

NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Maurício Avila Prazak

Professor Titular do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito. Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito Comercial. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito do Estado de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela mesma instituição. Pós-Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC), bem como pela Faculdade Autônoma de Direito do Estado de São Paulo (FADISP). Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor e Orientador nas áreas de Direito Empresarial, Direito Societário e Direito Comercial. Coordenador e professor nos Cursos de Pós-Graduação na Escola Paulista de Direito. Autor de livros e artigos especializados.

Marcelo Negri Soares

Professor Mestrado e Doutorado. Advogado e contabilista. Orientador e pesquisador ICETI, Next Seti e FAPESP. Editor da Springer Journal para E-Law, renomada revista europeia (2019). Professor Visitante Coventry University (UK) no PPG em Direito, Administração e Negócios (2019). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar na linha Efetividade da Justiça e Direitos da Personalidade. Avaliador presencial de seminários SIAC/UFRJ (desde 2018). Avaliador Presencial de Pôsteres Conpedi (desde 2010). Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor (2013) e Mestre (2005) pela PUC/SP.

Rafael De Ataide Aires

Possui graduação em DIREITO pela Universidade da Amazônia (2005), graduação em PEDAGOGIA pela Universidade do Estado do Pará (2003),

especialização em Metodologia da Educação Superior pela Universidade do Estado do Pará, especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Mestrando na Escola Paulista de Direito.

Recebido em: 15/10/2020

Aprovado em: 16/01/2021 e 08/02/2021

RESUMO: Este trabalho analisa a jurisdição constitucional no Brasil, sobretudo após a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, serão destacadas questões históricas que antecederam o neoconstitucionalismo, bem como o estudo se reportará a aspectos importantes desse fenômeno no Brasil e na Europa ocidental. É importante ressaltar que o neoconstitucionalismo será estudado principalmente na sua relação com a atuação do Poder Judiciário brasileiro, dando enfoque à atividade judicante enquanto meio garantidor dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o artigo traz noções sobre hermenêutica jurídica, destacando posições doutrinárias críticas ao positivismo jurídico. Por fim, dará ênfase ao ativismo judicial e sua relação indissociável com a judicialização política, analisando a importância de ambos os fenômenos na dinâmica do Estado Democrático de Direito no Brasil.

PALAVRAS CHAVES: Jurisdição Constitucional; Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial; Judicialização Política.

ABSTRACT: This paper analyzes the constitutional jurisdiction in Brazil, especially after the 1988 Federal Constitution. In this sense, historical issues that preceded neoconstitutionalism will be highlighted, and the study will report the important aspects of this phenomenon in Brazil and Western Europe. It is important to emphasize that the neoconstitutionalism will be studied mainly in its relationship with the performance of the Brazilian Judiciary, focusing on the judicial activity as a means of guaranteeing fundamental rights. In this context, the article brings notions about legal hermeneutics, highlighting doctrinal positions critical to legal positivism. Finally, it will emphasize judicial activism and its inseparable relationship with political judicialization, analyzing the importance of both phenomena in the dynamics of the Democratic State of Law in Brazil.

KEY WORDS: Constitutional Jurisdiction; Neoconstitutionalism; Judicial Activism; Political Judicialization.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a destacar os principais aspectos do neoconstitucionalismo no Brasil, fazendo uma análise do contexto histórico em que surgiu. Nesse sentido, ressaltará a importância da jurisdição constitucional na redemocratização brasileira.

Algumas questões fundamentais serão levantadas com relação à hermenêutica jurídica; sobre essa temática, o artigo ressaltará a diferenciação entre regras e princípios, trazendo as posições doutrinárias baseadas nos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

No que tange à metodologia empregada, a pesquisa está focada em dados qualitativos, obtidos prioritariamente a partir da pesquisa doutrinária- bibliográfica, com a leitura de livros e artigos científicos.

No intuito de garantir maior objetividade ao trabalho, a pesquisa se concentrou na jurisdição constitucional brasileira pós Constituição Federal de 1988. Da mesma forma, inseridos nesse contexto, tratou dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

Por fim, a pretensão principal do presente trabalho é demonstrar que é inexorável, no cenário constitucional pós Constituição de 1988, a coexistência dos fenômenos acima descritos, assim como objetiva trazer à tona que o ativismo judicial pode ser visto a partir de um ponto de vista otimista.

Esses são os problemas de pesquisa que pretendemos, com esteio no método hipotético-dedutivo, em análise doutrinária, legal e jurisprudencial, resolver neste artigo.

