II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES E POSSIBILIDADES.

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND JUDICIAL ACTIVISM: LIMITS AND POSSIBILITIES.

Delano Sobral

Resumo

O artigo analisa os efeitos do crescimento do papel do Poder Judiciário, deixando de exercer um papel contra-majoritário, passando a ser protagonista de decisões politicas importantes. O mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais. Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política. É neste contexto que pretendemos abordar os fenômenos do ativismo judicial e a judicialização da política, para ao final lançar alguns limites e possibilidades aos dois fenômenos contemporâneos.

Palavras-chave: Direito constitucional, Ativismo judicial, Judicialização da política

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the effects of the growth of the role of the Judiciary, failing to play a counter-major role and becoming the protagonist of important political decisions. The world witnessed a profound transfer of power from representative institutions to domestic and supranational courts. One of the main manifestations of this trend has been the judicialization of politics. It is in this context that we intend to approach the phenomena of judicial activism and the judicialization of politics, in order to throw some limits and possibilities to the two contemporary phenomena.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Judicial activism, Judicialization of politics

Introdução

Do sublime ao ridículo tudo se judicializou no Brasil e no mundo. Com o pós-guerra, os juristas europeus passaram por uma profunda crise de identidade, surgindo uma nova concepção, com o repaginado pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Essa concepção, ao contrário do que possa parecer, não abre mão do direito positivo. Temos assim, a positivação constitucional de valores éticos, a aproximação do direito à moral, o direito à ética, a crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico, a crença normativa da Constituição e o compromisso com a dignidade da pessoa humana, eixo central do movimento.

No Brasil, esse processo demorou um pouco mais, apenas com a redemocratização e a Constituição de 1988 que tivemos pleno fôlego a tais ideais. O mundo se deu conta de que um Poder Judiciário forte e independente se constitui em importante instrumento de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais.

Nas últimas décadas, o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais. Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política.

É neste contexto que pretendemos abordar os fenômenos do ativismo judicial e a judicialização da política, para ao final lançar alguns limites e possibilidades aos dois fenômenos contemporâneos.

1. As relações entre direito e política.

Em síntese apertada, na política vigoram a soberania popular e o governo da maioria. Nela se discutem a alocação prioritária dos recursos públicos e a tempo e modo como serão implementados determinados direitos, especialmente os sociais que, regra geral, necessitam de prestações positivas do Estado. Já no direito vigoram a supremacia da lei e o respeito aos direitos fundamentais.

Tanto Hannah Arendt, como Ford e Focault consideram a política como espaço público no qual são deliberadas e decididas as ações concernentes a coletividade, de maneira que a política determina as formas da sociabilidade e das sociedades existentes capilarmente no interior na sociedade, segundo na sociedade se definam a forma do poder e o exercício do governo.

Assim a política é a criação de instituições sociais múltiplas, nas quais uma sociedade se representa a si mesma, transformando-se temporalmente, ou seja, a política não só é instituição do social, mas é também ação histórica.

Com efeito para Arendt, o poder político resulta de um consenso público; para Focualt o poder político é um conjunto de operações, mecanismos e instituições, que se espalham por toda a sociedade; para Leford, o poder político é simbólico, é o polo de referência no qual uma sociedade dividida em classes busca a imagem de sua unidade, realizando o trabalho dos conflitos que a dividem. Portanto, política é palavra polissêmica que mereceria um pacto semântico prévio.

O pacto semântico, em geral, não é explícito, até porque a imensa maioria das palavras não gera dúvida de compreensão. Há, porém, determinadas situações em que se torna importante esclarecer o uso de algumas expressões, sobretudo para evitar que palavras polissêmicas sejam usadas para se referir a fenômenos diferentes em um determinado contexto comunicacional.

No direito, cuja gramática está repleta de palavras ambíguas e com forte carga valorativa, a confusão linguística costuma ser constante. Por isso, o pacto semântico deveria ser uma atividade permanente e explícita, exercitado antes mesmo do debate de fundo prosseguir. Infelizmente, não é assim que ocorre. Em geral, os juristas assumem uma postura de arrogância semântica, desenvolvendo conceitos com pretensões de serem os únicos verdadeiros e chamando de equivocados todos os usos diferentes daquela expressão que ele arbitrariamente se apropriou. E o pior é que nem sempre há um esclarecimento preciso sobre o uso daquela palavra, como se todos estivessem de acordo com os pressupostos linguísticos e teóricos assumidos implicitamente pelo interlocutor.

