

## O ATIVISMO JUDICIAL NO TRINTENÁRIO DA CONSTITUIÇÃO

*Antonio Oneildo Ferreira*<sup>1</sup>

Passados trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a pergunta que move este ensaio é se o Supremo Tribunal Federal tem sido nesse ínterim, como de fato propagado pela mídia e por setores da comunidade jurídica, um tribunal ativista. Um protagonista do ativismo judicial, pois. Ou se teriam, pelo contrário, os momentos de autocontenção eclipsado os rompantes de ativismo. Caso concluamos em favor da hipótese do ativismo judicial, perguntamos, residualmente, se este tem sido predominantemente orientado numa direção progressista ou conservadora com relação a visões ideológicas sobre o texto constitucional, especialmente sobre a abrangência dos direitos fundamentais.

É preciso ter em conta que o conceito de ativismo judicial vem sofrendo desgastes em suas potencialidades semânticas e analíticas à medida que se vem disseminando acriticamente no debate público. De maneira que, mesmo para os acadêmicos estudiosos do fenômeno, não há muita precisão ao determiná-lo, sendo corriqueiro depararmos com uma variedade de conceitos até contrastantes e contraditórios entre si. O uso que se deu a esse termo pelo vulgo é tão impreciso e rarefeito que dificilmente, a partir desse critério semiótico sociolinguístico, o conceito teria algum valor *de fato* para avaliar decisivamente a atuação de um tribunal e distingui-la de outras posturas concebíveis. Em última análise, assoma a dificuldade de diferenciar adequadamente ativismo judicial e judicialização da política – fenômenos que podem ser coincidentes ou mesmo complementares, mas que se distinguem estruturalmente.

A primeira tarefa que se impõe a uma investigação deste tipo reside na eliminação da dificuldade conceitual, isto é, na delimitação do alcance semântico do conceito, por meio da escolha do uso específico que se lhe conferirá. Para os fins deste trabalho, interessa-nos entender o ativismo judicial num contexto em que o Supremo foi proclamado solenemente o *guardião da Constituição*. Tendo o tribunal recebido esse honroso mister do poder constituinte originário, indagamos se o Pretório Excelso tem-se valido de intervenções ativistas para consolidar as normas constitucionais. Ou, ao invés, se tem aplicado

---

<sup>1</sup> Advogado. Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

as mesmas estratégias ativistas para esmorecer o significado da Constituição. Ou ainda – como terceira via – se a corte prefere evadir aos desafios de resguardar a ordem constitucional, ao lançar mão de subterfúgios omissivos típicos de uma conduta de deferência aos órgãos políticos do governo, a qual caracteriza a autocontenção judicial.

A ideia normativa de ativismo judicial, que orientará nossas reflexões, enfoca o grau em que as decisões do tribunal, no decurso desses trinta anos de vigência de nossa Constituição balzaquiana,<sup>2</sup> resultaram na *maximização ou minimização da força normativa do texto constitucional*. Pressupõe saber o quanto extraíram dele: se um conjunto determinante de princípios e regras; saber em que medida tornaram vigorantes ou tornaram inócuos um certo direito fundamental; saber a frequência com que invalidaram uma lei ou determinaram uma política pública com base em um entendimento emanado diretamente do texto constitucional.

Enfim, é missão nossa, mais adiante, refinar a noção de em que consiste “maximizar ou minimizar a força normativa da Constituição”. E o faremos, além de chamando ao auxílio uma robusta discussão teórica, através de uma breve análise de casos julgados pelo Supremo. Para chegar até ali, traçaremos um caminho de construção de um arsenal analítico-conceitual indispensável, que incluirá: (a) a origem histórica da expressão “ativismo judicial”; (b) as causas político-sociais do ativismo judicial; (c) conceitos e critérios para o ativismo judicial; (d) críticas ao ativismo judicial; (e) o modelo construtivista de decisão judicial; e (f) considerações acerca do Supremo como guardião da Constituição. Após (g), oportunidade em que haverá breve análise de casos, a questão central colocada será debatida: *o STF é um tribunal ativista? Em caso afirmativo, nesses trinta anos, tem sido ativista para maximizar ou minimizar as potencialidades do texto constitucional?*

### **a) Origem histórica da expressão “ativismo judicial”**

Para o empreendimento de desvendar o significado de um conceito, é revelador deslocar-se até suas origens históricas. O termo “ativismo judicial” remonta aos Estados Unidos do século passado, quando, em janeiro de 1947, Arthur Schlesinger publicou um perfil pioneiro a respeito dos juízes da Suprema Corte em uma revista popular. Naquela

---

<sup>2</sup> Alusão a meu artigo intitulado “A Constituição Balzaquiana”, a ser publicado a propósito do trintenário de promulgação da Constituição Federal de 1988.

oportunidade, os *justices* Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram qualificados de *ativistas*. A justificativa: ao considerar que direito e política eram mundos indissociáveis, serviam-se de sua judicatura a fim de avançar na promoção do bem-estar social e na inculcação de suas visões sobre bem comum. A expressão só veio a se popularizar massivamente, no entanto, para qualificar a atuação da corte presidida por Earl Warren (1954-1969) – esta notabilizada por ter desenvolvido uma jurisprudência progressista em matérias de direitos fundamentais.<sup>3</sup>

