

CLUSTER: LegalTech.

CURSO: Direito

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO FRENTE AOS PERIGOS DO ATIVISMO JUDICIAL

William Andrade¹; Bruna Bastos²; Tassia Aparecida Gervasoni³

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo, andradewadv@gmail.com

² Mestra em Direito, Doutoranda em Direito pela UNISINOS, bts.bru@gmail.com.

³ Orientadora. Doutora em Direito, Docente na IMED, tassiagervasoni@gmail.com.

1 Introdução

As transformações da sociedade contemporânea, cumuladas com a lentidão ou com a ineficiência da atuação pública em implementar direitos garantidos pelo Estado, acabaram por gerar um significativo aumento da busca pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, uma aproximação da jurisdição constitucional com a política. É fácil perceber que isso ocorre, sobretudo, quando se fala em direitos sociais. Questões como a garantia de direitos humanos fundamentais, a implementação de políticas públicas distributivas e a promoção da justiça social, bem como a redução das desigualdades, dividem o cenário político e, não raras vezes, são deixadas para discussão no Poder Judiciário, considerando o seu caráter neutro e imparcial.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a judicialização de temas que deveriam ser objeto de políticas públicas, e se isso pode (ou não) incorrer em julgamentos subjetivistas. Ainda, busca-se compreender se a presença do “juiz legislador” pode contribuir para o fenômeno do ativismo judicial, considerando a deficiência do posicionamento dos demais Poderes sobre questões controversas. Para tanto, ampara-se no constitucionalismo contemporâneo e no papel fundamental da jurisdição constitucional para a implementação de direitos sociais e para a redução das desigualdades.

2 Metodologia

O método de abordagem utilizado para a construção desse trabalho é o dedutivo, na medida em que se parte de aspectos mais gerais sobre a atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos sociais previstos na Constituição Federal para, posteriormente, estreitar o estudo sob o viés da possibilidade de compreender os riscos de um ativismo judicial presente nas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, utiliza-se, também, do método de procedimento tipológico, uma vez que se busca traçar um panorama ideal sobre o posicionamento do Poder Judiciário frente à demora do Poder Legislativo no tocante à efetivação de direitos sociais. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica e a documental.

3 Desenvolvimento

Diante de uma sociedade cada vez mais desigual, em um cenário de ascensão neoliberal, onde a política e o social são demonizados, e a democracia fica à mercê dos mercados e da moral, o Estado acabou deixando de lado o seu papel fundamental: a promoção da justiça social. Trata-se da ineficiência da atuação pública em implementar direitos que o próprio Estado garante, mas que

são deixados de lado por demandas de Governo, quando deveriam servir de base para a própria existência de um Estado democrático. Esse movimento, aliado à inércia do Legislador em pautar a complexidade de uma sociedade em constante mutação, acabou gerando o que Bobbio (1986) já havia denominado de “promessas não cumpridas”.

Isso ocorre porque a Constituição Federal de 1988, em que pese ter um título direcionado apenas para os direitos e as garantias fundamentais de todo cidadão brasileiro e, dentre eles, um capítulo para tratar sobre os direitos sociais, determinou a existência de normas de eficácia limitada, embora também não se possa desconsiderar a previsão do artigo 5º, §1º, da Constituição. Em outras palavras, esses direitos precisam da edição de outras normas que realmente assegurem a efetividade desses direitos. Entretanto, percebe-se que o Poder Legislativo apresenta uma demora excessiva na regulação dessas legislações capazes de dar continuidade aos direitos sociais previstos no texto constitucional. Assim, impôs-se um desafio ao Poder Judiciário, que não pode ignorar a situação contemporânea diante do abismo social que parece somente aumentar e das transformações constantes do mundo real.

Dessa forma, o Poder Judiciário acaba proferindo decisões que demandam uma posição ativa do Estado, no sentido de cobrar do Poder Legislativo uma atitude frente à efetividade de direitos sociais. Luis Roberto Barroso (2008) aponta, nesse contexto de proatividade do Poder Judiciário, alguns riscos para a legitimidade democrática, vez que os julgadores não são agentes públicos eleitos e, portanto, não podem ser considerados representantes da população brasileira - como parece ser o caso dos membros do Poder Legislativo. Entretanto, o autor apresenta duas justificativas para a legitimidade do juiz ao invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular.

