

INTRODUÇÃO

As competências e funções dos poderes executivo, legislativo e judiciário foram delimitadas pela Constituição Federal. Entretanto, nas últimas décadas tem-se assistido a um crescimento diferenciado na atuação do Poder Judiciário, notadamente por nossos Tribunais Superiores, com destaque para o STF que se mostrou mais presente em questões ligadas à corrupção e de direitos fundamentais, o que motiva questionamentos sobre o desequilíbrio e sobreposição entre poderes.

A clássica doutrina da tripartição dos poderes resta comprometida e um novo paradigma começou a ser traçado, por vezes em razão de que a norma posta pelo poder legiferante não mais atende aos reclamos da sociedade atual; com isso o Poder Judiciário começou a interpretar a lei, e não apenas isso, começou a regulamentar aquilo que, ante a inércia legislativa, requeria máxima urgência, visando o equilíbrio de todo o sistema.

A inércia legislativa e a morosidade do executivo em efetivar as previsões constitucionais acabam servindo de suporte ao comportamento do judiciário, para justificar sua atuação onde não existe leis, sob a argumentação de distribuir justiça à sociedade, em decorrência da inércia dos demais poderes.

Esse comportamento do Poder Judiciário é denominado por ativismo judicial e movimenta grande celeuma por parte dos estudiosos do direito, que advertem sobre o risco de mitigação da legitimidade democrática, bem como de politização da justiça, extrapolando a capacidade institucional do judiciário.

No trabalho de Ingeborg Maus “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, usado como referencial neste artigo, a autora no mesmo sentido, adverte sobre os riscos que esse empoderamento do Judiciário pode ocasionar e embora tenha sido escrito com base na realidade da Corte Constitucional Alemã, mostra-se perfeitamente aplicável à realidade vivida atualmente no Brasil.

No presente artigo se destacam as idéias da autora que pontua sobre o fenômeno do aumento de atribuições da Corte Constitucional alemã e excessiva evidenciação da pessoa do magistrado, tomado à posição de celebridade, representando espelho moral social; situação parecida a que se pode observar no Brasil à proporção que a população atualmente reconhece os Ministros da Suprema Corte Brasileira e acompanha com curiosidade pela mídia os julgamentos de grande repercussão nacional.

Diante do panorama que se apresenta é possível se indagar onde se encontra justificativa para o ativismo judicial, diante da independência e autonomia entre os poderes. Ela acaba por decorrer da própria Constituição que estabeleceu os poderes do Estado para representar o povo, real titular do poder. Trata-se de uma relação de coerência e por questão de política distributiva, foi conferido ao Poder Judiciário dizer o direito, e mais recentemente também, suprir lacunas deixadas pelos outros poderes, por intermédio do instrumento principiológico do ativismo judicial.

Um dos grandes problemas que se pode indicar no ativismo judicial é a percepção da tênue linha limítrofe entre atuações que seriam positivas e atenderiam os fins sociais constitucionalmente previstos e aquelas que se tornam fruto de decisões supra-partidárias, sem a devida fundamentação, criando uma justiça politizada.

Esse risco é evidente quando as decisões são exaradas sem qualquer fundamentação principiológica na ordem constitucional vigente. Contudo, é sobremaneira mitigado quando condicionada a eficácia da medida à aquiescência de todo um colegiado de ministros, o que nos remete a outros riscos; o do Judiciário agir como superego da sociedade.

Demonstra-se neste estudo também que, mesmo posições contrárias ao ativismo como é o caso de da doutrina da autocontenção (*self-restraint*), que tomando por base a ameaça à Separação dos Poderes e o risco de se fragilizar o Estado Democrático de Direitos, exige dos juízes que se abstenham de intromissões na esfera legislativa, não solucionam o problema.

Isso ocorre, entre outras circunstâncias devido à ausência de critérios que permitam delimitar quando a violação teria caráter claro ou manifesto, inexistindo premissas que logrem estabelecer o equilíbrio desejável entre os excessos do ativismo e passivismo. Nessa indeterminação que permite um campo interpretativo muito aberto, a liberdade do intérprete é um grande obstáculo; aquilo que para um julgador é duvidoso pode ser claro para um outro e vice-versa, não se permitindo uma solução plausível.