Daí que se tenha falado em ativismo judicial, em suas raízes, como uma *reação conservadora* frente ao que insinuava ser uma vanguarda progressista da jurisdição constitucional. O termo indubitavelmente se revestiu de conotação negativa, quase insulto a um magistrado ou tribunal; remetia ao “exercício impróprio do poder judicial”, à ultrapassagem, pelo Judiciário, das fronteiras entre as esferas judicial e legislativa, sob a forma de decisões que contrariavam o “pleno significado da Constituição” em vistas à promoção das preferências pessoais dos juízes. Embora, naquela época, se ignorasse – propositadamente ou não – que condutas ativistas em si nada têm de inerentemente progressistas ou conservadoras.<sup>4</sup> Fato que enseja, por si só, a insuficiência da dicotomia conceitual entre ativistas e passivistas (estes procuram prezar pela maior deferência judicial ao respeitar a margem de conformação do legislador). Que, com muito mais razão, solapa a identificação do ativismo com a interpretação ideologicamente progressista dos dispositivos constitucionais. Esta não eflui ineludivelmente daquele. Desde então, chamou-se atenção para a desconfiança e a ambiguidade de que se tem contagiado o conceito sob exame. Exploraremos esse ponto em (c).

### **b) Causas político-sociais do ativismo judicial**

Cabe inquirirmos em que conjunturas sociais e políticas o ativismo judicial tornara-se apto a florescer, uma vez que é fenômeno relativamente recente na historiografia dos Estados modernos, e mais ainda na história política brasileira. Os estudiosos são unânimes em atribuir a uma severa e vertiginosa crise de representatividade política seu estopim de deflagração. Observa-se no marco de um grave divórcio entre os interesses da

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. [p. 246]

<sup>4</sup> *Ibid.* [p. 246].

sociedade civil e da classe política, em que esta mostra-se ineficaz para atender às demandas daquela, culminando em uma retração do Poder Legislativo e em um conseguinte alargamento do Poder Judiciário. Temos, então, como causa (i) o descrédito da legislatura oriundo de uma mais profunda crise de representatividade.

Havendo descrédito dos legisladores – da política *stricto sensu* –, surge tão logo uma desconfiança quanto à idoneidade e à lisura dos procedimentos políticos, que precisa ser contemporizada com as reivindicações populares por ética. Desponta como causa (ii) a crescente demanda social por controle ético na política, a ser exercido pelo Judiciário. Na esteira da desconfiança na política, brota também um (iii) vácuo de poder que reclama frequentes pronunciamentos judiciais quanto a questões políticas não resolvidas por um Legislativo omissivo.

Mas nenhuma dessas condições seria suficiente se não houvesse uma atitude, uma *inclinação volitiva* dos juízes no sentido de assumir uma postura ativista. Temos como causa (iv) o voluntarismo dos membros da magistratura em interferir nas questões políticas. Essa condição subjetiva, entretanto, só é possibilitada por uma condição objetiva, estrutural, que podemos chamar de (v) *condição democrática*: para que haja magistrados ativistas, é imprescindível que os princípios basilares do Estado democrático de direito, sobretudo a separação de poderes e os direitos fundamentais das minorais (princípio contramajoritário), estejam sendo observados, fato que franqueia aos juízes maior margem de independência frente às forças políticas hegemônicas.

A condição democrática se faz presente também na raiz de um fenômeno semelhante, com muita frequência associado, e mesmo confundido com o ativismo: a judicialização da política.<sup>5</sup> Mas ao contrário desta, descrita como fenômeno estrutural, que depende de causas e ambientes propícios, e não de opções, o ativismo judicial é uma *atitude*, uma “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.<sup>6</sup> Não basta, pois, que as decisões sejam carregadas dos fóruns políticos para os fóruns judiciais – o que inevitavelmente ocorrerá em democracias que

---

<sup>5</sup> Com o fenômeno da judicialização introduz-se um fator de complexidade nas estruturas constitucionais decisórias: áreas de competência anteriormente reservadas aos legisladores recaem sobre a esfera de atuação dos juízes: “Quando falamos da expansão global do poder judicial, referimo-nos à inserção dos procedimentos judiciais de decisão e afins (*judicial decision-making and courtlike procedures*) nas arenas políticas de onde eles previamente estavam ausentes”. VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts go marching in”. In: TATE, C. Neal; \_\_\_\_\_. *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1997, p. 13. (Tradução nossa).

<sup>6</sup> BARROSO, *Op. Cit.* [p. 247].

adotam a *judicial review* (judicialização da política), mas que os juízes reajam diante delas de modo proativo, interferindo decisivamente no conteúdo político da Constituição, maximizando ou minimizando o alcance de seus dispositivos (ativismo judicial). Podemos dizer, portanto, que (vi) a judicialização da política é uma condição que facilita e em certo sentido permite o ativismo judicial.

