpretação ampliativa que o magistrado confere à Constituição, na busca por concretização dos valores contidos em seu texto (BARROSO, 2015).

Dessa maneira, percebe-se que o ministro do STF distingue judicialização da política de ativismo judicial, porém conceituando ambos como fenômenos benéficos para o cenário constitucional, em que o perfil ativista do Judiciário encontra respaldo no sentido que foi atribuído à Constituição pelo constitucionalismo contemporâneo e se justifica por ser o meio apto à efetivação dos ditames constitucionais (BARROSO, 2015).



Lenio Streck, de igual forma, os diferencia, mas, ao contrário daquele, aponta o ativismo como prejudicial. Para ele, a judicialização é uma questão relacionada à competência, enquanto o ativismo é um problema que se refere à postura dos juízes (STRECK, 2013).

Segundo sua diferenciação, o ativismo afigura-se negativo, uma vez que por meio dele os integrantes do Poder Judiciário, utilizando-se de elevada discricionariedade decisória, proferem decisões embasadas única e exclusivamente em sua convicção pessoal, seu solipsismo, em inobservância, por vezes, às próprias normas constitucionais (STRECK, 2013).

Ainda de acordo com Streck (2014), o ativismo se dá quando o Judiciário se substitui aos poderes que são do legislador e acaba por adentrar nas esferas alheias, fazendo com que o sistema se fragmente.

Nessa vertente, o ativismo se caracterizaria como postura judicial pela qual os magistrados utilizam seu subjetivismo como fundamento para decidir os casos a eles submetidos, o que acarreta ofensa ao princípio da separação dos poderes, na medida em que ao invés de apontar ao Poder Legislativo eventuais lacunas existentes, o Poder Judiciário supre-as por si só, por meio de valorações próprias que o orientam na interpretação das cláusulas constitucionais abertas, sem observância a um preceito positivado (STRECK, 2014).

Outra distinção dos dois fenômenos é feita por Clarissa Tassinari, segundo a qual:

A judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais (TASSINARI, 2013, p. 31).

O ativismo judicial implicaria, sob essas circunstâncias, na configuração de um Poder Judiciário agregador de competências que constitucionalmente não lhe são reconhecidas. A dita ampliação das normas constitucionais (na busca de concretização dos direitos fundamentais, para aqueles que defendem o ativismo), por meio de interpretação judicial ativista, acarretaria extrapolação dos limites constitucionais, por meio da qual se extrai da Constituição não apenas o que o constituinte pretendeu, explícita ou implicitamente, mas sim o que convém ao julgador. Em suma, a diferença seria que a judicialização é um problema contemporâneo decorrente de diversas transformações sociais, políticas e jurídicas, cuja dimensão não depende do desejo ou vontade do órgão judicante, já o perfil ativista de juízes e tribunais uma questão de postura dos julgadores na tomada de decisão (TASSINARI, 2013).



A despeito do papel contramajoritário exercido pelo Poder Judiciário ser incontestável, visto que a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a possibilidade do controle de constitucionalidade, os termos em que ele ocorre podem ser questionados. Posto isso, Tassinari (2013) faz uma crítica referente às situações em que o controle é realizado a partir da vontade ou da consciência do intérprete, e não em prol da Constituição, o que evidencia uma postura ativista.

Luis Roberto Barroso, em sentido contrário, vislumbra o ativismo judicial como parte da solução do problema, desde que moderado:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, 2009, p. 19).

Para ele, o ativismo se dá, dentre outras condutas, por meio da aplicação direta da Constituição às situações não previstas no seu texto e sem prévia manifestação do legislador, da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emitidos pelo legislativo e de prolação de decisões que impõem obrigações ou abstenções ao Poder Público, especialmente em questão de inércia ou de políticas públicas (BARROSO, 2015).

A judicialização, por sua vez:

Significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, e caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2015, p. 437).

Ela possui como causas o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é necessário para a proteção dos direitos fundamentais; a desilusão com a política majoritária, tendo em vista a crise de representatividade do parlamento; e o fato de que agentes políticos preferem que o Judiciário decida questões controvertidas e polêmicas, o que assume considerável proporção em decorrência da constitucionalização do direito, vale dizer, a inclusão de uma matéria na Constituição implica em sua retirada da política e inserção no direito, com possibilidade de judicialização (BARROSO, 2015).

Contrapondo-se a essa ideia:

O problema é que os elementos que Barroso elenca como caracterizadores do ativismo, no atual paradigma constitucional, devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas



atribuições. Isso porque, nesta quadra da história, já não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais. Ou seja, por estes critérios acima apontados, não há como se compreender a distinção entre ativismo e judicialização da política (TASSINARI, 2013, p. 26).