Assim, o que se busca é mostrar que, das inúmeras discussões já travadas quanto ao ativismo judicial, o risco que ele possa causar em desvirtuar a competência institucional do Judiciário é latente, já que ele representa a possível mácula ao princípio da separação dos poderes, que permite ao Judiciário atuar além dos limites de sua competência.

Por todas essas razões a discussão quanto ao verdadeiro papel do Poder Judiciário esta longe de terminar, de forma que tentar se encontrar um equilíbrio que evite um “governo de juízes”, motivado por um Judiciário que tem sido erigido como verdadeiro parlamento ou última, deve ser prioridade.

Não se pretende com o presente artigo afastar a análise das demandas que são direcionadas ao Judiciário, mas sim, trazer reflexões, de como esse Poder galgou, paulatinamente, o espaço de verdadeiro “superego da sociedade”, tomando por base as lições de Ingebor Maus e demonstrando, sem esgotar o assunto, que tal “posição” de última instância de definição de valores morais de uma sociedade não é solução; em verdade é mais um risco social.

1. - ATIVISMO JUDICIAL

Carlos Alexandre de Azevedo Campos ao se referir às origens da expressão ativismo judicial noticia que a mesma tem origem nos Estados Unidos e foi criada pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr que em janeiro de 1947 escreveu um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, ou seja, direcionado para um público de não juristas. (CAMPOS, 2014)

Na obra de Carlos Alexandre ele revela que Schlesinger teria feito uma análise do perfil dos juízes que compunham a Corte Americana de 1947 e teria classificado os mesmos de conformidade com o grau de autorrestrição ou de ativismo de suas decisões; aliás o termo ativismo judicial foi apresentado como oposto de Autorrestrição. (CAMPOS, 2014)

Interessante mencionar que o momento histórico em que foi criada a expressão coincide com o momento em que, na Alemanha, a socióloga Ingeborg Maus escrevia seu texto *“O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”* (MAUS, 2000)

A verificação da maior participação do Poder Judiciário na materialização de direitos se tornou um tema, que a partir de então, divide opiniões de estudiosos no mundo, persistindo discussões até os dias atuais.

No Brasil não é diferente: o tema ativismo judicial provoca intensos debates, com críticas em ambos aspectos: enquanto muitos defendem a posições em que o magistrado seja ativo, outros rechaçam essa possibilidade.

Interessante se observar que vem acontecendo uma verdadeira “globalização da jurisdição constitucional” que abrange também a transferência de poder decisório às Cortes sobre questões nucleares da política. (BRANDÃO, 2017)

No Brasil se constata que o fenômeno está diretamente relacionado à crescente judicialização de conflitos e a ampliação da participação de juízes na realização de políticas públicas, em razão de omissões dos demais poderes, ocorrida após a Constituição de 1988, quando o Poder Judiciário teve o rol de suas competências ampliado. (CAMPOS, 2014)

A discussão sobre o tema está longe de findar e diariamente se observa o aumento de ingerência do Poder Judiciário sob os demais poderes, em decisões que fomentam polêmicas em ambos os sentidos; se por um lado tem-se que o Poder Executivo, não se incentiva em garantir direitos básicos a população, por outro, é necessário se ver com devidas cautelas as decisões provenientes do ativismo judicial para assegurar tais direitos, sob pena da ingerência em detrimento da tripartição de poderes, ocasionar o caos, que inicialmente pretendia se evitar com o ativismo.

1. 1 Conceituando o Ativismo Judicial

Definir ativismo judicial ainda é tarefa árdua; não existe consenso na doutrina que se debruça sobre o estudo do tema e se pode observar diversos significados diferentes para vários estudiosos.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial em regra está frontalmente relacionado com uma contração do Poder Legislativo e se associa à idéia de uma participação maior do Poder Judiciário na materialização de direitos, principalmente na aplicação da Constituição Federal em casos que não estejam expressamente contemplados em seu texto; é uma atitude, uma escolha do Juiz na maneira de interpretar as normas constitucionais, de modo a ampliar seu sentido ou alcance. (BARROSO, 2012)

Marshall entende que ativismo judicial seria a recusa dos Tribunais em se situarem dentro dos limites jurisdicionais de suas competências de poderes. (MARSHALL, 2002)

Elival da Silva Ramos diz que no ativismo judicial o órgão que está interpretando a lei inova no ordenamento jurídico ignorando a lei e criando totalmente o texto, sem qualquer suporte técnico que o admita; assim o ativismo seria um

fenômeno de exclusão com o sistema jurídico e uma ruptura com o Estado Democrático de Direito.