### c) Conceito e critérios para o ativismo judicial

Partindo do consenso de que o conceito de ativismo judicial está sujeito a irrefragáveis controvérsias, é-nos recomendável construir uma definição que seja adequada para os modestos limites deste ensaio, e que seja, ao menos provisoriamente, colocada fora de suspeita. Com suporte na literatura acadêmica de que nos socorremos, pudemos compilar três critérios determinantes e caracterizantes de uma postura ativista; ausente pelo menos um deles, não parece razoável reconhecer uma situação como tipicamente ativista. É importante ressaltar que apenas o critério (iii) torna necessariamente uma decisão *problematicamente ativista*, isto é, ativista em um sentido negativo:

(i) O ativismo judicial pressupõe o uso do poder jurisdicional para contestar e reverter decisões dos demais poderes do Estado, anulando atos normativos (do Executivo ou do Legislativo) cuja constitucionalidade é *prima facie* defensável. Segundo esse critério, mede-se o grau de ativismo pela frequência com que um juiz ou tribunal invalida as ações dos Poderes políticos, ou seja, “retira a decisão das mãos dos eleitores”. Em princípio, trata-se de conduta reprovável, pois, em uma democracia representativa, a constitucionalidade dos atos do legislador deve ser presumida (princípio do *in dubio pro legislatore*), cenário em que a soberania do povo estará devidamente resguardada pelo respeito ao vínculo representativo.<sup>7</sup>

(ii) O ativismo judicial pressupõe a “criação de um novo direito” a pretexto de interpretá-lo. Cortes ativistas tendem a desprezar os limites de sua própria atuação, demarcados pelo princípio da separação dos poderes, de sorte a procurar suprir omissões ostensivas ou aparentes dos demais Poderes. Frequentemente atuam positivamente na promoção de políticas públicas ou na regulamentação do jogo democrático fora das hipóteses taxativamente assinaladas em lei. Dentre todos os critérios, é o mais problemático e

---

<sup>7</sup> CASSEB CONTINENTINO, Marcelo. “Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 49, n. 193, janeiro/março 2012. [p. 143]

de difícil averiguação, uma vez que o limiar entre a criação e a interpretação do direito sempre foi extremamente nebuloso para a teoria jurídica, terreno ainda quase que completamente desconhecido. Sabe-se, porém, que a distância entre uma e outra pode ser bem menor do que aparenta.<sup>8</sup>

(iii) O ativismo judicial pressupõe a desconsideração dos princípios da coerência do direito e da segurança jurídica. Uma decisão é essencialmente ativista quando não se enquadra na orientação jurisprudencial consolidada, nem pode ser justificada com coerência dentro da tradição firmada, seja enquanto continuidade, seja enquanto ruptura ancorada em argumentos de justiça plausíveis. Isso porque não aplicar o precedente é o mesmo que não aplicar o direito preexistente e, por conseguinte, criar um direito inédito, à maneira da hipótese (ii), e julgar conforme a própria conveniência e subjetividade, sob a égide da aleatoriedade da escolha com base nas eventuais contingências. Pondera Marcelo Casseb Continentino: “o ‘casuísmo jurídico’ é o inimigo número um da noção de coerência ou integridade no direito e, ao mesmo tempo, o elemento revelador do ativismo judicial. Decisões distintas proferidas por um mesmo tribunal ou juiz em situações semelhantes deixam transparecer um forte potencial de ativismo, além de subjetivismo e de irracionalidade judicial”.<sup>9</sup>

Expostas as premissas para a detecção de um comportamento ativista – registrado o peso negativo inevitavelmente atribuído ao critério (iii) –, já podemos, tomando de empréstimo a formulação de Luís Roberto Barroso, determinar o que há de comum em toda decisão que recebe tal predicado. Quaisquer sejam as circunstâncias, uma decisão ativista tende a “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.<sup>10</sup> Decisão diametralmente oposta seria a autocontida (passivista), em que há deliberada redução de interferência nas ações dos outros Poderes.

Concluimos que a essência do ativismo judicial em sede constitucional, então, identifica-se com a *frequência em que se induz força normativa nos dispositivos indeterminados da Constituição, seja para maximizar, seja para minimizar seu alcance*. A in-

---

<sup>8</sup> *Ibid.* [p. 143].

<sup>9</sup> *Ibid.* [p. 144].

<sup>10</sup> BARROSO, *Op. Cit.* [p. 247].

interpretação resultante tanto pode ser dada em termos de consequências politicamente progressistas quanto conservadoras. Tanto pode restringir quanto aumentar o âmbito de abrangência da normatividade constitucional. No fundo, um ativista se comporta como se todas as respostas às questões juridicamente formuladas estivessem contidas *a limine* no *corpus* constitucional, cabendo-lhe um papel oracular com relação a eventuais soluções.<sup>11</sup>

#### **d) Críticas ao ativismo judicial**

Havíamos anotado a carga negativa que acompanha o conceito de ativismo judicial desde sua invocação inicial até os dias de hoje. Ela alude à extrapolação das funções inerentes à jurisdição rumo a uma invasão das atividades reservadas à legislatura e à administração do Estado. Não é de se espantar que o fenômeno tenha atraído tantas críticas, as quais podemos agrupar em três categorias principais: (i) político-ideológicas, (ii) quanto à limitação do debate e (iii) quanto à capacidade institucional.

(i) Críticas político-ideológicas: remetem ao tema da dificuldade contramajoritária, tal como problematizado no debate constitucionalista norte-americano. Por este ângulo, questiona-se a *legitimidade democrática* dos tribunais para intervir em assuntos políticos, considerando que os juízes não são agentes públicos eleitos pela vontade popular, mas que, ao invalidar atos legislativos e do governo, afetam-na diretamente.