De fato, o professor Luis Roberto Barroso visualiza ativismo judicial e judicialização da política em conjunto, referindo-se a eles, inclusive, como primos advindos da mesma família, porém com origens diversas. A dissociação que elabora é, portanto, mínima, já que de acordo com ela ambos os fenômenos se reputam permitidos pelo atual paradigma constitucional, bem como necessários para concretização dos ditames constitucionais (BARROSO, 2009).

Quando cita exemplos de postura ativista do Poder Judiciário, Barroso (2015, p. 442) corrobora com o entendimento de Lenio Streck ao afirmar que “todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito”. A diferença é que Lenio considera a criação do direito por juízes um fator prejudicial, enquanto Barroso vê como algo vantajoso.

Destarte, o cerne da questão reside na possibilidade de o Poder Judiciário desenvolver a função típica do Poder Legislativo de criação do direito, como resultado de uma nova estrutura constitucional proporcionada pelo paradigma de constitucionalismo atual, ou como invasão da competência do poder político, resultando em extração dos limites constitucionais. Sobre o tema, Streck (2013, n.p) faz a seguinte ponderação:

Uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?

A adoção de uma distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política se mostra plausível, pois denota delinear de limites à interferência judicial, a fim de que se possa fixar um grau máximo de atuação ativista, o qual, uma vez ultrapassado, a torna ilegítima. Nesse sentido, a atuação necessária e permitida seria aquela sob a forma de judicialização da política. No momento em que ela se torna ativismo, os limites são ultrapassados (TASSINARI, 2012).

Assim, “a inexistência de uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política conduz a um imaginário caracterizado pela defesa de uma atividade judicial ilimitada, o que é perigoso para a democracia” (TASSINARI, 2012).



A partir dessa distinção entre os fenômenos, constata-se a possibilidade de ser proferida uma decisão de judicialização que não seja ativista, caso em que o Poder Judiciário decide questões em tese de competência dos demais poderes, mas porque legalmente lhe cabe fazê-lo, haja vista a existência de amparo constitucional que permite a sua atuação mais abrangente. Uma decisão ativista, ao contrário, seria fruto do ponto de vista pessoal do magistrado, o que provoca arbitrariedade decisória (TASSINARI, 2012).

3.2 A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO

Uma vez compreendido o ativismo judicial como um problema, por vincular a interferência judicial a um ato de vontade do julgador, surge a necessidade de um contramovimento para combatê-lo, tendo em vista que predomina no cenário constitucional contemporâneo sua aceitação e incentivo, sob o fundamento de preconização dos direitos fundamentais (TASSINARI, 2013).

Assim, é preciso repensar a atuação do Poder Judiciário, no sentido de contê-la, e não mais instá-la. Muito embora seja certo que sob o constitucionalismo contemporâneo o Poder Judiciário foi provocado a atuar nas esferas de competência a princípio exclusivas dos Poderes Executivo e Legislativo, sua atuação tem se manifestado não apenas como complementariedade diante da omissão do poder político (caracterizando o fenômeno judicialização da política), mas sim por meio de elevada discricionariedade, o que conduz à necessidade de contê-la (TASSINARI, 2013).

Nesse sentido, Lenio Streck desenvolve uma postura crítica em relação à atuação ativista do Poder Judiciário. Apresenta, por meio da crítica hermenêutica do direito, dentre outros contributos, respostas para frear a interferência judicial. Para tanto, propõe uma nova teoria da interpretação, em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, que comporta a construção de uma teoria da decisão judicial como condição para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas e para enfrentamento da discricionariedade (STRECK, 2013).

Primeiramente, é necessário fazer menção ao nascimento e à ruptura da subjetividade, ambos ocorridos no campo da filosofia. Seu surgimento, em superação à objetividade, ocorre na modernidade, oportunidade em que o sujeito deixa de se sujeitar às estruturas e passa a assujeitar as coisas. A esse esquema, em que o mundo passa a ser explicado e fundamentado pela razão, dá-se o nome de sujeito-objeto. O paradigma da subjetividade, por sua vez, é denominado de filosofia da consciência e no século XX ocorre sua ruptura pelo chamado giro-lingüístico, caracterizado pelo



ingresso do mundo prático na filosofia, no qual o sentido não está mais na consciência, mas sim na linguagem, entendida esta como produto produzido pelos sujeitos e que figura como condição para estarem no mundo (STRECK, 2013).