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2010 p. 92)

O jurista informa que o direito moderno se baseia em textos escritos, que podem ser interpretados de diversas maneiras; entretanto o texto legal escrito não pode ser ignorado ou distorcido. O Magistrado tem discricionariedade em suas decisões, vez que interpretar sempre envolve um certo grau de subjetivismo; entretanto a discricionariedade é relativa isso porque o juiz deve fundamentar decisões. Em razão disto a diversidade de métodos escolhidos para interpretação pode, em alguns casos, apontar para soluções antagônicas, sem que signifique ativismo. (RAMOS, 2010)

Luiz Flávio Gomes entende que o juiz ao criar uma norma não contemplada nem nas Leis, Tratados ou Constituição, pratica o ativismo judicial, usurpando função do Legislativo. O autor aponta que o ativismo judicial pode ser de três espécies, com gradações diferentes e relativas e aceitabilidade prática. (GOMES, 2009)

A *primeira espécie* de ativismo descrita por Luiz Flávio Gomes ocorreria quando o juiz para efetivar direitos previstos na Constituição, avoca para si a incumbência de interpretá-la. (GOMES, 2009)

A *segunda espécie* é denominada por ativismo judicial legislativo e:

[...]consiste em o juiz tangenciar a atividade legislativa para complementar o ordenamento jurídico, ou seja, para dar os contornos finais do Direito. O STF está fazendo disso uso constante nas suas súmulas vinculantes. No ativismo judicial que complementa o Direito há uma espécie de intromissão do Judiciário na função legislativa. O juiz, nesse caso, revela (a palavra está sendo utilizada sem conotação religiosa) o Direito existente no ordenamento jurídico. Ele ativa o sentido e a extensão de um princípio, por exemplo. Do princípio democrático de que todo o poder emana do povo o Supremo Tribunal Federal extraiu a regra da fidelidade partidária, que impede o político

de mudar de partido injustificadamente depois da eleição. Essa regra não estava expressamente prevista, mas latente, no ordenamento. (GOMES, 2009)

Luiz Flávio Gomes denomina a *terceira espécie* de ativismo judicial por legiferante e neste caso o juiz inova no ordenamento jurídico usurpando a função legislativa. Aqui ocorre o que o autor chama de “proativismo”, visto o juiz antecipar-se ao legislador do futuro, criando ele uma nova regra, que não pode ser inferida de nenhuma outra fonte normativa existente. (GOMES, 2009)

Dworkin tenta desenhar um equilíbrio e alerta sobre os riscos do ativismo judicial ao mesmo tempo adverte contra o passivismo. Para ele o passivismo só seria capaz de uma interpretação da prática constitucional em sentido amplo se admitirmos que equidade é a virtude constitucional mais importante, e por questão de justiça, os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas. Quanto ao ativismo diz ele ser uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, na medida em que o juiz para impor aos outros poderes seu próprio ponto de vista, ignora o texto constitucional. Dworkin diz que o direito como integridade condena o ativismo, devendo os juízes aplicar a Constituição por meio da interpretação, de modo que suas decisões se adequem e não ignorem a prática constitucional. (DWORKIN, 1999)

Verificadas as posições de alguns juristas, percebe-se que, embora não haja um consenso específico entre os doutrinadores quanto ao conceito de ativismo, em diversos pontos as opiniões convergem e todos concordam que decisões ativistas representam uma ameaça à separação de poderes e aos valores do Estado Democrático de Direito e alguns sugerem um equilíbrio ou adequação, capaz de manter o equilíbrio social.

2 – AUTOCONTENÇÃO

Tomando-se por premissa a ameaça à separação dos poderes e o risco de se fragilizar o Estado Democrático de Direito, exige-se aos juízes que se abstenham de intromissões na esfera legislativa. Este comportamento em oposição ao ativismo judicial se trata da doutrina da autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário, com grande relevância nos Estados Unidos. Tem como fundamento o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a denominada *regra do caso duvidoso*; em outras palavras, pairando dúvidas, deve prevalecer a opção do legislador e

o julgador se abstém de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislator* (AMADO, 2007)

Barroso corrobora a definição de autocontenção judicial descrevendo-a como o oposto do ativismo, cujo comportamento busca reduzir a interferência das decisões Judiciais nas ações de outros Poderes. Baseado nestas premissas juízes e Tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 7)

Nesse sentido essa teoria busca reduzir a interferência do Judiciário sobre os demais Poderes, limitando a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. A doutrina que a escuda refuta a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, tendo em conta não ser ele composto por representantes pelo povo. (VITÓRIO, 2011, p. 76).