1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Inicialmente, é possível dizer que a jurisdição constitucional brasileira se caracteriza pela atividade jurisdicional estatal exercida no intuito de

contemplar dois objetivos: 1) a tutela do princípio da supremacia da Constituição e; 2) a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos (BRÊTAS, 2015).

Antes de prosseguir no estudo detido da jurisdição constitucional, é importante destacar que o instituto da Jurisdição se revela como função precípua de um dos poderes do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ensina o jurista Alexandre Freitas Câmara:

“Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta (...) e o ato jurisdicional que dá solução à causa precisa ser construído através do processo, entendido como procedimento em contraditório.” (CÂMARA, 2016).

Nessa esteira, Rosemiro Pereira Leal afirma que a jurisdição (judicção), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo. (LEAL, 2016).

Avançando, podemos dizer que a jurisdição constitucional se propõe ao controle de constitucionalidade das leis ordinárias. Ela também assegura a tutela constitucional do processo, dando guarida ao devido processo legal (contraditório, ampla defesa), motivação das decisões estatais. Além disso, se materializa nas clássicas ações: ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, recurso extraordinário, mandado de injunção, dentre outras.

Portanto, vislumbra-se que o conceito de jurisdição constitucional é mais profundo do que fora mencionado no início deste capítulo, embora permaneça parte da doutrina entendendo-o como aquele destinado apenas ao exame de material constitucional adstrito ao Estado, objetivando o controle de atos estatais e leis ordinárias que contrariem as premissas constitucionais.

Corroborando esse entendimento restrito, Georges Abboud define a jurisdição constitucional em quatro funções primordiais: 1) limitar o Po-

der Público; 2) garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais; 3) corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo; e 4) conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, em específico a própria Constituição. (ABBOUD, 2016).

No entanto, a partir de um viés sistêmico, outra parcela da doutrina ressalta que o espectro de percepção foi dilatado significativamente, apontando que não é suficiente apenas a efetivação de direitos fundamentais no texto constitucional. Assevera que urge o implemento de um consistente e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protejam e garantam a efetividade dos direitos, evitando ineficácia prática dos preceitos. (BRÊTAS, 2015).

Não há dúvida de que essa percepção mais ampla e sistêmica da expressão jurisdição constitucional é a mais acertada e coadunada com o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro. É possível afirmar que esse entendimento mais abrangente tem relação direta com o advento do neoconstitucionalismo, o qual ganhou força na Europa ocidental no pós Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o surgimento teve influência direta dos ditames da Constituição Federal de 1988. (BARROSO, 2007, p. 203-250).

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

Um dos melhores caminhos para a compreensão do neoconstitucionalismo perpassa pela análise do momento histórico no qual ele surgiu. O percurso a ser feito nos remonta às questões sociais e econômicas que se estabeleceram na Europa Ocidental no pós Segunda Guerra Mundial e que repercutiram tempos depois, com peculiaridades próprias, em países subdesenvolvidos e de economia emergente, como o Brasil.

Em se tratando de cultura jurídica, até a Segunda Guerra Mundial, o sistema jurídico europeu se fundava na lei como fonte primeira. Portanto, a produção legisferante do Poder Legislativo era preponderante, em detrimento das normas constitucionais (ZAGREBELSK, 1992, p. 57-96).

Nesse período anterior à segunda grande guerra, as constituições europeias continham normas de caráter abstrato, servindo como ideias programáticas, podendo servir de inspiração à atuação do legislador. No entanto, na prática, não tinham prestígio e força capaz de criar ou extinguir direitos. O Judiciário não as aceitava enquanto matéria de fundamentação na defesa de direitos (ENTERRÍA, 1985, p. 41).

Nesse cenário, as próprias leis garantiam os direitos fundamentais. Já que esses direitos não tinham força em face de descasos ou omissões de forças políticas, como os parlamentos. Vale ressaltar que as maiorias nos parlamentos não significavam a representatividade fidedigna da nação, já que a escolha dos parlamentares não era feita pelo sufrágio universal.

No pós Segunda Guerra, os países europeus ocidentais deram uma guinada significativa no entendimento a respeito da importância da jurisdição constitucional para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os países que sofreram com regimes nazifascistas, como Itália (GUASTINI, 2007, p. 271-294) e Alemanha, assim como evoluiu em outros países que passaram por governos ditatoriais, como Portugal e Espanha.

Para evitar abusos e a volta de regimes totalitários, a legislação constitucional ganhou corpo, fortalecendo mecanismos e criando uma verdadeira rede de proteção dos direitos fundamentais. Inclusive para evitar abusos do Poder Legislativo. Destarte, vislumbrou-se uma certa semelhança entre os fundamentos do constitucionalismo europeu e o norte-americano, cuja força normativa da Constituição historicamente se caracteriza como autêntica norma jurídica, podendo regular a legalidade do exercício do Poder Legislativo e ser usada para invalidar leis.