Marilena Chauí nos traz um paradoxo da política e nos leva a creditar várias acepções para a palavra política. Essas palavras polissêmicas geram problemas futuros especialmente quando formos estudar a judicialização da política, seus desdobramentos e limites. Não é raro ouvirmos dizer que “lugar de estudante é na sala de aula e não na rua, fazendo passeata” ou “estudante estuda, não faz política”, ensina a autora. Mas também ouvimos o contrário, quando alguém diz que “os estudantes estão alienados, não se interessam por política”. No primeiro caso, considera-se a política uma atividade própria de certas pessoas encarregadas de fazê-la – os políticos profissionais -, enquanto

no segundo caso, considera-se a política um interesse e mesmo uma obrigação de todos.[1]

Assim, um primeiro paradoxo da política faz aqui sua aparição: é ela uma atividade específica de alguns profissionais da sociedade ou concerne a todos nós, porque vivemos em sociedade? Como se observa, usamos a palavra política ora para significar uma atividade específica – o governo -, realizada por certo tipo de profissional – o político -, ora para significar uma ação coletiva – o movimento estudantil nas ruas no exemplo citado ou mais recentemente o movimento nacional dos caminhoneiros – de reivindicação de alguma coisa, feita por membros da sociedade e dirigida aos governos ou ao Estado. Afinal, a política é uma profissão entre outras ou é uma ação que todos os indivíduos realizam quando se relacionam com o poder? A política se refere às atividades de governo ou a toda ação social que tenha como alvo ou como interlocutor o governo ou o Estado? No entanto, podemos usar a palavra política ainda noutro sentido.

Frequentemente, encontramos expressões como "política universitária", "política do hospital", "política da empresa", "política sindical". Nesse conjunto de expressões, já não encontramos a referência ao governo nem a profissionais da política. "Política universitária" e "política da escola" referem-se à maneira como uma instituição de ensino (pública ou privada) define sua direção e o modo de participação ou não de professores e estudantes em sua gestão, ao modo como os recursos serão empregados, ao currículo, às formas de avaliação dos alunos e professores, ao tipo de pessoa que será recebida como estudante ou como docente, à carreira dos docentes, aos salários, e, se a instituição for privada, ao custo das mensalidades e matrículas. Em sentido próximo a esse se fala de "política do hospital". Já "política da empresa" refere-se ao modo de organização e divisão de poderes relativos aos investimentos e aos lucros de uma empresa, à distribuição dos serviços, à divisão do trabalho, às decisões sobre a produção e a distribuição dos produtos, às relações com as outras empresas, etc.[2]

Usamos "política" para nos referirmos a uma atividade que exige formas organizadas de gestão institucional e, no segundo caso (gestão e organização de instituições), usamos "política" para nos referirmos ao fato de que organizar e gerir uma instituição envolve questões de poder. Em resumo: Política diz respeito a tudo quanto envolva relações de poder ou a tudo quanto envolva organização e administração de grupos. O crescimento das atribuições conferidas aos governos, sob a forma do Estado,

---

[1] CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**, p. 474
[2] **Ibid.**, p. 474-475.

levou a uma ampliação do campo das atividades políticas, que passaram a abranger questões administrativas e organizacionais, decisões econômicas e serviços sociais. Essa ampliação acabou levando a um uso generalizado da palavra política para referir-se a toda modalidade de direção de grupos sociais que envolva poder, administração e organização. Assim conclui a autora:

> "As pessoas que, desgostosas e decepcionadas, não querem ouvir falar em política, recusam-se a participar de atividades sociais que possam ter finalidade ou cunho políticos, afastam-se de tudo quanto lembre atividades políticas, mesmo tais pessoas, com seu isolamento e sua recusa, estão fazendo política, pois estão deixando que as coisas fiquem como estão e, portanto, que a política existente continue tal qual é. A apatia social é, pois, uma forma passiva de fazer política".[3]

2. Diferenças entre ativismo judicial e judicialização da política.

O Poder Judiciário, que até então exercia um papel contramajoritário, por meio da jurisdição constitucional, passa a ser protagonista de decisões, cuja arena de debate não era genuinamente sua. Discussões como a efetivação de direitos constitucionais sociais, que demandariam a formulação de políticas públicas, cuja arena de debate deveria ser deliberada, no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, passam a ter sede decisória pelo Poder Judiciário, diante da inércia daqueles poderes. Particularmente, aqui no Brasil, diferentemente de Portugal e Espanha não se discute a legitimidade do Judiciário em implementar referidos direitos sociais, tendo a doutrina pátria aceitado amplamente tal postura.