(ii) Críticas quanto à limitação do debate: conseqüências da categoria anterior, inserem-se também na vertente das preocupações democráticas quanto às conseqüências do ativismo judicial. Alertam para o risco de haver excessivo confinamento do debate aos fóruns dominados pela linguagem técnico-jurídica, com conseqüente alijamento das maiorias que não dominam esse discurso especializado, o que significaria, na prática, um déficit de discussão democrática. As conseqüências do ativismo para a sociedade e para

---

<sup>11</sup> Compilemos também as dimensões semânticas do conceito de ativismo judicial, isto é, situações em que o mesmo é usualmente empregado na literatura jurídico-política, indicando tipos específicos de condutas. Refere-se frequentemente a: ativismo contramajoritário, quando tribunais são relutantes em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; ativismo não-originalista, quando a intenção do legislador é alijada da interpretação judicial; ativismo de precedentes, quando o magistrado tergiversa para os precedentes consolidados; ativismo jurisdicional, quando a corte resiste em aceitar limites formais de competência relativos à sua atuação; ativismo criativo, quando a decisão resulta na “criação” de novos direitos e teorias na doutrina constitucional; ativismo remediador, quando o Judiciário impõe obrigações aos outros Poderes; e ativismo *partisan*, quando a decisão é tomada no interesse de algum partido político ou grupo social. É bastante provável que um caso de ativismo configurará alguma(s) dessas hipóteses.

os tribunais podem relacionar-se como exato contrário: se podem despolitizar a sociedade, ao provocar a apatia das forças sociais, que cada vez mais dependerão do protagonismo dos juízes, podem, ao reverso, causar excessiva politização do Judiciário – efeito inadequado, tendo em vista que é desejável que o espaço judicial seja presidido pela razão em lugar das paixões.

(iii) Críticas quanto à capacidade institucional: decisões judiciais podem gerar, devido à imprevisibilidade de suas consequências, “efeitos sistêmicos indesejados” pelo motivo de que não raro podem versar sobre matérias que envolvam aspectos técnicos e científicos de enorme complexidade, sobre os quais os juízes não detêm conhecimento específico nem habilidade de previsão e resolução. Questiona-se, então, se deixar a solução a cargo do Judiciário é a opção mais socialmente benéfica em larga escala.

#### **e) O modelo construtivista de decisão judicial**

Como pode um juiz ou tribunal, desse modo, evitar de incorrer nos deletérios riscos que rondam as iniciativas ativistas? Há algum padrão hermenêutico empregado nas decisões assim qualificadas? O eminente constitucionalista estadunidense Cass Sunstein<sup>12</sup> observou que sentenças ativistas seguem modelos construtivistas. Juízes construtivistas costumam ser ambiciosos, seduzidos por pretensões doutrinárias: pretendem reconhecer novos direitos ou conferir aos direitos existentes novos significados, a partir de princípios positivados ou não no texto constitucional. Valem-se, para isso, da interpretação de profundas teorias morais ou políticas subjacentes. São também referidos como “perfeccionistas”, pois procuram fazer da Constituição “o melhor que ela pode ser”.

Sentenças construtivistas afloram sobretudo em casos difíceis (*hard cases*), cuja solução hermenêutica demandaria a elaboração de juízos interpretativos sofisticados com apoio em argumentos de princípio que envolveriam considerações sobre justiça, moralidade pública, bem comum, dignidade, igualdade, liberdade, função social e demais cláusulas semanticamente flutuantes. O procedimento da *leitura moral* preconizado por Ronald Dworkin é o típico exemplo desta espécie. Pela via da leitura moral, o juiz é estimulado a agir como um filósofo, a construir complexas teorias gerais para a solução de casos

---

<sup>12</sup> Conferir, por todos: SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

futuros visando à coerência quer com a história jurisprudencial do tribunal a que pertence, quer com as exigências presentes de equidade.<sup>13</sup>

O juiz construtivista concebe o texto constitucional de modo inflacionado, como se tudo já estivesse antevisto pela Constituição, e coubesse ao legislador a exígua responsabilidade de concretizar tarefas pré-definidas por valores e princípios positivados ou não, cujo conteúdo será necessariamente construído ao longo do empreendimento hermenêutico. A visão que um perfeccionista tem é despolitizada: de um mundo da política substituído pelo império do direito – especialmente pela Constituição. E, sendo os tribunais as instituições competentes para “dar a última palavra” sobre o significado concreto dos dispositivos constitucionais, a visão perfeccionista eleva a judicatura a um intangível “olímpo da vida pública”.

Não é incomum que juízes perfeccionistas sejam considerados imprudentes ou pouco democráticos, por não hesitarem em intervir em temas que dividem acirradamente opiniões na sociedade; e muitas vezes podem ser pouco reverentes à linha de precedentes seguida por sua respectiva corte. Assumem, portanto, uma posição polêmica em contraste com o papel tradicional da jurisdição. Sua atitude destoa do pluralismo imanente às modernas sociedades democráticas, nas quais é salutar a atuação criativa dos atores políticos, a mobilização da sociedade civil, o confronto de opiniões e pontos de vista numa esfera pública diversificada e caleidoscópica. O que marca a democracia é o pluralismo, a diversidade; é justamente a miríade de possibilidades que se abrem e se apresentam que permite que a experiência democrática constantemente se aperfeiçoe a si mesma. Uma visão excessivamente axiológica, segundo a qual para tudo existe um mandado ou uma proibição constitucional a ser “desvendada” pelos juízes, acarreta um risco democrático e pode funcionar como uma terrível armadilha para o constitucionalismo.