Verificando-se o antagonismo entre a teoria do *self-refrain* significa e o ativismo judicial é possível se vislumbrar a polêmica que permeia as atividades judiciais, isto porque o ator de qualquer destas teorias é o juiz que diante de uma decisão, deve se valer de uma dessas posturas. Ocorre que, qualquer escolha que faça motivará críticas; ou seja, agindo com ativismo estará intervindo em questões políticas que não lhe competem, agindo com autocontenção, como conceituado seria omissos perante claras violações da Constituição e das Leis.

Dimitri Dimouli e Soraya Gasparetto Lunardi sugerem que o Poder Judiciário deve permear suas decisões por um equilíbrio indicado pela tese da autolimitação.

Na substância, a proposta thayeriana de autolimitação do Judiciário apresenta um argumento quantitativo, simétrica àquela do ativismo quantitativo comentado no início de nosso texto. Segundo a visão da autolimitação quantitativa, o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Essa seria uma postura passivista que faria o juiz abdicar de seu papel. Por outro lado, o juiz tampouco deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes. Evitando tanto o passivismo como o ativismo o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011)

A tese em questão parte da premissa da moderação, mas não possui respaldo jurídico, inexistindo dispositivo que imponha aos tribunais a declaração de inconstitucionalidade somente em casos excepcionais ou manifestos. Desta forma, caso seja reconhecida a inconstitucionalidade é dever do juiz declarar, independentemente do dever de ser “moderado”.

Outra questão a se observar é a ausência de critérios para delimitar quando a violação teria caráter claro ou manifesto; assim não são oferecidas premissas que logrem estabelecer o equilíbrio desejável entre os excessos do ativismo e passivismo, o que permite um campo interpretativo muito aberto à liberdade do intérprete; aquilo que para um julgador é duvidoso pode ser claro para um outro e vice-versa.

Pensar-se em restrição por parte do Poder Judiciário aguardando decisões políticas, por um lado pode ser contrário a interesses sociais devido à morosidade e desinteresse legislativo; por outro lado, não há como impedir que o ativismo aconteça principalmente em razão do sistema de controle de constitucionalidade, gerando inquietações acerca de seus limites.

Segundo Eros Grau, o que se observa da história política mundial é um círculo vicioso de “disputa” de interesses entre poderes, que seria parte da história desde Montesquieu; que aliás teria questionado a tripartição de poderes e prevalência de um sobre o outro:

Montesquieu, como vimos, além de jamais ter cogitado de uma efetiva separação dos poderes, na verdade enuncia a moderação entre eles como divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras; daí por que, como observa Althusser (1985/104), a ‘separação de poderes’ não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o povo. (GRAU, 2002, p. 234)

Na citação, o autor faz referência Althusser, que nesta discussão sobre o equilíbrio entre os poderes e o controle, afirma pela preponderância da nobreza, que paradoxalmente controlava um poder ilusoriamente equilibrado.

Coincidência ou não, vivemos um momento atual em que o Poder Judiciário está fortalecido, tendo em vista precipuamente a maioria de Estados democráticos e uma menor incidência de ditaduras governamentais. Se por um ângulo esta situação é positiva, por outro revela seu lado prejudicial; já que o desequilíbrio permanece.

É neste cenário que se verifica a preocupação concernente ao ativismo judicial e a doutrina se debruça em lograr encontrar medidas de contenção para esse

comportamento que à exemplo da preponderância do rei anteriormente arguida, eleva o Poder Judiciário a condição assemelhada. Isso traz à baila interessante analogia a respeito da exacerbação dos poderes do judiciário e da teoria do superego da sociedade, que se verifica em minucioso trabalho de Ingeborg Maus, cientista política de Frankfurt, que apresenta interessante similitude entre os temas. (MAUS, 2000)

3 – O SUPEREGO DA SOCIEDADE – Ingeborg Maus -

O trabalho de Ingeborg Maus, foi elaborado em um momento histórico o em que teria ocorrido um incremento dos poderes e competências do Poder Judiciário alemão, especialmente o de sua Corte Constitucional, que passou a adotar uma nova abordagem hermenêutica, pautada principalmente nos aspectos de ordem moral.