Essa ruptura, contudo, não foi recepcionada pelo direito. Por isso é que parcela considerável de magistrados brasileiros julgam os casos que lhe são submetidos conforme sua consciência, isto é, seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei. Por vezes, o fazem claramente, já em outras ocasiões sob a égide de seu poder discricionário. A esse respeito Streck (2013, p. 26) entende que “o juiz não se subordina a nada, a não ser ao tribunal de sua razão”.

Dessa forma, o resultado do processo (a decisão) será fruto do solipsismo do juiz, eis que dependerá do que sua consciência indicar. Nessa circunstância, a atuação do Poder Judiciário tem a forma de ativismo judicial e possui como consequências o enfraquecimento da lei diante daquilo que os juízes pensam acerca dela e a permissão para que realizem determinações jurídicas não contidas no direito positivo, bem como supram lacunas sem a devida observância ao processo legislativo (STRECK, 2013).

A interpretação, quando embasada na convicção pessoal dos magistrados, dá azo para as seguintes hipóteses, filiadas ao paradigma da subjetividade:

Interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”; interpretação como fruto da subjetividade judicial; interpretação como produto da consciência do julgador; crença de que o juiz deve fazer a ponderação de valores a partir de seus valores; razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; crença de que os casos difíceis se resolvem discricionariamente; cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma abertura sem sentido que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete (STRECK, 2013, p. 33).

Assim, solipsismo e protagonismo judicial, aliados à discricionariedade que lhes é típica, se enquadram no paradigma da filosofia da consciência (subjetividade), que, apesar de rompido na área da filosofia pelo giro-lingüístico, permaneceu no cenário jurídico. Nesse ponto cumpre ressaltar que a principal característica do positivismo, inimigo do direito democrático, é a discricionariedade, intimamente ligada à subjetividade, isto é, ao esquema sujeito-objeto (STRECK, 2013).

Nesse contexto, surge a necessidade de se determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial. As teorias mais difundidas, as argumentativas, apostam na vontade do julgador, remetendo a interpretação do direito ao seu alvedrio. Essas teses, por utilizarem a discricionariedade como resposta para o problema de “como decidir”, fortalecem o protagonismo judicial, destacando o sujeito da subjetividade assujeitadora, a cuja ruptura, ocorrida no campo da

filosofia, o direito manteve-se blindado. Como decorrência, a filosofia aparece no direito tão somente como capa de sentido, o que faz com que este continue refém do solipsismo característico da filosofia da consciência (STRECK, 2013).

Streck (2013), em sentido contrário, entende que a resposta das questões de como interpretar e como aplicar reside na construção de uma teoria da decisão que alicerça as decisões judiciais sob pressupostos democráticos, o que se dá pela aproximação entre o direito e a hermenêutica filosófica, que surgiu justamente para superar a filosofia da consciência. Assim, enquanto as teorias argumentativas não superam o esquema sujeito-objeto, a teoria de Lenio, embasada na hermenêutica, atua no âmbito de um mundo compartilhado (intersubjetividade). Cumpre ressaltar que essa aproximação propugnada não tem por escopo transformar a filosofia em um discurso otimizador do direito, mas sim situá-la como condição de possibilidade deste, deixando de figurar apenas como capa de sentido.

Nesse viés, a teoria da decisão judicial apresentada por Streck (2013), fruto da imbricação Heidegger-Gadamer-Dworkin, constitui uma proposta hermenêutica enfrentadora do protagonismo judicial e da discricionariedade, que concebe, a partir de aportes filosóficos, o ato interpretativo de um novo modo, de acordo com o qual interpretar é aplicar, de forma que os sentidos somente se manifestam no ato aplicativo.

A hermenêutica que rompeu com o esquema sujeito-objeto se apoia na interpretação, que, por sua vez, se apoia na compreensão. À vista disso, não mais se interpreta para compreender, mas sim o inverso. Outrossim, ela não é metodológica, pois a compreensão sempre ocorre antes dos métodos (de interpretação). A propósito:

Interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. [...] A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico. [...] É a superação da epistemologia pela fenomenologia hermenêutica (por isso, Verdade e Método é lido como verdade contra Método) (STRECK, 2013, p. 77).

De igual forma, em que pese o pós-positivismo, sob o pretexto de os juízes não serem meras bocas de lei, ser comumente compreendido como abertura interpretativa, passível de supressão pelo ativismo, na realidade para se realizar uma efetiva teoria pós-positivista é imprescindível a superação do solipsismo da filosofia da consciência, sustentado pelo positivismo (STRECK, 2013).