#### **f) Considerações acerca do Supremo como guardião da Constituição**

Com o complexo sistema de controle de constitucionalidade inaugurado pela Carta Política de 1988, o Supremo Tribunal Federal sobreveio nomeadamente como o guardião da Constituição (art. 102, *caput*). Não que às outras instituições do Estado ou à sociedade civil não caiba a defesa dos valores constitucionais; pelo contrário, o ideal é

---

<sup>13</sup> Conferir, por todos: DWORKIN, Ronald. *A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

vivermos em uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”,<sup>14</sup> onde todos a vivenciamos de forma cotidiana e inclusiva. Semelhante elocução significa, precipuamente, que o Supremo foi contemplado com a prerrogativa de decidir em última instância – seja concentrada, seja difusamente – acerca da compatibilidade de uma lei ou ato normativo com o texto constitucional. O que autorizou alguns a dizerem – não imunes à controvérsia – que o Supremo que emergiu da Constituição de 88 trata-se de verdadeira corte constitucional.

O STF foi colocado no vértice mais elevado de um sistema misto que concilia de forma mais ou menos bem-sucedida os modelos norte-americano e europeu (austríaco) de controle de constitucionalidade. Em suas competências prevalecem as matérias constitucionais, apreciadas ora em controle difuso, por meio do julgamento de caso concreto em única ou última instância em sede de recurso extraordinário (art. 102, III); ora em controle abstrato, monopolizado por meio do exame em tese de leis ou atos normativos em sede de ações constitucionais típicas (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição por descumprimento de preceito fundamental – art. 102, I, “a” c/c art. 102, § 1º c/c art. 103, § 2º).

Desde a redemocratização, acentuadamente desde há pelo menos uma década, anuncia-se pelos meios de comunicação e pela imprensa jurídica um protagonismo descomunal por parte do STF; ou o que parece fenômeno inusitado na história de um país cujos anais mal davam notícia da existência daquele “‘ilustre desconhecido’ terceiro Poder”. Essa sigla passou a povoar as mais comezinhas conversas entre as pessoas comuns. O que há por trás desse chamamento do STF aos holofotes da dramaturgia pública? Pronunciadamente a judicialização da política e o ativismo judicial soergueram-se como hipóteses (por vezes com força dogmática) explicativas dessa tendência. Não há contestações significativas, senão marginais, de que ocorra concretamente judicialização da política brasileira.<sup>15</sup> Quanto a constatar se nossos ministros são ativistas ou não, o assunto parece – como fizemos notar – um tanto mais obscuro.

---

<sup>14</sup> Ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

<sup>15</sup> Ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora: 2011.

É certo que a atual conjuntura brasileira parece abrigar as condições positivas para que tenham irrompido posições ativistas: premissas relativas ao desprestígio da classe política, em geral (seção *b*: causas *i*, *ii* e *iii*), à aproximada realização da chamada condição democrática (causa *v*), e a um bastante provável grau de judicialização da política (causa *vi*). Esse quadro é acentuado pelo extenso rol de entidades legitimadas para propor as ações do controle concentrado de constitucionalidade diretamente ao STF (art. 103 e incisos); e, principalmente, pelo amplo leque de direitos fundamentais e princípios impressos em uma Constituição analítica, a qual de algum modo dispõe sobre praticamente todos os assuntos que apeteçam ao mundo jurídico. Entre os dispositivos constitucionais que requerem proteção, estão as cláusulas pétreas. O STF é provocado a todo tempo, pelo amplo público de legitimados do art. 103, a dizer se algum ato do legislador ou do administrador colide com o extenso, quase inexaurível temário constitucional. É convidado a buscar respostas na Constituição, recebendo dessa incumbência um poder de primeira grandeza para as decisões mais fundamentais do Estado.

Donde não se conclui, todavia, que o Supremo como colegiado, ou que seus ministros em particular, sejam necessariamente ativistas. Para formular tal juízo, é impreterível que cada decisão seja individualmente avaliada, levando-se em conta principalmente a condição subjetiva (seção *b*: *iv* – o voluntarismo, a intenção de agir proativamente) e os pressupostos colacionados na seção *c*, relativos às três notas distintivas de uma decisão ativista. Somente a partir daí poderíamos tratar de uma tendência geral do tribunal no sentido de ser mais ativista ou mais autocontido. E, sendo ativista, investigaríamos se majoritariamente estampa matizes progressistas ou conservadores em seus julgamentos; e se os resultados do plenário maximizam ou minimizam o alcance do conteúdo jusfundamental que envolve certo caso difícil.

Tarefa desse porte demandaria um fôlego hercúleo, anos a fio de interminável pesquisa e um espaço que não ambicionamos consumir nem ocupar. Por ora, vamos deslocar nossa interrogação inicial, perguntando se o STF foi de fato ativista nos casos, e apenas naqueles casos, que sumariamente estudaremos à guisa de material de investigação. Escapou-nos um método rigorosamente criterioso de seleção dos casos julgados; em vez disso, optamos por tratar de alguns daqueles acusados, pela literatura jurídica e pelo imaginário coletivo e midiático, de servir como modelos paradigmáticos de performance ativista da Justiça brasileira.