A judicialização na política, segundo o cientista político estadunidense Chester Neal Tate, "é o fenômeno que significa o deslocamento do polo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário".

Há, portanto, uma diferença gritante entre judicialização da política e ativismo judicial. Segundo o mestre do direito administrativo José dos Santos Carvalho Filho, "em ambos os casos, há aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se estar diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo".

Para o ministro do STF Luis Roberto Barroso:

> "a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo

[3] CHAUÍ, Marilena. **Cultura e Democracia**. p. 348

> constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais."[4]

Ao nosso sentir quem melhor explica a judicialização da política é o autor canadense Ran Hirschl. Em dois artigos primorosos o autor explica o fenômeno recente. Em síntese o autor nos mostra três acepções:

> "Judicialização da política é um termo "guarda-chuva", comumente usado para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados.
>
> Num primeiro sentido, de forma mais abstrata, a judicialização da política se refere à disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas (...)
>
> O segundo, e mais concreto, aspecto da judicialização da política é a expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado (separação de poderes, federalismo). A cada semana, alguma corte suprema em algum lugar do mundo anuncia uma decisão importante sobre o escopo da proteção a direitos constitucionais ou sobre os limites dos poderes Legislativo e Executivo (...)
>
> Uma terceira classe emergente de judicialização da política é o emprego de tribunais e juízes para lidar com o que podemos chamar de "megapolítica": controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras. A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional". [5]

O resultado tem sido a transformação de cortes supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas, ao que o autor descreve esse processo como uma transição para a juristocracia, termo empregado pela doutrina para descrever o fenômeno da expansão dos poderes do STF e o crescente protagonismo jurídico social e político de seus juízes, decorrente da ampliação da área de abrangência da jurisdição constitucional em detrimento do campo de atuação dos outros órgãos do Estado, implicando uma transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário.

---

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, p. 06.
[5] HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**, p. 142.

3. Judicialização da política: limites e possibilidades

Com o agigantamento do Poder Judiciário, instado a atuar em diversas searas dantes áridas e intocáveis passamos a ter Cortes Constitucionais protagonistas de decisões aceitas pela comunidade acadêmica, a saber: tribunais tornaram-se as últimas instâncias decisórias em disputas sobre resultados eleitorais nacionais, tais como a eleição norte-americana de George Bush versus Al Gore em 2000. Apenas na última década, tribunais constitucionais em mais de 25 países foram chamados para determinar o futuro político de líderes políticos importantes por meio de processos de *impeachment* ou de desqualificação. Enquanto a Corte Constitucional Russa, por exemplo, impôs um limite constitucional à tentativa de terceiro mandato do presidente Boris Yeltsin, a Suprema Corte colombiana aprovou recentemente a constitucionalidade de uma emenda que removeu da Constituição a proibição de reeleição de oficiais governamentais, permitindo assim ao presidente Álvaro Uribe se candidatar e ser reeleito para um segundo mandato, assim como ocorreu recentemente na Venezuela.

O financiamento de campanhas eleitorais já foi também julgado pelas cortes constitucionais, a corroboração da mudança de regimes e sistemas de governo, assim como a guerra, cotas raciais e sociais, pesquisas com células tronco, reprodução assistida, união estável e casamento homoafetivos, efetivação de direitos sociais, tudo já foi submetido ao Judiciário.

E isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada dessas cruciais decisões. Para resumir, e parafraseando a observação de Alexis de Tocqueville no século XIX sobre os Estados Unidos, não há no mundo do novo constitucionalismo quase nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial[6].

Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz ou para não dizer em certos casos, conveniente, de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam, a exemplo do que ocorreu no Brasil, com a união estável e o casamento homoafetivo, matérias tormentosas que certamente afugentam bancadas conservadoras de políticos que dependem de votos e aceitação popular para se (re)elegerem.

---

[6] TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in American**.

Assim, entendemos como Barroso, quando trata dos riscos da politização da Justiça e da ditadura do Judiciário, defende que em algum sentido os juízes exercem um papel político, porém direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas[7].