A primeira é a normativa, decorrente da própria Constituição que atribuiu ao Judiciário esse poder, inclusive com o controle de constitucionalidade, o qual é um dos mais abrangentes do mundo, sendo que qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada pelo Supremo Tribunal Federal. A segunda é a filosófica. Barroso aponta que entre democracia e constitucionalismo, vontade da maioria e efetivação de direitos fundamentais, podem surgir inúmeras situações de conflito aparente. (BARROSO, 2008)

Dessa forma, a Constituição deve assegurar a democracia e proteger os valores e direitos fundamentais. Portanto, segundo Barroso, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia, mais do que um risco (BARROSO, 2013, p. 110-116). Mauro Capelletti (1993, p. 46), por sua vez, vê no crescimento da atuação jurisdicional um antídoto contra a obsolescência das leis, a obstrução e a inércia do Poder Legislativo, defendendo o papel do controle de constitucionalidade dentro de um sistema de freios e contrapesos entre os Poderes. Isso tem fundamento no fato de que, frente à previsão constitucional dos direitos sociais, a sociedade não pode ter seus direitos cerceados em razão de uma demora do Legislativo em aprovar normas que garantam essa efetividade.

Trata-se, contudo, de unilateral ponto de vista: o controle do judiciário sobre o legislativo, ou seja, sobre as leis, de modo nenhum significa superioridade do primeiro sobre o segundo, se constitui um aspecto de bem equilibrado sistema de controles recíprocos, ou seja, de *checks and balances* (CAPELLETTI, 1993, p. 93).

Para ele, democracia significa também participação, tolerância e liberdade, sendo que o Poder Judiciário pode dar-lhe grande contribuição, de maneira ativa, dinâmica e criativa, garantindo a preservação do sistema constitucional de freios e contrapesos. (CAPELLETTI, 1993) Ocorre que, nessa atuação proativa do Judiciário e na crescente demanda que chegou na sua esfera,

percebeu-se a intensificação do debate jurídico de temas socialmente sensíveis e, o que pode ser um problema para a própria democracia, o aumento de decisões judiciais baseadas em convicções pessoais de magistrados, ou fundamentadas em argumentos morais, políticos e religiosos.

Deve-se, portanto, fixar-se uma “linha” na atuação do Judiciário a fim de limitar seu papel na efetivação de direitos que o próprio Estado garante? Talvez seja esse o grande problema. Pode-se entender essa “linha” como a diferenciação entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, senão vejamos.

Clarissa Tassinari (2013, p. 27) inicia tal diferenciação estabelecendo como ponto comum entre ambos justamente o fato de serem empregados para demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura. Entretanto, a autora justifica sua diferenciação no perigo de afetarem-se as bases democráticas que se funda o Estado brasileiro, o que facilmente aconteceria se o direito fosse resumido a um mero produto das decisões judiciais.

Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]) (STRECK, 2014, p. 621).

A partir desse ponto, Streck alerta para o perigo de o ativismo judicial estar abrindo caminhos para um “governo de juízes”, uma vez que o constitucionalismo proporcionou essa dilatação do mundo jurídico, o que se intensifica com a gama de direitos previstos na Constituição. Esse contexto leva em consideração as diferentes teorias do Direito para poder estreitar a compreensão dos perigos trazidos por decisões solipsistas para a manutenção das bases da própria Constituição Federal de 1988, abrindo caminho para “aberrações” jurídicas baseadas em interesses distintos daqueles efetivamente vinculados ao Direito (STRECK, 2013)

Percebe-se que o ponto em comum entre os autores é justamente o entendimento que a judicialização da política é um fenômeno com causas alheias à jurisdição, que caminha junto à ineficácia da implementação de direitos pelo Estado, acabando por aumentar a litigiosidade jurisdicional. O ativismo judicial, por sua vez, é a extrapolação do limite, o cruzamento da “linha” constitucional, quando o judiciário relaciona a decisão judicial a critérios de desejo e de vontade, incluindo outras percepções para além daquilo que deveria ser o Direito.

O francês Antoine Garapon (1996, p. 54) afirma que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”. Percebe-se que Garapon associa o fenômeno do ativismo judicial com desejo e escolha, evidenciando que essa centralização jurisdicional não aparece como um fenômeno social, mas sim como uma postura de juízes e tribunais na afirmação de suas vontades. (TASSINARI, 2013, p. 61-62).