Um dos casos emblemáticos da força normativa constitucional americana foi a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury versus Madison*. Neste julgamento, ocorrido em 1803, o Tribunal, antes de adentrar no mérito da causa, ocupou-se da constitucionalidade de uma determinada lei.

Vejamos o caso de forma mais detalhada, nas palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes:

“Marshall, de forma hábil, tratou o caso pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte Americana, analisando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo, e a própria Constituição, que em seu artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte. Assim, apesar de a Corte ter entendido ser ilegal a conduta do Secretário de Estado Madison, por recusar-se a expedir a comissão legalmente devida a Marbury proveniente da ação do antigo presidente Adams, com aprovação da maioria do Senado, entendeu, preliminar e prejudicialmente, que carecia de competência para emitir o mandado requerido, uma vez que as competências da Suprema Corte estariam taxativamente previstas pela Constituição, não podendo a Lei Judiciária de 1789 ampliá-las” (MORAES, 2013, p. 79).

O jurista Kildare Gonçalves Carvalho também destaca em determinada obra a clássica decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

“No sistema norte-americano, a Constituição escrita e rígida posiciona-se com superioridade diante das demais normas positivas. Assim, ou a Constituição anula os atos legislativos contrários a ela ou as leis, podendo modificá-la, tornam incontrolável o Poder Legislativo. Cabe ao Judiciário a competência para deixar de aplicar as normas inconstitucionais. Os fundamentos do controle de constitucionalidade, por órgãos judiciários, foram lançados pelo Chief Justice John Marshall, em 1803, no julgamento do caso Marbury v. Madison. Nesse julgamento ficou expresso que uma lei do Congresso, quando contrária à Constituição, carece de validade.” (CARVALHO, 2008).

Realmente esse é um caso muito comentado na doutrina enquanto parâmetro para entendermos a origem do constitucionalismo dos EUA. Além disso, é importante aqui destacá-lo porque o seu núcleo guarda semelhança não só com o sistema europeu, mas também com o brasileiro, que foi influenciado pela ideia da supremacia da Constituição. Logo, é clara a sua relação com o controle de constitucionalidade brasileiro.

No neoconstitucionalismo, a rigidez clássica da tripartição dos poderes sofre uma relativização, de modo que a imposição de limites rígidos à

atuação do Poder Judiciário se afrouxa, dando vez a outras visões. Sendo assim, o ativismo judicial ganha espaço em prol dos valores constitucionais (ALEXY, 1993).

Também é possível afirmar que ocorreu uma certa inversão no que tange ao grau de importância da lei codificada e da norma constitucional, pois as constituições passaram a ser o centro do ordenamento, enquanto que a lei formal deixou de ser a principal fonte do Direito, perdendo força na influência da ordem jurídica.

O neoconstitucionalismo trouxe à tona a normatização de princípios, estes, por sua vez, carregados de preceitos axiológicos, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social. Em razão dessa carga valorativa, o neoconstitucionalismo deu asas ao debate moral no Direito. É certo que aqui reside uma das maiores divergências internas nas fileiras do neoconstitucionalismo. (DWORKIN, 1996).

Na realidade neoconstitucionalista, há um estímulo à interpretação, justamente em função da inclusão massiva de princípios e valores nas constituições. Os juízos se expandem, concedendo lastro aos profissionais do direito, especialmente magistrados, os quais se deparam com preceitos impregnados de conteúdo moral. Diante disso, no momento de julgar, buscam a solução mais adequada, muitas vezes usando até mais da moral do que do direito propriamente dito.

Portanto, nessa mudança de paradigma, fica evidente que a linha fronteira entre Direito e Moral torna-se muito mais tênue, em razão da incorporação dos princípios e valores pela Constituição.

Como não poderia ser diferente, no neoconstitucionalismo, o papel jurisdicional ganha amplitude, passando a ser muito mais visado e criticado. Logo, os juízes assumem posição de vanguarda, mesmo aqueles que consideram a toga um sacerdócio.

Quero dizer que, nessa nova conjuntura, todos os magistrados estão sujeitos a serem classificados como mais ou menos neoconstitucionalis-

tas, dependendo do peso valorativo e/ou moral de sua decisão, especialmente quando se trata de casos difíceis e mais ainda quando o julgamento diz respeito a questões que geram comoção na opinião pública, como, por exemplo, descriminalização de aborto, casamento homoafetivo, liberdade de expressão, dentre outros.