Onde estaria a legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular? Teríamos duas justificativas: uma normativa e outra filosófica. A justificativa normativa decorre da própria Constituição. Nosso texto constitucional atribui esse poder e papel ao Judiciário. A jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Já a justificativa filosófica decorre do Estado Constitucional Democrático e este é produto de duas ideias: o constitucionalismo como governo limitado e o respeito aos direitos fundamentais. Segundo Canotilho:

> "o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo"[8].

Ao explicarmos a visão de Hirschl sobre judicialização da megapolítica e mesmo que não se concorde com a ideia de que tudo é política, precisamos reconhecer que pelo menos algumas decisões podem ser compreendidas em um contexto mais amplo de luta pelo poder, sobretudo quando o que está em análise são decisões judiciais que interferem no sistema político. Poderemos encontrar várias situações em que a roupagem jurídica encobre finalidades ou pretensões de estratégia política, mesmo quando o foco do debate seja a interpretação de textos constitucionais. E neste contexto, posições voluntaristas de juízes devem ser evitadas, por se constituírem em claro excesso institucional.

O caso do Habeas Corpus-HC de Lula, com certeza, é um caso que se encaixa com precisão no conceito de judicialização da megapolítica e vale a pena tentar enxergá-lo em um contexto mais amplo. Primeiro, porque Lula é o líder da esquerda política no Brasil há pelo menos quatro décadas e governou o Brasil por dois mandatos, sem falar na sua influência durante o período do governo Dilma. Segundo, porque era (ou ainda é) o principal candidato das esquerdas para a próxima eleição presidencial, liderando as pesquisas de voto, talvez o único representante da esquerda com reais chances de ser eleito. Terceiro, porque a decisão do HC de Lula tem reflexos sobre o futuro da Operação Lava-Jato, que é uma operação com elevados impactos políticos,

---

[7] BARROSO, **op. cit.**, p.14.
[8] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** p.51.

inclusive sobre o atual Presidente da República, seus aliados diretos e vários membros da elite política e econômica do Brasil.

Há muito em jogo na tese da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. Logo, a decisão do HC teve e tem um peso político elevadíssimo. O cerne do debate, em torno do julgado reside no fato de que a Constituição assegura a todos os acusados o princípio da presunção de inocência, estampado no art. 5º, inc. LVII "ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"[9].

Toda pessoa humana tem o direito de ser presumida inocente. Esse é um princípio fundamental de direito, expressamente referido no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU em 1948. A partir daí esse princípio foi sendo incorporado ao sistema jurídico dos Estados, tendo hoje acolhida praticamente universal.

Por outro lado, a presunção de inocência é relativa em vários ordenamentos jurídicos de países democráticos, como Portugal, Espanha, Alemanha. Sabido e ressabido que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, onde até mesmo direitos vitais e básicos como a vida podem ser relativizados.

Alexandre de Moraes, em seu voto, assinalou sobre este princípio que "não pode ser interpretado de maneira isolada e prioritária, sendo necessária análise em confronto com outros princípios constitucionais", citando o princípio da tutela penal efetiva, ao final arrematou "não cabe ao STJ ou STF analisar prova, matéria fática. O tribunal de segunda instância que faz isso. Inverter essa lógica do sistema penal segundo a Constituição parece ilógico"[10].

Segundo, o ministro a presunção de inocência vai se perdendo, em graus de culpabilidade, de acordo com o status do cidadão, quando este passa de investigado para indiciado, quando o indiciado passa a ser condenado em 1ª instância, quando lhe fora oportunizado ampla defesa e contraditório na instrução processual, quando em 2ª instância recorre, revisitando provas, rebatendo matérias de fato e de direito, sendo novamente dado ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Como os Tribunais Superiores não revisitam provas, mas apenas julgam a demanda já estabilizada, para o ministro não haveria afronta à cláusula pétrea, a execução provisória da pena após a condenação perante o STJ. Aliás, esse foi o entendimento do ministro Gilmar Mendes em julgado de 2009.

---

[9] BRASIL. Constituição (1988).
[10] HC 152.752 Paraná, rel. min. Alexandre de Moraes, DJU, 04 abr. 2018.

Surge assim, uma celeuma jurídica: poderia uma garantia individual/cláusula pétrea ser interpretada para ser mitigada e relativizada ou esta não deveria ser interpretada restritivamente? Não estaria a Suprema Corte brasileira violando dispositivo literal da Constituição? Ou estaria a Corte utilizando-se da técnica da ponderação no conflito dessa garantia constitucional com outros direitos fundamentais?