### **g) Breve análise de casos julgados pelo STF**

(i) *Efeitos jurídicos do mandado de injunção*. O STF reverteu o entendimento até então consolidado, derivado da tese fixada no MI 107-3 QO/DF (Rel. Min. Moreira Alves), de que a ação de mandado de injunção tem seu objeto limitado à declaração da mora legislativa, sem que o direito seja efetivado no caso concreto (tese não concretista). Aos servidores públicos havia sido negado o direito ao exercício de greve enquanto não fosse editada lei (MI 20-4/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/05/1994). A adoção da tese concretista genérica, segundo a qual todas as categorias de servidores públicos (não somente as impetrantes, portanto) teriam legítimo direito à greve (efeito *erga omnes*) mesmo na ausência da edição de lei constitucionalmente reclamada, deu-se quando julgados o MI 670-9/ES (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007), o MI 708-0/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/11/2007) e o MI 712-8/PA (Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007). A decisão foi problematicamente ativista, pois patentemente contraditória com a história da tramitação da matéria na corte, sem que justificativa coerente e íntegra para a oscilação de entendimento (ônus de justificação) tenha sido oferecida. A linha evolutiva do assunto naquele tribunal apontava justamente para caminho diverso: anteriormente, no MI 695-4 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/03/2007) os ministros haviam reconhecido que o direito do impetrante cingia-se à notificação de mora legislativa; e, no MI 721-7/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/08/2007), que os efeitos da decisão se limitavam ao caso concreto (efeito *inter partes*). Nada além de um questionável ativismo, portanto, parece explicar tão brusca reviravolta jurisprudencial. E um ativismo que se inclinou a *maximizar* os efeitos da previsão constitucional da garantia do mandado de injunção.

(ii) *Uso de algemas*. O plenário do STF, ao julgar o HC 91.952 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/08/2008), restringiu o uso de algemas, considerando abusivas situações em que “o preso se oferece às providências policiais sem qualquer reação que coloque em risco a sua segurança, a de terceiros e a ordem pública”. Nestas, a aplicação de força ou constrangimento é vista como procedimento vexatório de infâmia social, abuso de poder despiciendo, que não se coaduna com a proporcionalidade dos meios e com a necessidade dos fins de assegurar a ordem pública. É forçoso reconhecer essa interpretação ao considerar os princípios do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), além das garantias de que ninguém será submetido a tratamento degradante (art. 5º, III), e de proteção do direito à imagem, à intimidade e à honra das

pessoas (art. 5º, X). Há, portanto, ativismo do Supremo no sentido de *maximizar* o alcance de direitos albergados no texto constitucional.

(iii) *Nepotismo em órgãos públicos*. Divulgada como uma grande conquista cidadã, a decisão na ADC 12 pôs fim à prática do nepotismo na Administração Pública. A ADC pediu o reconhecimento da legitimidade da Resolução n. 7/2005 do CNJ, que impedia o emprego de cônjuges, companheiros e parentes não concursados de magistrados nos tribunais. Em arroubo ativista, o Supremo edita a Súmula Vinculante n. 13, que estende a norma aos Poderes Legislativo e Executivo. Embora o conteúdo da decisão possa ser elogiável da perspectiva meritocrática e do ponto de vista da igualdade política, seu procedimento de confecção foi problemático segundo os esquemas do Estado de direito. Trata-se de circunstância em que o STF criou diretamente regra a partir de um princípio abstrato da Constituição (de uma conjugação dos princípios da moralidade e da impessoalidade), sem qualquer mediação legislativa, extrapolando sua função ao criar nova regra de direito, específica e minudente, claramente ancorada em uma escolha valorativa. É decisão ativista que *maximiza* o conteúdo dos princípios da moralidade e da impessoalidade, mas *minimiza*, em contrapartida, a estrita legalidade reclamada para o Direito Administrativo.

(iv) *Revisão da Lei de Anistia*. O STF rejeitou o pedido do Conselho Federal da OAB para declarar a incompatibilidade do art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei de Anistia (Lei n. 6683/79) com a Constituição de 1988 (ADPF 153, STF, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2009). Em decisão em que a corte se recusou a exercer postura ativista, foi corroborado o perdão dado aos representantes do Estado acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar (anistia estendida aos crimes políticos e conexos, cometidos no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), ajustado em acordo político no momento de transição do regime militar para a democracia. O Supremo confirmou a interpretação de que a anistia abrange tanto os crimes cometidos pelos opositores ao regime quanto os cometidos pelos funcionários do Estado. Este caso é paradigmático de uma postura autocontida (passivista), pela qual o Supremo evadiu de seu dever de aplicar a Constituição democrática, deixando o princípio do Estado de direito *minimizado* em sua totalidade.

(v) *União homoafetiva*. No julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 (STF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011), o STF aplicou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para excluir do dispositivo “qualquer

significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”. Constituir família, entidade basilar da sociedade e destinatária de especial proteção do Estado (art. 226 da Constituição), é igual direito para casais heteroafetivos e homoafetivos. Com apoio em uma interpretação combinada dos princípios da igualdade como diferença e da liberdade individual, elaborou-se uma sofisticada construção constitucional que reconheceu *status familiae* aos homoafetivos, proscrevendo discriminação das pessoas em razão do sexo e da orientação sexual (interpretação estendida do inc. III do art. 3º e do inc. I do art. 5º da Constituição), em homenagem ao direito fundamental do indivíduo à autonomia da vontade, à intimidade de sua vida privada, o qual inclui a liberdade de dispor da própria sexualidade; e em homenagem aos valores da diversidade e do pluralismo sociocultural que caracterizam o constitucionalismo fraternal. A decisão é ativista no sentido de que inaugura um direito que vinha sendo negado por inércia do Poder Legislativo. É perfeitamente coerente, contudo, com a tradição que vinha sendo perfilhada pelo tribunal ao interpretar o ditame da igualdade no sentido da igualização da condição de vida dos desiguais. É decisão, portanto, que *maximiza* o conteúdo da Constituição, ao ampliar o rol de titulares do direito à composição da entidade familiar.