Esse foco exacerbado destinado ao Poder Judiciário sugere que ele possa estar se intrometendo na função de outros poderes.

Da mesma forma, o olhar voltado para o poder judicante ocasiona críticas diversas. As mais comuns são aquelas que acusam o Judiciário associado ao neoconstitucionalismo de ser elitista e indiferente à democracia. Todavia, há quem defenda que o neoconstitucionalismo possibilita a aplicação de ideais humanistas através da ação engajada dos juízes, podendo, inclusive, proporcionar a emancipação humana pela via da prestação jurisdicional.

2.1 Neoconstitucionalismo no Brasil

No Brasil, o neoconstitucionalismo na história do ordenamento jurídico somente se corporificou a partir da Constituição Federal de 1988. Portanto, algumas décadas após o início do advento do fenômeno da Europa ocidental.

Pode parecer estranha essa afirmativa porque o Brasil teve várias constituições antes de 1988. No entanto, as anteriores não se revestiam de valores humanistas além dos textos. Ou seja, na prática, serviam a determinados interesses, principalmente econômicos e políticos.

Para exemplificar o descompasso, podemos falar apenas do século XX. Neste, por mais de 30 (trinta) anos, isto é, por mais de 1/3 do século, as constituições brasileiras deram sustentação para atos não democráticos. Nesse sentido, temos a Constituição de 1937, conhecida como a do Estado Novo. Foi inspirada no modelo fascista e em outros modelos autoritários existentes na Europa, como a Constituição Polonesa, de 1935, a Constituição portuguesa, de 1933, e a italiana fascista “Carta Del Lavoro” (CASTRO, 2010).

Tal constituição surgiu de um golpe militar, comandado pelo Presidente Getúlio Vargas:

“Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo. Essa Carta é datada de 10 de novembro de 1937.

Entre as principais medidas adotadas, destacam-se: instituição da pena de morte; supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa; anulação da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário; restrição das prerrogativas do Congresso Nacional; permissão para suspensão da imunidade parlamentar; prisão e exílio de opositores do governo; e eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos”.

Os mandamentos desse texto constitucional antidemocrático perderam até 1945, com a destituição de Vargas, que se deu em 29 de outubro de 1945, tendo assumido a presidência o ministro José Linhares, que presidia à época o Supremo Tribunal Federal (STF).

Uma nova Constituição, de cunho democrático, só foi promulgada praticamente um ano após o governo ditatorial ser destituído, datando a carta de 18 de setembro de 1946. Portanto, de 1937 a 1946, o país ficou praticamente 10 (dez) anos sem a proteção de normas constitucionais que realmente fossem revestidas de preceitos humanistas. Muito pelo contrário, pois o texto da Constituição de 1937 era assombroso, claramente contrário às instituições democráticas, sendo até então a mais autoritária da história (CUNHA, 2001).

Para explicar outro exemplo marcante de pobreza de valores, destaca-se o período ditatorial que se estendeu de 1964 até 1985. Aí se foram mais 25 (vinte e cinco) anos sem correspondência entre a normativa constitucional e os anseios republicanos.

No período entre 1964 e 1967, não havia constituição, apenas atos institucionais, explicitamente alheios aos direitos humanos fundamentais:

“...o Ato Institucional n.º 1 suspendeu as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade e estabilidade dos juízes e permitiu a cassação dos mandatos legislativos e a suspensão dos direitos políticos. O Ato Institucional n.º 2 extinguiu os partidos políticos e deu poderes ao Presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional. O Ato n.º 4 convocou o Congresso Nacional para discutir e votar um novo texto Constitucional.” (BREGA FILHO, 2002).

Após essa avalanche de atos violadores de direitos fundamentais, tivemos a Constituição Federal de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, de caráter eminentemente autoritário, que deu sustentação à violação mencionada, por parte do regime militar.

Mesmo após a vigência da carta, a nação brasileira foi assolada por decretos-lei e por um ato institucional cruel, o qual conferia chancela para os militares violarem de forma mais acintosa os direitos humanos, o famoso AI-5, (BASTOS, 2000), que proibiu qualquer reunião de cunho político, institucionalizou a censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema. No plano jurídico, suspendeu o *habeas corpus* para os denominados crimes políticos, dentre outras determinações excludentes de direitos básicos.