Com o final da Segunda Guerra e a queda da monarquia, que exercia anteriormente o centro diretivo da sociedade, o povo alemão teria perdido um símbolo de unidade e se visto alijado desta figura central que ditava todos os aspectos de sua vida, ficando sem um “censor moral”, se tornando, portanto, “órfã”.

A autora descreve que a “sociedade órfã” não dispunha do livre acesso à emancipação moral e, desamparada, buscava por um “pai” que lhe outorgasse os principais valores por ele entendidos como os mais relevantes. É o Judiciário que surge para preencher esse vazio, essa ausência, passando o mesmo a representar o “superego” de uma sociedade carente de tutela.

Ressalta Maus que a consciência de senso moral centralizada na Justiça é de veras preocupante, à proporção que elimina discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso. A inclusão da moral no Direito traz imunidade à atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria se sujeitar. A autora conclui:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao que normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (MAUS, 2000, p. 187).

Maus cita Herber Marcuse que dizia haver um envelhecimento da psicanálise, em razão da perda da importância da figura paterna no contexto do ego, que teria dado lugar, ao que ele denomina de “diretrizes sociais”.

Partido desta premissa, a autora faz uma alusão ao que ocorre em uma sociedade órfã de um ser paterno que lhe atribua individualismo suficiente ao exercício de cidadania, fazendo esta sociedade infantil a ponto de tornar os sujeitos reféns de uma “veneração religiosa” às decisões judiciais. Para exemplificar diz que no Direito americano é possível se encontrar biografia de juízes com dizeres “juristas sagrados”. (MAUSS, 2000, p. 185)

Quando Maus diz que a figura paterna, fonte da formação do superego, é substituída por um pai que “diz” o direito constitucional (jurisdição constitucional) de forma inequívoca, se concretiza a infantilização. Surge o ativismo judicial da própria infantilização das comunidade que assistem os “dizeres” corretos e precisos do Judiciário.

Panorama semelhante se observa no Brasil atualmente sendo perceptível os caracteres e riscos do ativismo judicial, que praticado sob o discurso de omissões do Poder Legislativo e mazelas dos direitos sociais, reforça o quadro de supremacia e falta de controle social sobre o Judiciário.

A autora ressalta que essa mudança das expectativas de direito também seria respaldada pela própria estrutura legal que a ela se adequa, multiplicando-se expressões carregadas de teor moral como, “má fé”, “sem consciência”, censurável”. (MAUS, 2000)

Neste cenário se alicerça a confiança popular na justiça como instância moral, que surge como uma instituição neutra apta a resolver de modo imparcial os conflitos de interesse da sociedade.

A infantilização verificada na sociedade neste contexto, deriva do superego difuso por diretrizes sociais concernentes as questões da cidadania. Maus afirma que “mesmo quando a justiça – em todas as suas instâncias – decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vistas morais, pratica deste modo a ‘desqualificação’ da base social.” (MAUS, 2000, p. 201)

A autora alerta para o risco de perpetuação do Judiciário com superego da sociedade, arguindo que o “Tribunal Constitucional” acaba submetendo todas as instâncias inferiores às interpretações e princípios suprapositivos por ele afirmados, mas ele age desvinculado das regras constitucionais. (MAUS, 2000)

Os grandes riscos indicados pela autora em seu trabalho, se referem a aceitação social de uma prática judiciária quase religiosa, uma veneração popular da Justiça e os traços praticamente imperceptíveis deste superego constitucional, que coincidiria com “formações ‘naturais’ da consciência. Entretanto tal realidade esconde um decisionismo disfarçado:

[...]assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição (MAUS, 2000, p. 192)

Interessante observar que na conclusão do texto a autora apresenta ilações que se podem aplicar à realidade que se observa atualmente nas decisões judiciais do Brasil. Vejamos:

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. (MAUS, 2000, p. 202)

As reflexões de Ingeborg Maus sobre as atribuições avocadas pela Corte Constitucional de seu país em um época pós Segunda Guerra Mundial, servem de suporte crítico a uma análise do Judiciário brasileiro na atualidade, que vem diuturnamente se firmando como Corte Constitucional e não apenas como última instância recursal.

