

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo consiste em verificar o papel do Poder Judiciário na jurisdição constitucional com a finalidade de compreender a legitimidade da prática ativista, para, em um contexto crítico-analítico, ponderar sobre os parâmetros de autocontenção judicial.

A jurisdição constitucional teve um avanço significativo no país nos últimos anos com o advento do texto constitucional de 1988 no tocante à efetividade políticas públicas, abarcando-se tantos os direitos fundamentais quanto os direitos sociais. Essas áreas, antes relegadas aos Poderes Executivos e Legislativos, vem exigindo do Poder Judiciário o exercício de um papel ativista, o que importa em diversas discussões acerca da legitimidade ou não de sua atuação.

Esse fenômeno do ativismo judicial contrasta com a democracia, com a teoria da separação de poderes e com o princípio majoritário, considerando a concessão de poderes em excesso ao Poder Judiciário, instituição que não possui representatividade política. Em contraponto existem as omissões legislativas e executivas no que tange à implementação de políticas públicas.

Essas vicissitudes ocorridas na esfera dos três poderes ensejaram o efeito da judicialização, que abre caminhos para o ativismo judicial. Esses institutos promovem alterações significativas na forma de interpretação do texto constitucional e no modo de participação da sociedade. Contudo, ora apresentam efeitos positivos, ora apresentam efeitos negativos. Desse modo, a delimitação de contornos objetivos, racionais e ponderáveis nas decisões jurisdicionais nos casos de judicialização tende a evitar o protagonismo judicial exacerbado e a eficácia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, expor-se-á acerca da jurisdição constitucional à luz do ativismo judicial e seus parâmetros, ponderando-se sobre critérios basilares e democráticos da atuação jurisdicional.

2. OBJETIVOS

O presente estudo possui como objetivo geral examinar o papel do Poder Judiciário na jurisdição constitucional para se ponderar em quais parâmetros a autocontenção judicial deve se basear.

Os objetivos específicos são: 1) Delineação da jurisdição constitucional à luz dificuldade contramajoritária; 2) Explicitar a temática do ativismo judicial e sua correlação com a judicialização, de modo a apresentar delineamentos e parâmetros de aplicabilidade do instituto; 3) Questionar e viabilizar eventuais mecanismos para a autocontenção judicial.

3. MARCO TEÓRICO

A revisitação do estado da arte pauta-se na teoria da jurisdição constitucional como mecanismo de análise da dificuldade contramajoritária e os efeitos práticos desse fenômeno à luz da teoria da judicialização de políticas públicas e as práticas do ativismo nas esferas do Poder Judiciário.

4. DISCUSSÃO E RESULTADOS

4.1 A jurisdição constitucional e a dificuldade contramajoritária

A jurisdição constitucional constitui uma forma de interpretação e aplicação do texto constitucional por órgãos judiciais. Prevalcia outrora um entendimento de que a Constituição, como um manifesto político, seria a base de criação para o Poder Legislativo. Contudo, não se trataria de norma jurídica em si, garantidora, que pudesse ser objeto do Judiciário na apreciação de um caso.

Na Europa, a maioria dos países não contava com mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, visto que ele era concebido como antidemocrático por não advir de representantes eleitos pelo povo. Nos Estados Unidos, ao revés, vigorava a concepção de que o controle judicial constituiria um mecanismo de limite ao próprio legislador.

Com o precedente do caso *Marbury VS Madison* (Juiz John Marshall), os Estados Unidos, em suas Constituição marca o início da época do constitucionalismo, ou seja, da concepção de supremacia das leis constitucionais em relação às leis ordinárias e do dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à constituição. Na Europa, esse cenário modificou-se após a Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis adveio com o Decreto 848/1890 (BRASIL, 1890), quando, por influência de Rui Barbosa se adotou o *judicial review*. A partir da Emenda Constitucional 16/1965, o modelo tornou-se mais complexo, com a adoção do controle de constitucionalidade concentrado, inspirado no modelo austríaco de Hans Kelsen.

Todavia, seu uso era restrito, haja vista que o legitimado a propor a ação era o Procurador-Geral da República, cuja nomeação era livre por parte do Presidente da República. Com a Constituição de 1988 (BRASIL, 2016), o rol de legitimados para proposição de ações pautadas em controle abstrato aumentou e também as modalidades dessas ações.

O texto constitucional garantista aliada a uma maior consciência da sociedade de seus direitos e o fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente pós-emenda de n. 45 (BRASIL, 2016) e fatores históricos ensejaram uma mudança na cultura jurídica brasileira, de modo que os princípios passaram a ser normas jurídicas de caráter vinculatório de modo a exercer uma influência nos julgados, relevando o papel da jurisdição constitucional no país.

A jurisdição constitucional compreende duas acepções. A primeira reflete a aplicação direta da Constituição nas situações nela observadas ao passo que a segunda ocorre na aplicação indireta da Constituição, mais especificamente quando o intérprete a utiliza como critério de aferição de validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela melhor sentido (interpretação conforme a Constituição). (BARROSO, 2012).

Com esse viés, os julgados passaram a se embasar cada vez mais em princípios e não se aplicando eventuais normas que dissessem respeito ao caso concreto, ensejando o ativismo jurisdicional, o que suscitou o tema da dificuldade contramajoritária no país, até então pouco mencionada.

Essa discussão da jurisdição constitucional tende a oscilar conforme a orientação política adotada pelo tribunal. E, no Brasil, ela possui grande relevo e cada vez ganha mais. É que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade está expressamente previsto na Carta Magna, de modo que a emblemática não reside na adoção ou rejeição do instituto, mas sim sobre o modo e a intensidade com que os juízes e os tribunais deverão empregá-lo, se de forma mais ousada e ativista, ou de forma mais simplória, como aquelas realizadas pelos poderes políticos. Nesse sentido, passa-se a analisar o ativismo judicial e parâmetros de autocontenção da atuação jurisdicional.