Seguindo a linha da restrição expressa dos direitos fundamentais, os militares impuseram a Emenda n.º 1 de 1969, ratificando a política de alijamento de direitos fundamentais. Para alguns, tratou-se de uma nova carta magna (MORAES, 1997, p. 34). Todavia, não se entrará nesse mérito, pois não é o objetivo do trabalho.

Quanto à intenção dos militares com a referida emenda, a autora Flávia Lages de Castro se posiciona:

“Para tentar continuar a falácia democrática, era necessário, minimamente, reestruturar a Constituição de 1967, que tinha sido atropelada pelo AI-5 e por uma grande quantidade de Decretos-Lei e outras legislações.(omissis)....

Mas não era uma Constituição Nova, era composta por longos blocos não revistos da Constituição de 1967 e de alterações básicas que

aumentavam ainda mais o Poder do Executivo, fortalecendo a Lei de Segurança Nacional. A Emenda previa a diminuição de representação na Câmara dos Deputados e nas Assembléias Legislativas Estaduais. O alcance das imunidades parlamentares era reduzido (na prática não existia há muito tempo).” (CASTRO, 2010).

Logo, o ataque ao estado democrático de direito somente se intensificou e assim permaneceu, com a supressão dos direitos humanos fundamentais até o final do regime militar ditatorial.

Findo esse período de desrespeito ao regime democrático, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada uma nova Constituição. Essa carta que está vigente até hoje trouxe um texto de vanguarda, garantindo um extenso rol de direitos fundamentais.

Tal Constituição, pela sua bagagem de direitos humanos fundamentais, foi elogiada no mundo todo, pois preparou o país para o retorno da democracia e colocou à disposição da nação condições para o exercício da cidadania.

Nesse sentido, apresentou-se carregada de direitos fundamentais de várias gerações, a exemplo dos direitos individuais (de primeira geração), dos direitos sociais (de segunda geração), assim como os direitos de solidariedade (de terceira geração) (BONAVIDES, 2006, p. 571-572). A Constituição Federal de 1988 deu destaque aos Direitos Fundamentais; prova disso é a posição e a disposição deles no texto constitucional. Eles passaram a ser previstos antes da organização dos Estados e dos poderes. Logo, de forma intencional, o legislador constituinte prestigiou os Direitos Fundamentais, dispondo-os de acordo com a sua importância (FERREIRA FILHO, 1997).

Imbuída desse espírito de valores e seguindo a linha das constituições modernas, a Constituição Federal recepcionou a ideia de que existem direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais, conforme o artigo 5.º, § 2.º.

Ainda nessa esteira, no § 3º do mesmo artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, dispôs que os tratados

que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão valor de Emendas Constitucionais.

Ressalta-se que a Constituição vigente, mesmo diante do belo trabalho dos constituintes originários, continuou em busca da sedimentação dos pilares dos direitos humanos fundamentais, como se provou com as inovações acima destacadas, advindas da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004.

2.2 Judiciário brasileiro e o Neoconstitucionalismo

Considerando que a mencionada Emenda ficou conhecida como a reforma do Poder Judiciário, aproveito o ensejo para trazer o foco para outro conteúdo deste trabalho, que é justamente a análise da função judicante inserida no paradigma neoconstitucionalista.

Diante de toda essa carga axiológica contida nas normas constitucionais e com a força normativa que as constituições ganharam no pós Segunda Guerra e, no caso do Brasil, após a Constituição Federal de 1988, o Judiciário se viu numa posição de instrumento garantidor dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a exposição dos juízes a questões morais, políticas e sociais é frequente. Nesse cenário, o Poder Judiciário está sujeito a todo tipo de crítica. Por exemplo, alguns entendem que determinadas decisões judiciais acabam caracterizando usurpação da atividade-fim de outro Poder. Outra crítica enfrentada é no sentido de que o papel de protetor da legalidade do juiz às vezes extrapola o razoável. Quem defende essa ideia, dentre outras coisas, justifica que o magistrado não foi eleito pelo voto popular e, por conta disso, a sua decisão não poderia modificar ou anular determinada decisão do Executivo ou do Legislativo. Tais críticas já ganharam nome e conceitos, conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial.

A judicialização está relacionada com a função política que assumiu o Judiciário, de acordo com o seu papel fomentador da efetivação dos direi-

tos fundamentais. Principalmente quando engaja o protagonismo diante da inércia dos demais Poderes.

Em razão disso é que o Poder Judiciário passou ter papel político, pois passou a atuar de forma mais proativa, a fim de efetivar os valores constitucionais e suprir omissão dos demais Poderes.

Para Barroso, esse fenômeno jurídico no Brasil deriva

[] sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2014).