4 - CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL – O RISCO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal passaram a ganhar destaque público principalmente com a atuação no processo do “Mensalão”, escândalo de corrupção que ocorreu entre 2005 e 2006; até então, a Suprema Corte não era tão conhecida e comentada pela sociedade.

Com ampla divulgação pela mídia, o Supremo Tribunal Federal vem ganhando notoriedade em razão de sua atividade jurisdicional em casos polêmicos, que exigiram de seus membros um posicionamento concreto quanto à matéria discutida. Com essa notoriedade, as decisões prolatadas pelo STF passaram a ser acompanhadas pela sociedade, sendo analisadas criticamente por juristas e doutrinadores.

A Constituição Federal de 1988 tem muitas cláusulas abertas e isso vem permitido ao órgão julgador emitir suas decisões no afã de assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais e acompanhar a evolução social; mas com tal comportamento o STF extrapola os limites de sua competência invadindo função própria do Poder Legislativo, o que vem sendo midiaticamente acompanhado pela sociedade.

Alguns exemplos como o reconhecimento do direito a união estável homoafetiva, o onde o STF entendeu que um princípio de difícil definição — a dignidade humana — prevalecia sobre uma regra concreta — o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição que estabelece que a união estável se dá entre homem e mulher¹; e mais recentemente, a atuação no processo de *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff², levantaram a discussão sobre os limites de atuação do Poder Judiciário, notadamente em relação à observância do princípio da separação dos poderes.

As decisões ativistas que vem sendo proferidas pelo STF se encontram em dissonância com o princípio citado e por tal razão surge a indagação: Qual o impacto social decisões judiciais criativas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal trazem para o equilíbrio do Sistema Político Brasileiro face ao Princípio da Separação de Poderes, vez que exorbitam de sua esfera de competência,?

A atuação do Supremo Tribunal Federal tem provocado constantes e ferrenhas críticas às suas recentes decisões legiferantes, não somente para a casta jurídica, mas fomentam discussões sociais e inflamam o descrédito da população, situação esta que tem resultado em abalo ao sistema político brasileiro, principalmente porque, trata-se do órgão máximo do Poder Judiciário.

1 **ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno**

2 **ADPF 378 MC Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 17/12/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 08/03/2016**

Em momentos diversos, entretanto, o posicionamento adotado pela Suprema Corte cumpre direitos fundamentais dos quais o Poder Público tenta se eximir, sob s mais variadas formas omissivas, entre elas a mais frequentemtne alegada “reserva do possível”, que trata da falta de previsão orçamentária, onde se alega que os recursos públicos seriam insuficientes.

Em demanda desta natureza, a decisão monocrática na ADPF 453, de autoria do Min. Celso de Mello ressaltou que o Poder Público não pode arguir s reserva do possível para se imiscuir de qualquer obrigação na efetivação dos direitos fundamentais, tendo o Judiciário legitimidade para apreciar e julgar os casos concretos:

EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. considerações em torno da cláusula da "**reserva do possível**". necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Luiz Fux ao ser entrevistado sobre a atuação do STF ressaltou a omissão de enfrentamento de questões polêmicas por parte do legislativo, que, segundo ele, faz com que a Suprema Corte tenha que decidir:

Essas questões todas deveriam, realmente, ser resolvidas pelo Parlamento. Mas acontece uma questão muito singular. O Parlamento não quer pagar o preço social de decidir sobre o aborto, sobre a união homoafetiva e sobre outras questões que nos faltam capacidade institucional. (MARTINS, 2016)

Em razão destas situações se observa uma crescente judicialização de demandas sociais e não se questiona essa busca por cidadania; entretanto vivemos em um momento em que o Poder Judiciário vem se enclausurando em uma espécie de auto suficiência; seus membros ignoram a posição jurídico-científica, a doutrina e hoje o Direito não está mais nas obras doutrinárias, mas sim no que dizem os Tribunais.