Outra situação que nos parece nítida judicialização da megapolítica, acontece quando o STF condena um parlamentar federal e decide que ele deverá perder o cargo independente de deliberação da casa parlamentar ao qual o político pertença. Haveria a perda automática do mandato ou isso ainda dependeria de uma deliberação (decisão) da Câmara ou do Senado, respectivamente? A condenação criminal transitada em julgado é suficiente, por si só, para acarretar a perda automática do mandato eletivo de Deputado Federal ou de Senador?

Existem três correntes principais a respeito do tema. Na primeira delas, mesmo com a condenação criminal, quem decide se haverá a perda do mandato é a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal; a regra do art. 15, III, da CF/88 não se aplica a Deputados Federais e Senadores, pois no caso desses parlamentares há uma norma específica que excepciona a regra geral. trata-se do art. 55, VI e § 2º da CF/88, que afirma expressamente que a perda do cargo é decidida pela respectiva Casa legislativa.

Para uma segunda corrente, se o STF condenar o parlamentar e determinar a perda do mandato, a Câmara ou o Senado não mais irá decidir nada e deverá apenas formalizar (cumprir) a perda que já foi decretada. Neste caso o § 2º do art. 55 da CF/88 não precisa ser aplicado em todos os casos nos quais o deputado ou senador tenha sido condenado criminalmente, mas apenas nas hipóteses em que a decisão condenatória não tenha decretado a perda do mandato parlamentar por não estarem presentes os requisitos legais do art. 92, I, do CP ou se foi proferida anteriormente à expedição do diploma, com o trânsito em julgado em momento posterior.

Em outras palavras, se na decisão condenatória o STF não determinou a perda do mandato eletivo, nos termos do art. 92, I, do CP*:* a perda do mandato somente poderá ocorrer se a maioria absoluta da Câmara ou do Senado assim votar (aplica-se o art. 55, § 2º da CF/88). Se na decisão condenatória o STF determinou a perda do mandato eletivo, nos termos do art. 92, I, do CP*:* a perda do mandato ocorrerá sem necessidade de votação pela Câmara ou Senado (não se aplica o art. 55, § 2º).

O procedimento estabelecido no art. 55 da CF disciplina circunstâncias em que a perda de mandato eletivo parlamentar pode ser decretada com base em juízo político.

No entanto, esse procedimento não é aplicável quando a aludida perda foi determinada em decisão do Poder Judiciário como efeito irreversível da sentença condenatória. Em outras palavras, se o STF determinou a perda do cargo, a Casa Legislativa deverá simplesmente cumprir a decisão. Caso o STF não tenha determinado a perda do cargo, mesmo assim a Casa Legislativa pode entender que não é correto manter um deputado ou senador com mandato quando ele tiver sido condenado e decidir pela perda do cargo, com base no art. 55, § 2º, da CF/88.

Logo, para esta segunda corrente, quando o deputado federal ou o senador for condenado criminalmente, com sentença judicial transitada em julgado, o STF poderá determinar a perda do mandato eletivo, nos termos do art. 92, I, do CP. Nessa hipótese, não será necessária votação pela respectiva Casa (não se aplica o art. 55, § 2º da CF/88). A condenação já tem o condão de acarretar a perda do mandato. O STF já adotou esta corrente no julgamento do "Mensalão" (AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 10 e 13/12/2012) (Info 692). No entanto, não representa mais o entendimento da Corte. A composição dos Ministros da época já foi bastante modificada.

Para a terceira corrente, depende de algumas circunstâncias. Caso o deputado ou senador seja condenado a mais de 120 dias em regime fechado: a perda do cargo será uma consequência lógica da condenação, neste caso caberá à Mesa da Câmara ou do Senado apenas declarar que houve a perda (sem poder discordar da decisão do STF), nos termos do art. 55, III e § 3º da CF/88. Se o deputado ou senador for condenado a uma pena em regime aberto ou semiaberto: a condenação criminal não gera a perda automática do cargo, o Plenário da Câmara ou do Senado irá deliberar, nos termos do art. 55, § 2º, se o condenado deverá ou não perder o mandato. É a posição adotada pela 1ª Turma do STF como exemplo citamos a AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 2/5/2017 (Info 863) e a AP 863/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2017 (Info 866).