4.2 Ativismo judicial: explicitações e parâmetros de aplicabilidade

O ativismo pauta-se em um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição que não foram levadas em consideração nem pelo constituinte nem pelo legislador. Trata-se de um termo ambíguo usado historicamente para caracterizar o perfil de determinados juízes norte americanos como ativistas ou não, no sentido de “combater” as omissões legislativas em

decisões de cunho político liberal. Em outra conotação (usado em sentido vazio), também é utilizado para caracterizar a desaprovação de uma determinada decisão judicial.

A emblemática em se identificar o ativismo judicial advém da dificuldade em se aferir o parâmetro de interpretação constitucional, já que para se considerar ativismo parte-se de:

(...) uma controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade - consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo - que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão Jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder. (VALLE, 2009, p. 21).

Embora o ativismo esteja ligado à judicialização, dela difere na medida em que ela reside em questões relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final. Trata-se daquelas atividades tipicamente preponderantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transferidas ao Poder Judiciário.

Com isso, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, conquanto com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes. Eles se tornam personagens centrais na resolução de relevantes conflitos morais e políticos cujos efeitos de suas decisões acabam por impactar no sistema político. Nesse sentido, ainda que não integrem-no, constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam da formação da vontade política predominante.

Ressalte-se, contudo, que a posição de ativista ou não, nem sempre depende de uma escolha deliberada dos tribunais e magistrados, já que, diante da submissão de demandas, pelos atores políticos e/ou sociais, eles devem decidir sobre conflitos cruciais hodiernos. Esses fatores externos propiciados pela judicialização da política cria ocasiões oportunas para o exercício do ativismo judicial, que dependerá do comportamento do juiz.

Decisões meramente principiológicas e sem embasamento legal, quando o caso concreto possui, podem levar a sentenças subjetivas advindas de vontades ocasionais. Nesse sentido, corre-se o risco de decisões sem vínculo aos textos legais tornarem-se precedentes (sobretudo na ótica do Novo Código de Processo Civil), o que corresponderia a negação de valores essenciais do Estado de Direito.

Nesse contexto, tem-se que a jurisdição constitucional constitui um elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Contudo, ela não pode ser o artefato viabilizador de políticas públicas. Ela coexiste como espaço de legitimação discursiva de ambos os poderes, funcionando como complemento, como mecanismo de proteção e promoção dos direitos fundamentais, resguardando-se as regras do jogo democrático.

Assim, o judiciário deve agir em defesa dos preceitos essenciais da Constituição sob um viés democrático. Os tribunais e magistrados deveriam atuar, pois, não como verdadeiros atores políticos, mas como intérpretes jurídico-políticos, de forma a se desenvolver entendimentos ponderados, cujo equilíbrio das funções judiciais e políticas fossem visíveis em sentenças e acórdãos.

5. METODOLOGIA

A presente pesquisa pauta-se no método dogmático jurídico, por meio do qual analisa-se as implicações do ativismo judicial na jurisdição constitucional. A metodologia empregada foi dedutiva-indutiva, partindo-se da concepção macro da jurisdição constitucional para uma compreensão específica do ativismo judicial.

Por meio da pesquisa bibliográfica foi possível construir análises temáticas, teóricas e críticas a despeito do ativismo judicial para, então apresentar mecanismos plausíveis para a autocontenção judicial.

6. CONCLUSÃO

A ascensão institucional do Poder Judiciário constitui característica essencial do constitucionalismo contemporâneo. Visualiza-se esse fenômeno na jurisdição constitucional, na judicialização de políticas e no próprio ativismo judicial. Essa expansão da jurisdição constitucional introduz uma ideia de singularidade e contemporaneidade no Direito Brasileiro, contudo, na verdade, ela advém de um longo período histórico cuja visibilidade é evidenciada de forma mais contundente no contexto brasileiro hodierno ante a ausência de representatividade dos poderes Executivo e Legislativo.

Nesse cenário, o Poder Judiciário vem intervindo como viabilizador máximo de políticas públicas, garantindo-se direitos fundamentais e sociais à população. O problema dessa situação reside no fato de juízes e tribunais se transformarem em uma instância hegemônica, como protagonistas únicos de políticas públicas, com o conseqüente desvirtuamento de suas ações institucionais e balizamento do debate público.

Por certo que esse exercício do papel contramajoritário tradicional, cuja função é eminentemente representativa, adveio das omissões dos agentes na condução do processo político majoritário. Contudo, a pretensão irrestrita de separação do Direito em relação à Política é inconcebível. Isso porque os pontos de interseção que perpassam entre ambos

promovem inúmeros problemas cujas soluções nem sempre estarão positivadas, de modo que deverão ser construídas argumentativamente por magistrados e tribunais. Nesse viés, há que se ater que o subjetivismo dos juízes constituirá a base de suas decisões, o que pode vir a comprometer todo o desencadeamento lógico do processo.

Desse modo, torna-se imprescindível a autocontenção judicial, estabelecida por meio de parâmetros que evitem a demasiada politização do Judiciário, bem como uma desmedida judicialização do fenômeno político. Deve-se buscar critérios intermediários no modelo judicialista, reconhecendo o papel desempenhado pelo Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, valorar o constitucionalismo exercido nos parlamentos e na sociedade. A observância dessas percepções constituirá o alicerce de legitimidade da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.–Organiza a Justiça Federal. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 25 nov. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale (1989). 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.

SARMENTO, Daniel (org.). Jurisdição constitucional e política. IN: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 35-72.

VALLE, Vanice Regina Lírio do, **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009.