Como mencionado no excerto transcrito, o que vai nos dizer se a judicialização se revestirá de ativismo judicial é a forma como serão construídas essas decisões, proferidas principalmente nos chamados *hards cases*. É nesse ambiente que ganham importância os métodos de interpretação, a utilização pelos magistrados da hermenêutica jurídica.

3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A ideia deste tópico não é se aprofundar de forma detida na teoria hermenêutica, e sim chamar a atenção para a relação com o ativismo ju-

dicial, que é o tema nuclear deste trabalho. Quando se trata desse tema, é inevitável falar de *easy cases* (casos fáceis) e *hard cases* (caso difíceis).

Normalmente, o *easy case* é tido como aquele caso que não demanda um exercício apurado de interpretação, bastando a dedução ou subsunção direta ao texto da lei. Enquanto que os *hard cases* demandariam uma elaboração interpretativa mais sofisticada para se chegar a um sentido.

Outra situação que é comum é a associação que se faz dos *easy cases* com as regras, e dos *hard cases* com os princípios. Quanto a esse tema, mais uma vez se conclui que, para se aplicar uma regra, é suficiente a utilização do método subsuntivo, mas no que tange à aplicação de um princípio, o adequado seria o manuseio de teoria argumentativas.

3.1 Robert Alexy

Nessa esteira, quando se fala em regras e princípios, é importante trazer o entendimento de um dos doutrinadores de mais referência no tema, o jurista Robert Alexy. Para ele, os princípios são normas que funcionam como mandados de otimização, já que se caracterizam pela possibilidade de ser aplicados de acordo com as nuances fáticas e jurídicas do contexto da aplicação. (ALEXY, 1993).

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. O seu mandamento é definitivo, é válido ou inválido, não variando de acordo com os pontos de vista distintos dos intérpretes. Logo, a partir do momento em que uma regra é válida, deve-se seguir exatamente o que ela determina.

Seguindo a lição de Alexy, é importante ressaltar a ideia que ele traz sobre a colisão de princípios, assim como a noção sobre o resultado da disputa entre duas regras colidentes. Segundo a metáfora utilizada por ele, no caso envolvendo princípios colidentes, resolve-se através de um sopesamento, visando a um resultado ideal. Tal resultado dependerá das peculiaridades do caso concreto, ou seja, das questões fáticas e de direito que o envolve. Nessa equação, um princípio se sobressairá sobre o outro. No entanto, não significa que o princípio prevaiente derrotará ou extinguirá o outro. (FARIAS, 2000).

Por outro lado, as regras tendem a gerar uma repulsa imediata quando confrontadas com outra. Já que, diferentemente dos princípios, não se resolvem por meio do sopesamento, e sim pelo tudo ou nada.

Outro jurista que, como Alexy, entende que há distinção entre princípios e regras é Ronald Dworkin. Tanto um quanto o outro defendem a tese da separação qualitativa existente entre princípios e regras.

3.2 Ronald Dworkin

Dworkin assevera que regras e princípios coexistem lado a lado, mas possuem dimensões diferentes. No seu entendimento, as regras possuem somente a dimensão de validade; para ele, uma regra se aplica inteiramente a um caso concreto ou não se aplica. Já em relação aos princípios, argumenta que possuem a dimensão do *peso*. (DWORKIN, 2002).

Diante dessa compreensão, os princípios são tidos como normas de espectro ampliado, com forte carga significativa e valorativa. Sendo assim, pontua que não são passíveis de análise sob o enfoque da validade.

Seguindo essa linha de pensamento, as regras, quando colocadas frente a frente, tendem a se anular ou a se invalidar. Já na ocorrência de embate entre princípios, não se julga pela validade. Leva-se em consideração o peso, prevalecendo o princípio mais adequado àquele caso concreto.

Todavia, ressalta-se que o princípio que deixou de ser aplicado não se torna inválido ou perde importância. A sua existência permanece intacta, tanto que, em outras situações, poderá prevalecer quando em colisão com o mesmo princípio.

Sobre Dworkin, é importante destacar que ele foi crítico ferrenho do positivismo jurídico, pois o entendia como um sistema fundado rigidamente nas regras. Dessa feita, considerava que o positivismo não estava preparado para dirimir o *hards cases*, argumentando que, nessas questões, os magistrados poderiam não encontrar uma regra jurídica capaz de fundamentar sua decisão. Vendo-se nessa situação, partiriam para a discricionariedade, criando um direito novo. (DWORKIN, 2002).