(vi) *Cotas raciais em universidades públicas*. O Plenário do STF julgou, na ADPF 186 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012), que as ações afirmativas são deveres extraídos dos princípios constitucionais, que justificariam a constitucionalidade da política de cotas raciais da Universidade de Brasília. Julgado improcedente, portanto, o pedido formulado pelo Partido Democratas (DEM) apontando a ilicitude do sistema de reserva de 20% das vagas da UnB no processo de seleção de estudantes com base em critério étnico-racial. As cotas foram consideradas política necessária, proporcional e adequada à realização do aspecto material do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*), já amplamente difundido pela Constituição e reconhecido de forma incontestada pelo STF. Nessa óptica, o Estado deve considerar as diferenças existentes por motivos naturais, culturais, econômicos, sociais ou mesmo acidentais, ao lançar mão de políticas públicas que atinjam grupos sociais determinados, por meio da atribuição de certas vantagens que suplantem desigualdades geradas por situações históricas particulares. A intervenção estatal é reclamada pela justiça distributiva, que realoca bens e oportunidades e fomenta a inclusão social de grupos excluídos. A decisão guarda coerência com a linha evolutiva já promanada pela corte no que concerne às ações afirmativas e ao combate ao

racismo. O conceito jurídico de racismo já havia sido discutido nos autos do HC/QO n. 82.424-RS, sendo afastada a concepção biológica e sedimentada a histórico-cultural. A decisão pode ser considerada ativismo sob o prisma de que *maximiza* o conteúdo do princípio da igualdade a fim de nele abrigar valores sociais diversificados. Aumenta, consequentemente, a abrangência do direito à educação, reconhecendo-o concretamente em prol de uma geração de negros e pardos atingidos por histórica e enraizada discriminação.

(vi) *Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol*. Ao julgar a PET 3388 (STF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19/03/2009), a corte ratificou a portaria e o decreto presidencial que homologaram a demarcação contínua da reserva. A polêmica se deu pela imposição de uma série de condições (as dezenove salvaguardas) para a execução da decisão, a ser supervisionada pelo Supremo com auxílio do TRF da 1ª Região. Segundo contundente manifestação contrária da Procuradoria-Geral da República, não caberia ao STF traçar parâmetros abstratos de conduta, os quais sequer foram objeto de discussão do processo, portanto alheios ao contraditório. Os próprios ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, vozes dissidentes, declararam que a listagem era atípica e extrapolava o objeto da causa. Essa decisão está maculada do mais indisfarçável ativismo, pois que o Judiciário usurpa as funções administrativas, visto que cabe somente ao Poder Executivo da União estabelecer pormenores do ato executivo demarcatório, atividade criativa vedada à jurisdição. E muitas das chamadas salvaguardas atuaram no sentido de *minimizar* o alcance do direito à terra dos povos tradicionais, que era plenamente assegurado na portaria e no decreto originariamente examinados.

(viii) *Execução da pena após condenação em segunda instância (princípio da presunção de inocência)*. Por decisão da maioria, o Plenário do STF entendeu que o art. 238 do Código de Processo Penal (*Verbis*: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”) não obsta o início da execução da pena após condenação em segunda instância, após indeferir os pedidos liminares nas ADCs 43 e 44 (STF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/10/2016), propostas pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB. Na ação declaratória de constitucionalidade, os autores argumentavam que o aresto do tribunal no HC 126292 vinha gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que firmava a possibilidade de execução

provisória da pena; e, mesmo sem ter força vinculante, o julgado vinha sendo seguido por uma enormidade de tribunais e juízos de todo o país. Dos casos de ativismo judicial da mais alta corte nacional, este é o mais escandaloso do ponto de vista da técnica hermenêutica, pois deliberadamente contrário ao próprio texto constitucional. O art. 5º, LVII, da Constituição é explícito ao determinar que a presunção de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – isto é, até que sejam exauridas todas as vias recursais. Aliás, ministros dissidentes alertaram para a ignomínia jurisprudencial que se estava a realizar: o relator, Min. Marco Aurélio, a Min. Rosa Weber, o Min. Ricardo Lewandowski, e o decano, Min. Celso de Mello. A maioria dos magistrados, porém, deu primazia às razões de política criminal e a estratégias de persecução penal em detrimento da garantia dos direitos fundamentais, traindo assim a missão outorgada ao guardião da Constituição. Denuncia-se aqui um ativismo explícito e danoso, explicitamente incompatível com o próprio texto constituição, que *minimiza* o conteúdo do princípio da presunção de inocência.