É nesse cenário que a hermenêutica atua como blindagem contra interpretações discricionárias, bem como configura o meio hábil à construção adequada de uma teoria da decisão,



eis que desprovida “tanto das amarras deste sujeito onde reside a razão prática como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistema” (STRECK, 2013, p. 93).

Trata-se da nova crítica do direito ou critica hermenêutica do direito, uma teoria que irrompe da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana, e da qual decorre a tese de existência de um direito fundamental à obtenção de resposta correta, entendida esta como decisão adequada à Constituição, ou seja, uma resposta que não é nem a única e nem a melhor, mas sim a constitucionalmente adequada (STRECK, 2013).

Desse modo, apesar da força do princípio do livro convencimento do juiz, artifício que encobre a subjetividade, a decisão não pode depender de sua consciência, mas sim corresponder à Constituição, resguardando assim o princípio democrático (STRECK, 2013).

Não obstante discutir condições de possibilidade da decisão judicial, a tese intentada por Lenio não é uma proibição de interpretar, transformando os juízes em “bocas de lei”. A afirmação de que as normas contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser mais abertos no que diz respeito às possibilidades de significados é incontestável. O que propõe é que “a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender - de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete” (STRECK, 2013, p. 95).

A crítica da discricionariedade reside no seu aspecto que transforma juízes em legisladores. Não implica, todavia, na submissão do Poder Judiciário às legislações que ofendam a Constituição. O juiz não pode ser escravo da lei e tampouco dono dela. A hermenêutica representa o equilíbrio entre esses dois extremos (STRECK, 2013).

Ademais, frisa-se a existência de uma distinção entre escolha e decisão. A primeira, consistente na eleição de algo, é um ato de opção que se dá por ocasião da existência de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato em uma dada circunstância. A escolha, portanto, sempre equivale à discricionariedade e arbitrariedade e difere da decisão judicial na medida em que esta não pode corresponder a um ato por meio do qual o juiz, perante várias possibilidades de solução de um caso concreto, escolhe aquela que melhor lhe convir. Pelo contrário, a decisão tem de ter como pressuposto aquilo que a comunidade política comprehende por direito, sua construção dele como um todo. Com efeito, o juiz, ao decidir, possui responsabilidade política, obrigado que está perante a sociedade, porquanto decide questões que envolvem direitos sociais. Por



consequente, a decisão nunca é uma escolha, pois não há margem para discricionariedade (STRECK, 2013).

A forma de decidir, portanto, deve condicionar-se a essa compreensão do direito projetada pela comunidade política. É incompatível com esse compromisso que ela seja eivada de subjetivismo, posto que o sujeito solipsista produz a resposta jurídica a casos práticos a partir da sua consciência, esquecendo-se de que integra uma comunidade política de onde retira a validade e a legitimidade de sua atuação. É nesse ponto que a hermenêutica, tal qual concebida por Streck (2013), uma vez que destituída de subjetividade, é apta à obtenção de respostas adequadas (decisões que correspondem à Constituição e não à consciência do intérprete).

Outrossim, é rotineiro a postura dos juízes de primeiro decidir (chegar a uma conclusão) para depois fundamentar o julgamento. Sob a ótica hermenêutica, afirma-se o contrário, a decisão só existe porque o fundamento já foi encontrado (STRECK, 2013).

Outra vertente dessa responsabilidade política dos juízes é o dever de fundamentação, oportunidade em que Lenio propugna uma fundamentação da fundamentação, consistente na radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Nesse viés, uma decisão contraditória, obscura ou omissa não seria sanável por embargos, eis que se reveste de uma constitucionalidade que a torna nula, em virtude da existência de um dispositivo constitucional que prevê a fundamentação como direito fundamental (STRECK, 2013).

O combate da discricionariedade travado por Streck (2013) pressupõe compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, por meio da superação do paradigma denominado filosofia da consciência. Sua crítica ao solipsismo (decisões proferidas conforme a consciência do julgador) diz respeito ao seu aspecto que faz com que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de opiniões pessoais que juízes possuem sobre as leis ou os fenômenos sociais.