A constatação destes fatos remete ao campo do subjetivismo, que se pode extrair no trabalho de Ingeborg Maus, quando ela se refere à tendência ao biografismo que advém de uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos. Este posicionamento advém da concepção de que uma decisão racional e justa tenha por premissa a formação da personalidade de juízes. (MAUS, 2000)

Lênio Streck adverte que estamos diante da filosofia da consciência ou paradigma da subjetividade, que envolve exatamente as questões relativas ao decisionismo, admissão do poder discricionário e ao ativismo. Streck teme que a decisão de uma demanda judicial não dependa mais daquilo que está positivado, mas sim, do que a consciência do juiz indicar, chamando isso de “motivação ideológica da sentença”. A decisão não pode ser o “produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo”. (STRECK, 2010, p. 23)

Nos dizeres de Maus, a atuação do Poder Judiciário tem sido semelhante a um parlamento ou última instância de definição de valores sociais. Segundo a autora, a Justiça passa a receber contornos de veneração religiosa, servindo de suporte para a solução de todos os problemas contemporâneos, no papel de superego da sociedade. Ocorre a ascensão da Justiça como última instância de consciência da sociedade, inexistindo fortalecimento equivalente de algum mecanismos de controle. (MAUS, 2000)

A discussão que permeia o papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil, está relacionada a ele ter se tornado uma espécie de terceira câmara legislativa especializada, cabendo a ele a última palavra e não ao parlamento.

O art. 2º da Constituição Federal de 1988 organizou o Estado Brasileiro dividindo suas três principais funções por órgãos distintos: Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem funcionar de forma independente, mas harmonicamente entre si. Esses poderes não devem se sobrepor uns aos outros, garantindo a estabilidade governamental do Estado e a prevalência da vontade popular. Neste cenário ao Poder Judiciário, que não tem representantes eleitos pelo povo, não é dado realizar alterações na Constituição.

A atuação esperada do Supremo Tribunal Federal, dentro do contexto político em que se enquadra deve ser de ordem técnica e imparcial, objetivando a

concretização dos direitos e garantias fundamentais e o respeito à Constituição, aplicando a vontade do legislador que é o legítimo representante da população.

Por certo não se espera uma atuação automática, robotizada, apenas subjugando o fato à norma, admitindo-se certo grau de discricionariedade nas decisões da Suprema Corte, mesmo porque o direito é constituído por regras e princípios, sendo que os princípios se consubstanciam em normas com alto grau de abstração e generalidade, assumem funções informativas, interpretativas e supletivas, operando como verdadeiro alicerce de determinado sistema (PUCCINELLI JUNIOR, 2012)

Outra questão preocupante reside no fato de que decisões ativistas frequentemente produzem uma “microjustiça”, que se subsume especificamente ao caso concreto, mas gera injustiças no sistema como um todo. Exemplo disto são as determinações judiciais para que o SUS cubra medicamentos, tratamento e internações. Tal determinação pode ajudar o autor da ação, mas compromete as verbas estatais para área, que já são limitadas.

Percebe-se que o ativismo judicial constitui um risco social, isto porque, se em algumas circunstância traz resultados pontuais à população, motivados pela dificuldade do Legislativo em atender os anseios da sociedade, por outro, se apresenta como risco ao sistema político vigente – a legitimidade democrática. A redução deste risco somente ocorre quando os membros do Poder Judiciário cumprem o papel de aplicar a Constituição, garantindo a efetivação dos direitos nela instituídos.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2012)

O empoderamento da Justiça acaba por usurpar função própria do legislador e com isso rompe o ideal de democracia, gerando uma degeneração do sistema político e instituindo uma ditadura, que se fortalece pela ausência de controle sobre o Poder Judiciário.

Paralelamente, o Brasil vive uma crise onde os órgãos responsáveis pela criação e execução das normas estão desacreditados. A crise de representatividade é real e se alimenta dos frequentes escândalos de corrupção no Poder Legislativo, que alimentam descrédito dos representantes da população.

Diante da realidade brasileira de crise política e de representatividade, o ativismo judicial, observado na resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação é extremamente pernicioso e deveria ser evitado.