Para nosso tema, é importante falar sobre esse posicionamento de Ronald Dworkin, especialmente no que respeita à crítica que ele faz à discricionariedade judicial, pois essa expressão está intimamente relacionada com o ativismo judicial. Esse é justamente o tema que será discutido de forma mais detida no próximo tópico.

4. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

O que seria o ativismo judicial e por que esse tema vem sendo tão debatido nas últimas décadas no Brasil?

O ativismo é tido como aquela ação do Judiciário que, sob o pretexto de garantir a concretização de direitos fundamentais, produz decisões muitas vezes baseadas em ideologias políticas, na moral, religião ou em qualquer outra. Assim, esquecem-se que as decisões jurídicas deveriam atender aos ditames democráticos e constitucionais, pois é inadmissível no Estado Democrático de Direito um Poder Judiciário que promove decisões derivadas de entendimentos privados de seus órgãos. No entanto, decisões ativistas tem sido comuns no Brasil, principalmente na Suprema Corte.

Elival da Silva Ramos define o Ativismo Judicial como

“[...] 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 que 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).

O tema vem ganhando cada vez mais destaque justamente porque o ativismo tem como vetor os tribunais superiores, com mais evidência o Supremo Tribunal Federal, órgão esse que atualmente vem ganhando visibilidade excessiva na sociedade. Creio que isso se dá por diversos motivos, um deles é o aumento do interesse da população por assuntos políticos, que a leva buscar conhecer aqueles que em muitos casos definem que rumo deverá tomar uma determinada questão que possa influenciar no seu cotidiano.

Outro motivo é a própria exposição midiática do STF, seja porque seus julgamentos são televisionados em tempo real, seja porque o órgão expõe suas decisões em todas as redes sociais e até porque alguns de seus juízes falam abertamente sobre questões de impacto político e social.

Respondidas as perguntas do início do capítulo, é importante falar de outra questão que tem estreita relação com o ativismo judicial, qual seja, a judicialização da política.

Esse fenômeno tem a ver com o protagonismo assumido pela jurisdição quando surgem demandas sociais de cunho político não solucionadas pelos poderes Legislativo e Executivo, deixando a cargo da jurisdição constitucional resolver.

É justamente essa dinâmica de transferência de atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, em situações que urge a concretização de direitos fundamentais, que se denomina de judicialização da política.

Notadamente, a referida dinâmica é fruto da construção histórica da nossa Constituição Federal de 1988, a qual remonta à transição de um regime ditatorial para um regime democrático.

Sobre esse tema, é importante a lição do jurista Lênio Streck:

“A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamen-

tais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.” (STRECK, 2003, p. 257-301).

De acordo com a exposição do referido doutrinador, verifica-se que esse contexto histórico deu vazão ao surgimento do ativismo judicial e da judicialização da política, pois tanto um quanto o outro se coadunam com essa perspectiva de estabilização do Estado Democrático de Direito.

Feito esses apontamentos, entendo caber mais uma pergunta. Poderia ser dito que o ativismo judicial e a judicialização da política são prejudiciais à democracia?

Creio que não; a ocorrência de ambos os fenômenos não pode ser considerada por si só prejudicial.

Eles são corolários de um momento histórico em que as Constituições se tornaram o norte do ordenamento jurídico, bem como se devem ao protagonismo assumido pelos Tribunais Constitucionais nesse contexto de afirmação das Constituições.

Diante disso, devemos entendê-los com naturalidade nesse novo cenário, que na Europa ocidental teve início no pós Segunda Guerra, enquanto que no Brasil, deu-se no período de redemocratização, pós Constituição Federal de 1988.

A judicialização é importante para as democracias modernas. Em determinadas situações, o Judiciário inevitavelmente será chamado para decidir de forma definitiva em questões de grande relevância social, política ou moral. Circunstâncias várias levam a isso, e o próprio sistema jurídico comporta tal atuação. De modo que não pode ser entendido, genericamente, como usurpação das funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse contexto, vislumbra-se a presença da judicialização da política como consequência da afirmação da Jurisdição Constitucional, a qual se torna vetor da efetivação dos direitos fundamentais e garantidora da vontade da Constituição Federal.

Acompanhando a jurisdição constitucional, surgiu uma nova hermenêutica constitucional, que atribui aos juízes e tribunais ferramentas interpretativas capazes de tornar realidade a concretização dos direitos fundamentais.

Segundo a concepção de Nelson e Medeiros:

Para a realização dessa nova hermenêutica, as possibilidades de atuação do Poder Judiciário se alargam, promovendo resultados cujo fim seja a melhor aplicação direitos fundamentais, princípios e valores que venham a colidir. As técnicas de interpretação, primordialmente as utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, refletem, dessa forma, a exigência constitucional e social de concretização dos direitos fundamentais, no contexto da realidade social e da força normativa da Constituição. (NELSON; MEDEIROS, 2015).