Na situação em que o deputado ou senador for condenado a mais de 120 dias em regime fechado, ele deverá cumprir a pena em penitenciária e não poderá sair para trabalho externo. Logo, não poderá frequentar o Congresso Nacional, devendo, por consequência, perder o mandato com base no art. 55, III, da CF/88. Hipótese ao nosso sentir desprovida de qualquer razão lógica e proporcionalidade foi o caso do impedimento da nomeação da parlamentar Cristiane Brasil ao cargo de Ministra do Trabalho, barrada pelo Poder Judiciário pelo simples fato de estar respondendo na

justiça trabalhista a algumas demandas, ao argumento de violar o princípio da moralidade. Quando comparamos exemplos como esses, a candidatos que se submetem a concursos públicos indagamos se seria razoável exigir idêntica conduta dos mesmos no acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Certamente que não.

Finalmente, talvez por tudo isto não cause maiores perplexidades no sistema a decisão do Superior Tribunal de Justiça no AgReg em ERESP n° 279.889-AL, na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou:

> **"Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência**. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros **decidem assim, porque pensam assim**. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições.** Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja" (grifei).[11]

Esse julgar conforme a consciência é completamente condenável e mesmo proibida pela Constituição, quando impõe como condição de validade das decisões judiciais a sua fundamentação, conforme inteligência do art.93, inc. IX da CF.

O problema é que a função jurisdicional, sobretudo com o avanço do constitucionalismo, passou por tantas transformações que é difícil estabelecer quais são seus limites funcionais. É papel do juiz negar-se a aplicar uma lei inconstitucional? E uma lei injusta? Pode o juiz se valer de argumentos pragmáticos ao tomar uma decisão? E elementos éticos? Na interpretação do texto normativo, deve o juiz simplesmente tentar captar o sentido semântico contido no texto ou deve se esforçar para ir além da interpretação gramatical? E se houver mais de um sentido semântico, como decidir qual deve prevalecer? Em matéria probatória, deve o juiz receber passivamente os dados indicados pelas partes ou deve buscar, mesmo de ofício, informações que possam enriquecer a compreensão da realidade? São questionamentos sobre o papel da jurisdição que dividem os juristas e também os próprios juízes.

[11] AgReg em ERESP n° 279.889-AL, min. Humberto Gomes de Barros, DJU, 07 abr. 2003.

Dentro desse contexto, o que se nota é que a etiqueta ativismo judicial tem-se transformado em uma espécie de rótulo que serve para criticar todas aquelas situações que, na ótica do interlocutor, extrapolam a função jurisdicional. Com isso, a expressão perdeu grande parte de seu poder explicativo, pois seu uso, nesse contexto, pressupõe uma compreensão mais abrangente do papel da função jurisdicional, do sentido do direito, dos limites do constitucionalismo, das possibilidades do raciocínio jurídico e da atividade interpretativa. É óbvio que a compreensão disso tudo não é simples, como também não é simples, mesmo depois de muita reflexão, estabelecer limites precisos para o exercício da função jurisdicional.

Curiosamente, o problema não é restrito ao Brasil. Mesmo nos Estados Unidos, que vivem esse debate há séculos, ainda não se tem um sentido preciso do *judicial activism*, nem mesmo do seu contraponto, o *judicial self-restraint*.

Para se ter uma ideia da dificuldade do problema, Thomas Sowell explica que há pelo menos sete fatores que costumam ser associados ao ativismo e à auto-restrição judiciais. Assim, um juiz poderá ser considerado ativista ou não conforme se afaste ou se aproxime: (1) da opinião pública dominante; (2) do legislador que representa a atual maioria popular; (3) das leis aprovadas pelo legislativo do presente ou do passado; (4) dos atos atuais do executivo ou das agências administrativas; (5) do significado das palavras contidas na constituição; (6) dos princípios e propósitos daqueles que escreveram a constituição; ou (7) dos precedentes estabelecidos por interpretações judiciais com base na constituição.[12]

Sowell esclarece que o cerne do conceito de *judicial activism* encontra-se o medo de que o juiz imponha suas próprias preferências pessoais em suas decisões, deixando de lado a ideia de que a vida social deve ser regulada por um conjunto de regras previamente conhecidas e não por critérios *ad hoc* estabelecidos arbitrariamente pelo julgador. Assim, na sua ótica, o ativismo que deveria ser rejeitado é aquele que permite que os "valores substantivos" dos juízes orientem as decisões constitucionais.[13]