Decisões Judiciais deveriam ser condizentes com o que instituiu o legislador, não sendo a omissão ou morosidade deste, pretexto para a criação de textos normativos em dissonância com o mandamento legal. Entretanto, o STF parece constantemente alargar suas competências institucionais, processo que representaria, à exemplo que foi relatado por Ingeborg Maus uma forma de centralização e aumento de poder. (MAUS, 2000)

Luís Roberto Barroso assim se pronuncia:

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, 2012)

Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente como Corte Suprema brasileira e guardião da Constituição, que na condição de garantidor dos direitos fundamentais em última instância, venha a atuar com a devida parcimônia e cautela ao decidir. Suas decisões alcançam repercussão em toda sociedade; portanto deve acautelar-se em decisões ativistas e legiferantes, para que estas não proliferem consolidando o Poder Judiciário como o superego da sociedade e elas se tornem regra em nosso sistema político, já que constituem um risco ao Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÕES

É preceito fundamental da República Federativa do Brasil como Estado Democrático a separação de poderes, onde todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos. Assim, como enfocado neste artigo os poderes não podem estar concentrado nas mãos de um só órgão, mas sim divididos em competências, em razão do risco de se corromper o sistema político.

A prática do ativismo judicial pelo Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal rompe o Estado Democrático de Direito sendo incompatível com a forma de governo brasileira evidenciando afronta ao princípio da Separação de Poderes expresso no artigo 2^a da Constituição Federal.

Importante se ponderar que o Estado Democrático de Direito é uma conquista e a lei se consubstancia como um verdadeiro recurso da resistência judicial contra a arbitrariedade ordenada politicamente. Com o ativismo judicial onde o juiz ou Tribunal decidem em qual matéria e de qual forma se faz uso do direito escrito, encontrando fundamentação teórica para essa autossuficiência judicial, o risco é o desencadeamento de uma a totalização da justiça.

As reflexões contidas no texto de referência de Ingeborg Maus sobre as atribuições que a Corte Constitucional de seu país avocou para si em dado momento histórico pós Segunda Guerra mundial, são as premissas críticas para a análise de nosso Judiciário atual, notadamente o STF, que adotando comportamento semelhante traduz-se no superego da sociedade órfã, que busca nele solucionar rodas s mazelas sociais.

Mesmo propostas contrárias ao ativismo como é o caso da autocontenção judicial, não se mostram suficientes a solucionar o problema do empoderamento que se vislumbra do Poder Judiciário atualmente, por não haver como se estabelecer limites interpretativos que permitam distinguir com precisão o que é discricionariedade, do que é ativismo ou passivismo judicial.

Neste cenário, o ativismo do Poder Judiciário traz um impacto negativo ao sistema político adotado pelo Estado brasileiro. O empoderamento do Poder Judiciário, criticado por Ingeborg Maus, assumindo a condição do superego da sociedade, como posição soberana de natureza objetiva da moral social, tende a se tornar abusivo e pode motivar a degeneração do sistema político e promover o caos social.

É preciso se conter o fascínio que pode envolver tantos os juízes como a sociedade de achar que um Poder Judiciário que se imiscua em solucionar todas as mazelas sociais da nação, seria o caminho para assegurar o cumprimento das garantias dos direito fundamentais, quando em verdade isso pode significar um empoderamento sem limites, postura a qual talvez não se consiga posteriormente combater. Permitir que o judiciário decida a partir de pontos de vista morais é pratica que ocasiona a desqualificação da base social fazendo o Poder Judiciário assumir a posição e superego da sociedade.

REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antonio García. **Derechos y pretextos. Elementos de crítica ao neoconstitucionalismo.** In Carbonell, Miguel (ed.), **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 334 pp. Disponível em > <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n23/n23a14.pdf> acesso 22 julho 20018

BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 julho 2018.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2ª Tiragem. Lumen Juris. 2017

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade.** Disponível em https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20soltas.pdf acesso 24 julho 2018

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 24 julho 2018

_____. **STF- Ativismo sem precedentes?** <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>. Acesso 24 julho 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e pressuposto.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MAUS,, Ingebor. **JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE O PAPEL DA ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL NA "SOCIEDADE ÓRFÃ".** Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law Review. V. 73, set. 2002. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ucollr73&div=36&id=&page=> Acesso 23 julho 2018

MARTINS, Kamila Mendes. **Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654j3klj3ricw3gxexjn4>

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STF **ADPF** **45>**
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae> acesso 26 julho 2018

STF **ADPF** **378>**
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+378%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+378%2EACMS%2E%29&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/jcbgtsz>

STF **ADI** **4277>**
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu> acesso 26 julho 2018

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2010

VITÓRIO, T. B. da S. C. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.