Diante desse contexto que congrega a jurisdição constitucional, a hermenêutica, a função social dos poderes na efetivação dos direitos fundamentais, é importante ponderar algumas questões específicas da realidade brasileira no que respeita à Judicialização da Política e ao Ativismo Judicial.

4.1 Considerações sobre a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial na Realidade Brasileira

Diante destas considerações, parece-me que realmente a emersão da judicialização da política é inexorável, independentemente da composição

dos poderes instalados e tampouco de anseios privados. Logo, a sua existência não é sinônimo de abalo das instituições democráticas. Somente seria se a atuação do Judiciário invadissem de forma arbitrária a seara dos demais Poderes, causando uma quebra do sistema de freios e contrapesos.

No que tange ao ativismo judicial, também há de se ter cautela antes de tratar do assunto como algo que seja avesso ao Estado Democrático de Direito. Digo isso porque normalmente essa expressão é utilizada para se referir a excessos do poder judicante.

Quando se fala em ativismo judicial, quase de imediato, vem à cabeça a ideia de um provimento judicial decorrente de um entendimento alheio à lei ou a um princípio, baseado em posição política ou moral, por exemplo.

Porém creio que o ativismo não está fadado a essa única conotação. Ele não é contrário às instituições democráticas, como pode se imaginar à primeira vista. Tal fenômeno faz parte do jogo político e tem papel de destaque na garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, os juízes e Tribunais devem atuar em consonância com a ordem constitucional pré-estabelecida; nem mais nem menos. Se assim for, o ativismo judicial estará cumprindo sua função. Inclusive quando é instado a se manifestar sobre questões polêmicas, como as políticas de apelo social. Uma decisão nessas circunstâncias não necessariamente será censurável. Justamente porque é sua função precípua agir em prol da consecução dos fins da Constituição.

Se a decisão, proferida nas mencionadas questões polêmicas, atender aos mandamentos constitucionais e sem a interferências de ideologias e interesses privados, o ativismo judicial estará funcionando perfeitamente.

Registra-se que essa possibilidade de o Judiciário agir de forma proativa em determinadas situações é necessária, visando à garantia dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o papel do ativismo judicial seria às avessas, contrário as constituições democráticas, quando se revela em decisões sem fundamentação, fora dos parâmetros do ordenamento jurídico.

Sendo assim, percebe-se que o ativismo judicial e a judicialização da política sempre estarão lado a lado no ambiente jurídico e político nacional. Desde que haja o equilíbrio desse ambiente institucional democrático, os três Poderes conviverão harmoniosamente.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o neoconstitucionalismo brasileiro apresenta características próprias, em razão de ter surgido após um longo período de ditadura militar, com graves privações dos direitos fundamentais. Isso, de certa forma, atraiu para o Poder Judiciário um papel de regulador entre os poderes.

Diante disso, especialmente, a jurisdição constitucional assumiu o papel de garantidora dos direitos fundamentais diante da sociedade. Em determinados momentos, esse papel é cobrado pela omissão ou incompetência do Executivo e Legislativo.

Justamente em função disso, ganham força a judicialização da política e o ativismo judicial, como fenômenos inevitáveis, corolários do neoconstitucionalismo recente, a partir da perspectiva histórica.

Considerando esse fato, o presente trabalho se propôs a trazer uma visão que não seja de um todo pessimista quando se aborda o tema. Pelo contrário, atenta para a questão de que a judicialização da política e o ativismo judicial estão em plena atividade na realidade brasileira, podendo, dependendo do ponto de vista, ser vistos de forma otimista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993; Aulis Aarnio. *Lo Racional como Razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-250.

BARROSO, Luiz Roberto. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA. In: *Migalhas*. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 03 julho 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 21ª edição, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição : direito constitucional positivo. Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil, 8ª edição., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e do Brasil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Uma breve história das Constituições do Brasil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>. Acesso: 04 julho 2020.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições do Brasil – Edição Comentada*. Campinas/SP: Bookseller, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002. Ou Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise,” in *Freedom’s Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constiución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 41.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997.

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

GUASTINI, Ricardo. “A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. *Op. cit.*, p. 271-294.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos. 13a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais, São Paulo, Atlas 2013, p. 79).

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, atlas, 1997. P.34

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares daSilva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. *In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD*, N. 27, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/rfd.2015.12339>>. Acesso em:04 julho 2020

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 03 julho 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 57-96.