Por outro lado, nem sempre a palavra ativismo é usada com essa conotação patológica. Algumas vezes, diz-se que um Tribunal ou um juiz é ativista quando assume deliberadamente uma atitude proativa na decisão de casos concretos, desenvolvendo soluções inovadoras para além dos critérios normativos disponíveis (e, em alguns casos, até mesmo contra os critérios previstos). Em geral, essa atitude é assumida como uma

---

[12] SOWELL, Thomas. **Judicial Activism Reconsidered**, p. 03.
[13] **Ibid.**, p. 32.

parte indissociável da interpretação jurídica que há muito tempo superou a sua dimensão mais legalista e formalista. Outras vezes, é assumida como uma exigência do próprio *judicial review* e da proteção constitucional a ele inerente. O juiz, em nome da defesa da constituição, teria o dever jurídico de exercer a jurisdição constitucional e até mesmo de racionalidade das leis, o que significa que não poderia ficar aprisionado ao conteúdo normativo estabelecido pelo legislador, devendo se guiar pelos comandos constitucionais, por mais genéricos e abstratos que sejam.

Em qualquer caso, o importante é perceber como é difícil estabelecer rótulos para qualificar a atividade jurisdicional. Toda decisão contém alguns componentes volitivos e toda interpretação carrega alguma dose de criação. Portanto, é quase impossível estabelecer limites precisos para diferenciar o juiz ativista do juiz legalista.

4. Conclusão.

Onde queremos chegar? Demonstrar, como dantes dito por Barroso, que a politização do Judiciário é algo que deve ser evitado, caso contrário teremos escolhas personalistas, voluntaristas, tendenciosas ou partidarizadas, que se configuram em excessos e invasões indevidas do Judiciário nos demais poderes.

O Poder Judiciário, que até então exercia um papel contramajoritário, por meio da jurisdição constitucional, sendo mero legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico as normas que violassem a Constituição, passou a desempenhar um papel de protagonismo de decisões, cuja arena de debate não era genuinamente sua. Discussões como a efetivação de direitos constitucionais sociais, que demandariam a formulação de políticas públicas, cuja arena de debate deveria ser deliberada, no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, passaram a ter sede decisória pelo Poder Judiciário, diante da inércia daqueles poderes.

O problema é que a função jurisdicional, sobretudo com o avanço do constitucionalismo, passou por tantas transformações que é difícil estabelecer quais são seus limites funcionais.

Na função jurisdicional não cabe ao magistrado atualmente furtar-se a aplicar uma lei inconstitucional ou injusta, devendo enfrentar o problema, extraindo sua competência da jurisdição constitucional. Questões éticas, morais, religiosas e políticas passam a ser decididas pelos juízes.

Em vários momentos o juiz na aplicação do direito se utiliza dos sentidos semântico, sintático e pragmático. Durante muito tempo valorizou-se os dois primeiros

sentidos, mas não há duvidas que atualmente o sentido pragmático será levado em consideração. Na interpretação do texto normativo, o juiz não ficará simplesmente adstrito ao sentido semântico contido no texto, mas deverá se esforçar para ir além da interpretação gramatical.

Inegável o novo papel do Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal. Porém a sobreposição dos papéis de corte constitucional, tribunal recursal, e de primeira instância de autoridades com foro por prerrogativa de função compromete a qualidade da atuação da Corte Constitucional e, além disso, em vários momentos se excede em seu modo de atuação. A justa medida da postura, ora ativista, ora conservadora e legalista tornou-se o desafio mais árido da atualidade, levando a debates acalorados sobre a questão. Questionamentos sobre o papel da jurisdição dividem os juristas e também os próprios juízes, mas o mundo se deu conta de que um Poder Judiciário forte e independente se constitui em importante instrumento de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, n. 05, p. 24-50, 2015. Disponível em: <www.publicacoesacademicas.uniceub.br> Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743> Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União nº 191, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/douconstituicao88.pdf> Acesso em: 20 mai. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental. Recurso Especial n. 279.889-AL**. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU, 16 ago. 2007. Disponível em < http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200101540593&dt_publicacao=07/04/2003> Acesso em: 29 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752 Paraná**. Relator Min. Alexandre de Moraes. DJU, Brasília, 04 abr., 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoHC152.752.pdf> Acesso em: 28 mai. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Cultura e Democracia**. São Paulo: Cortez, 1997.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de janeiro, v. 251, 2009. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533> Acesso em: 28 mai. 2018.

SOWELL, Thomas. **Judicial Activism Reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in American**. 10 ed., __: Vintage Books, 1961.