Uma questão que ilustra perfeitamente o panorama perigoso que se forma quando se alia jurisdição e decisionismo está nas recentes flexibilizações da legislação trabalhista, levadas a cabo tanto pelo Poder Legislativo quanto por decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. Quando instados a decidir sobre a constitucionalidade da Medida Provisória, editada em 2020, que permitia a redução dos salários e das jornadas de trabalho em razão da pandemia da Covid-19, o STF decidiu, por maioria, que a medida era constitucional mesmo sem comunicação ao respectivo sindicato, mesmo que a Constituição tenha previsto que, em situações excepcionais, essas reduções poderiam ser realizadas desde que comunicadas ao sindicato. Isso significa que o STF trouxe à

baila os interesses neoliberais e colocou-os acima dos direitos constitucionais trabalhistas, em claro ativismo judicial. (BRASIL, 2020)

Em síntese, o fenômeno do ativismo judicial apresenta-se como um problema de teoria da interpretação do Direito, sendo decorrente de um ato de vontade do intérprete. Nesse ponto, a Crítica Hermenêutica do Direito surge como resposta a superar o subjetivismo e a discricionariedade, através do que se chamou Constitucionalismo Contemporâneo e de uma “nova teoria da decisão judicial”. Para Streck (2013, p. 114), combater a discricionariedade e o ativismo judicial requer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, de forma a evitar que decisões solipsistas interpretem a Constituição de maneira contrária ao próprio texto constitucional.

Isso significa não olvidar que a jurisdição constitucional se mostra fundamental para a concretização de direitos e para a defesa do papel social compromissário da Constituição, além de que os tribunais são responsáveis pela garantia da constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, podem servir de contrapeso, limitando o exercício dos demais Poderes e a incidência de interesses que vão na contramão da efetividade desses direitos sociais.

Dessa forma, a fim de balancear a importância e a necessidade do Judiciário na efetivação do papel social do Estado com a luta contra o decisionismo e o solipsismo dos julgadores, deve-se pensar a atuação jurisdicional por meio de uma nova teoria da decisão judicial, com o objetivo de se obter respostas corretas (constitucionalmente adequadas) em Direito, que podem ser centralizadas nos seguintes elementos: numa viragem linguística ontológica, amparada na hermenêutica filosófica gadameriana; na construção de responsabilidade política dos juizes, já que passaram a decidir questões que envolvem direitos sociais; no dever de fundamentação das decisões (que foi inserido no Código de Processo Civil de 2015), que exclui a presença da “vontade do juiz” e retira a condição de escolha no julgamento; e numa fundamentação constitucionalmente adequada, que orienta a correta aplicação de princípios constitucionais, para que se garanta o compromisso com o Estado Democrático de Direito.

4 Considerações finais

Diante do problema apresentado, o Constitucionalismo Contemporâneo comporta instrumentos adequados para responder à crescente demanda social-judicial apresentada aos tribunais brasileiros, sem que se incorra em ativismos judiciais e seu específico problema: a discricionariedade e a inclusão de interesses diversos daqueles constitucionalmente assegurados. Para tanto, a teoria da decisão judicial apresentada por Lenio Streck parte do pressuposto de uma defesa intransigente da jurisdição constitucional; afinal, além de servir como forma de garantia de direitos fundamentais e de justiça social, serve de corretivo àquelas ações legislativas que não respondam de maneira adequada (ao texto constitucional) aos anseios da sociedade, atendendo, inclusive, ao princípio democrático.

Deve-se haver um controle das decisões jurisdicionais, que não se confunde com a diminuição do papel da jurisdição constitucional, mas que sirva de barreira ao sujeito solipsista, aquele que decide conforme sua consciência e a partir de suas vontades, ignorando as respostas corretas e, portanto, constitucionalmente adequadas que deveriam ser proferidas nos casos concretos. Nesse contexto histórico, não se necessita de ativismos judiciais para a concretização da Constituição. Deve-se, portanto, reduzir a presença de subjetivismos e, conseqüentemente, de um ativismo judicial violador da Constituição Federal, uma vez que essa postura não condiz com a efetividade de direitos sociais.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Conjur**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.363**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 06 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2021.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessa: justiça e democracia; tradução de Francisco Aragão**. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.