O rigoroso controle das decisões judiciais que propõe não quer dizer diminuição do papel da jurisdição, até mesmo porque na medida em que a Constituição brasileira elenca um rol extenso de direitos sociais fundamentais, é impreterível que ocorra uma judicialização. Porém, nesse ponto deve ser observada a diferença entre judicialização, que é uma questão de competência (ou incompetência) dos Poderes, e o ativismo, que é um problema de comportamento dos juízes e deve ser combatido (STRECK, 2013).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem realizada neste trabalho aponta para a necessidade de se conceituar e diferenciar ativismo judicial e judicialização da política. A ausência de definição do que seja o ativismo, bem como de distinção entre ele e a judicialização, resulta em uma interferência elevada e ilimitada do Poder Judiciário na sociedade brasileira.

Nesse sentido, tem-se que a judicialização constitui um fenômeno inevitável, que desponta de um contexto social marcado por acontecimentos externos ao direito, como o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, com atribuição de normatividade à Constituição e criação de tribunais constitucionais, a crise representativa do poder político e a amplitude do acesso à justiça, o que facilita a concretização de direitos pela via judicial.

O ativismo judicial, por sua vez, propiciado em grande parte pela incorporação de posicionamentos neoconstitucionalistas, manifesta-se pela prolação de decisões solipsistas, isto é, cujo fundamento é a consciência do juiz, bem como pela usurpação da competência atribuída constitucionalmente ao Poder Legislativo, quando o Judiciário desenvolve a função de criação do direito, típica daquele poder. Com isso, as decisões são eivadas de subjetivismo e discricionariedade, o que culmina no enfraquecimento da autonomia do direito e do compromisso democrático.

Dessa forma, a judicialização da política é contingente, oriunda da nova perspectiva da Constituição e do papel da jurisdição constitucional, ao passo que o ativismo judicial proporciona uma discricionariedade em grau capaz de ameaçar a submissão dos juízes à lei, os quais, no exercício da função interpretativa, não apenas ampliam, restringem ou aplicam diretamente normas constitucionais, mas sim esquivam-se do direito legislado, e o fazem com base em algum princípio que, se não existir, é convenientemente inventado.

É inegável a ascensão do Poder Judiciário sob o constitucionalismo contemporâneo, assim como o é sua importância para garantia dos ditames constitucionais, razão pela qual sua atuação de fato deve ser mais abrangente. Para tanto há a judicialização da política, na medida em que se reputa necessária e autorizada pelo paradigma constitucional atual. Porém, a necessidade de uma interferência judicial mais vasta não pode significar ausência de limites a serem observados pelo Poder Judiciário. É nesse ponto que o ativismo, tal como conceituado acima, implica em exceder os limites constitucionais, pois permite não apenas a extração das máximas potencialidades do texto constitucional, mas também que os juízes, em vez de se limitarem a interpretar as normas de direito positivo, as alterem ou mesmo criem.



Por isso devem ser traçados limites à interferência do Poder Judiciário, a partir de uma distinção entre ativismo e judicialização, no sentido de que a atuação judicial, sob forma de judicialização, é essencial, a partir do momento que ela toma a forma de ativismo torna-se prejudicial, ocasionando discricionariedade e ofensa ao princípio da separação dos poderes, mesmo que levada em conta sua releitura moderna (quando desenvolve funções cuja competência não lhe é atribuída constitucionalmente), ou seja, ultrapassando limites.

É nesse contexto, de concepção do ativismo judicial como um problema, que se faz necessária a construção de uma teoria da decisão, para que o juiz, por ocasião do julgamento, ao invés de se valer de sua consciência, tenha por embasamento elementos jurídicos. Com efeito, a crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck, por meio de um novo modo de compreender a interpretação jurídica, enfrenta a discricionariedade judicial, apresentando uma teoria da decisão judicial a partir da conjugação de uma teoria democrática e dos aportes filosóficos de propostas que transformam a maneira de compreender o problema hermenêutico.

Cumpre ressaltar que o controle das decisões judiciais não visa diminuir o papel da jurisdição, tampouco proibir a interpretação, mas sim afrontar a discricionariedade, com o intuito de que as decisões judiciais não sejam mais tomadas a partir de critérios pessoais, dependendo da opinião que juízes e tribunais possuam sobre as leis ou os fenômenos sociais, pois a jurisdição constitucional não pode ser aquilo que a visão solipsista deles indicar.

REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. 2^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, nº. 14, p. 409-421, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<https://revistaelectronicafd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Funções de governo e funções de garantia: comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana. Florianópolis, 2009. Trad. de Alexandre Aranalde Salim.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil – Riscos e possibilidades. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 16 maio 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e Consenso.** Constituição hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia. **Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>>. Acesso em: 19 mar. 2015

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor jurídico.** Disponivel em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hiposuficiente de princípio. Disponivel em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



_____. A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. Disponível em: <<https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2015.