#### **h) Conclusões**

É momento de retomar a questão inicialmente proposta. A partir da redemocratização, sobretudo desde há cerca de uma década, o Supremo Tribunal Federal – outrora um “ilustre desconhecido” terceiro Poder – ganhou amplo destaque midiático, que transcendeu mesmo os limites da imprensa jurídica especializada. De modo que o tribunal ocupa atualmente os holofotes da dramaturgia pública. E esse protagonismo descomunal é frequentemente tributado ao ativismo judicial. Indagamos, pois, se de fato, decorridos os trinta anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF faz jus à reputação de corte ativista.

Antes de mais nada, tivemos de conferir precisão conceitual ao vocábulo que então evocamos. Dadas as disputas semânticas em torno dele, fixamos que, para os efeitos deste ensaio, uma decisão ativista é simplesmente aquela que resulta na *maximização ou minimização da força normativa do texto constitucional*. Em termos mais específicos, uma postura ativista identifica-se com a *frequência em que se induz força normativa nos dispositivos indeterminados da Constituição, seja para maximizar, seja para minimizar seu alcance*.

Decisões ativistas ora invalidam atos dos demais Poderes do Estado, ora ocupam seus vácuos, ao criar um novo direito ou impor uma política pública. São necessariamente problemáticas, porém, quando incoerentes e injustificáveis perante a linha jurisprudencial seguida pelo tribunal. Tanto podem aumentar quanto diminuir o âmbito de abrangência de normatividade constitucional; e tanto podem ser ideologicamente progressistas quanto conservadoras. Um juiz ativista, na verdade, é aquele que emprega um método construtivista ou perfeccionista, na proporção em que compreende o texto constitucional como um oráculo para quaisquer questões morais, éticas, políticas e pragmáticas que venham a ser publicamente escrutinadas.

Investigar categoricamente um eventual viés ativista do Supremo pressuporia uma detida análise empírica de um sem-número de casos julgados, a fim de demonstrar tendências hegemônicas, registrar critérios e oferecer possíveis prognósticos. Limitamo-nos, contudo, a refletir sobre um material de análise específico, contendo oito julgados que podem ser reconhecidos como paradigmas na discussão pública sobre ativismo. (É importante registrar que passamos ao largo do critério subjetivo, dispensando a análise dos votos e das intenções volitivas dos juízes, e concentrando-nos nos resultados hermenêuticos). Em sete deles, pudemos detectar ativismo no sentido da interferência do tribunal na força normativa da Constituição. (Apenas no julgamento da Lei de Anistia o Supremo estampou uma postura autocontida).

Quanto ao binômio maximização/minimização das potencialidades de eficácia do texto constitucional, percebemos que falta um critério rígido ou uma tendência coerente na tomada de decisões. Enquanto em sentenças como no caso do mandado de injunção ou das algemas há uma inclinação para aumentar a abrangência do direito fundamental alegado, no já citado julgamento da Lei de Anistia há deliberada (por omissão) debilitação dos princípios constitucionais do Estado democrático de direito. Casos como do nepotismo funcionam de forma ambígua, pois que maximizam alguns princípios na proporção em que minimizam outros. Mesmo na temática dos direitos das minorias, o Supremo não mantém uma linha uniforme. Em julgamentos pioneiros e exemplarmente progressistas, reconheceu importantes direitos para populações negras e homossexuais, porém, em contrapartida, perdeu a oportunidade de avançar no reconhecimento dos direitos dos indígenas às terras originárias e, num dos maiores escândalos jurisprudenciais de sua história, o tribunal prestou um desserviço aos direitos individuais ao assassinar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Quanto ao critério da coerência, que está relacionado umbilicalmente à adequada fundamentação racional e à segurança jurídica, concluimos que a maioria dos casos analisados exibem um *ativismo problemático*, mesmo quando reconhecem positivamente direitos. O julgamento do mandado de injunção significou uma ruptura abrupta na linha de precedentes que até então vinha sendo construída. No julgamento do nepotismo, há criação de nova regra, ato de competência privativa do Poder Legislativo; enquanto no julgamento da reserva de terras indígenas Raposa Serra do Sol há criação de nova regra que competia apenas ao Poder Executivo – ou seja, há invasão de competência dos outros órgãos republicanos. No julgamento da presunção de inocência, há decisão contrária à literalidade do próprio texto constitucional. Já o julgamento da Lei de Anistia é incoerente justamente pela recusa à postura ativista, que culminou em uma retração das capacidades do próprio tribunal de salvaguardar a democracia. Notáveis exceções, que mostram coerência com o direito vigente, são os julgamentos das algemas, da união homoafetiva e das cotas raciais, que mostram que o Supremo *parcialmente* tende a ser generoso no reconhecimento de alguns direitos civis.

Sobressai, portanto, a ausência de critérios coesos e consistentes do Supremo Tribunal Federal na expressão e construção de um ativismo judicial. Nessa ausência, um ativismo tende a ser fatalmente problemático, indesejável, deletério para um Estado democrático de direito. Percebemos que o agir proativo é muito circunstancial, aleatório, por vezes norteados pelo sentimento das ruas, pela expectativa da imprensa e da opinião pública, pela consequência política e social de uma decisão. Esse seguramente não é o papel que se espera seja desempenhado pela jurisdição. Esperamos que no caminho trilhado pela nossa Suprema Corte aconteça qualquer reviravolta que anuncie a construção, com coerência e solidez, de um ativismo que realmente traga o espírito de nossa Constituição balzaquiana à sua máxima potência emancipatória e cidadã.