

O futuro do STF: na retranca, como diz Toffoli, ou no ataque?



Nesta coluna, falarei também do episódio envolvendo o ministro

Lewandowski no voo SP-BSB!

O Supremo Tribunal Federal, nestes 30 anos, tem praticado uma dose considerável de ativismo. Chegou até a se falar em STF como “vanguarda iluminista”. Muitas teses que resultam de julgamentos mais parecem leis gerais do que *holding* de precedentes. De um período para cá, até o ano de 2018, o STF chegou até mesmo a assumir, pelo menos por parte de alguns ministros, embora sem confessar explicitamente, a tese do dualismo metodológico do final do século XIX, pelo qual a realidade social tem primazia sobre a realidade normativa (falo disso no meu livro [30 Anos da CF em 30 Julgamentos – Uma Radiografia do STF](#), Editora Forense, 2018). Esse dualismo está presente em teses como “é preciso ouvir a voz das ruas”. Todos sabem de minha posição ortodoxa: contra a voz das ruas, ouçamos o ronco da Constituição.

Tenho criticado toda vez que o Judiciário (faamos aqui só do STF) assume uma postura ativista. Esclarecendo: ativismo é diferente de judicialização, confusão que é feita por parcela considerável da comunidade jurídica, ao ponto de uma pesquisadora (mas não só ela!) chegar a classificar de ativista decisões de controle de constitucionalidade — tarefa precípua da corte.

Quando [falei sobre isso](#) à época, disse, e retomo aqui, que “*Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo (que é comportamental, espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo)*”. Vejam: O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa.

Construí um modo — talvez possamos chamar a isto de fórmula — que aparece no voto do



ministro Gilmar quando da discussão acerca do *homeschooling* ([falei](#) na coluna *Observatório Constitucional*) e que oferece as condições para diferenciar o ativismo (deletério) da judicialização (contingencial e saudável em uma democracia). Basta fazer as três perguntas fundamentais que ali estão delineadas. Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista.^[1]

Dito isto e com a mudança de governo que ocorrerá em 1º de janeiro, preocupou-me um movimento dúplice (que, *mutatis mutandis*, diz uma coisa só) do ministro presidente da corte, Dias Toffoli. A um, seu artigo para o *El País*; a dois, e principalmente, sua entrevista para a imprensa internacional, na qual acentua que “é o momento de o Judiciário se retrair e retomar a clássica divisão dos poderes”, e que “não cabe ao Judiciário ser centroavante, mas nós seremos zagueiro”.

Se isso acontecer, teremos um ativismo às avessas, isto é, teremos um Supremo Tribunal que saltará, de um indevido e exacerbado intervencionismo, a um *self restraint* que deixará a descoberto conquistas e direitos que estão na Constituição Federal e que, por alterações constitucionais ou legais, poderão ser fragilizados. Corremos o risco de termos uma Constituição Dirigente Invertida, como bem denuncia Gilberto Bercovici, conforme coluna que escrevi há alguns anos ([aqui](#)).

Por isso, não concordo, *permissa vênia*, com o Presidente Toffoli, de que devemos voltar a uma *clássica* separação de poderes. Permito-me dizer, acompanhado de Hesse, Canotilho, Heller, Ingo Sarlet, Martonio, Cattoni, Rodrigues Jr, Bercovici, Bolzan, J. Miranda, entre tanta gente, que essa *clássica* separação foi ultrapassada já por dois modelos de Estado. O modelo de hoje, constante explicitamente na Constituição, nem de longe é o “clássico”. O clássico foi superado de há muito. Não há como negar isso.

De outra banda, concordo que devemos voltar à política. E penso que, nisso, sou insuspeito. Sou, talvez, o crítico mais ácido do protagonismo judicial, fenômeno esse que vem prejudicando direitos e garantias nos diversos ramos do direito, que vão desde o direito penal e processual penal (transformados em um “[direito 4.0](#)”) até o direito civil (invadido por cláusulas gerais e pamprincipialismos), sem contar o velho instrumentalismo que continua a dominar o processo civil, mesmo diante das alterações de 2015. Parece que, no processo civil, o fantasma de Bülow não rompe as correntes.

No entanto, isso não quer dizer que o STF, a partir de agora, nesse “*antiprotagonismo turn*” proposto pelo presidente, possa vir a permitir que o Executivo e o Legislativo façam suas políticas livremente. Permito-me discordar, precisamente a partir de meu ortodoxismo constitucional. *Self restraint* pode levar à perda de direitos. Aliás, é para garantir direitos é que existe o contramajoritarismo.

De minha parte, a partir de tudo o que já escrevi, penso que devemos exigir a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais. Devemos, os juristas, exigir respeito aos princípios da ordem econômica social-democrata. Levando a Constituição a sério, não é qualquer reforma à Constituição Federal que será compatível com ela mesma. Por exemplo, posso afirmar, a partir das melhores concepções constitucionais, que não é qualquer programa de privatização que será adequado ao programa constitucional.

Por isso, afirmar uma *clássica* separação de poderes é arriscar deixar que a estrutura social construída à luz da Constituição Federal seja fragilizada ou até mesmo aniquilada. Em outras palavras, uma postura *self-restraint*



invocando uma *clássica* separação corre o sério risco de descolar a constituição financeira da constituição social. E de defender — ou permitir — uma leitura deflacionária dos direitos fundamentais. *O risco é voltar aos dualismos metodológicos*. E de a Constituição perder a sua força normativa. Isto é, o risco de a Constituição Federal perder seu caráter normativo e se transformar em (mera) uma carta política.

O que deve fazer o STF nas seguintes pautas? (i) Reformas da previdência e trabalhista, (ii) PEC do Teto, (iii) privatizações, (iv) venda de terras para estrangeiros, (v) papel do habeas corpus (Súmula 691 continuará fazendo vítimas?), a Escola Sem Partido [sic], etc.? Deve assumir uma postura *self-restraint*? O STF jogará de zagueiro? Ficar atrás, esperando ser atacado, para usar a metáfora ludopédica?

E a pergunta que não quer calar, e que trata de liberdades públicas e de discussão de uma cláusula pétrea da Constituição: o STF vai deixar assim mesmo, na inércia e na incerteza, o julgamento das ADCs 43, 44 e 54 que tratam da presunção da inocência? Será que nem sequer a nossa Suprema Corte esclarecerá esse imbróglio pelo qual dois votos (Fux e Barroso) valem mais do que nove? Isto é: o STF não deixará claro se a prisão em segundo grau é automática (e há só dois votos nesse sentido), ou se ela dependerá de exame de circunstâncias (como disposto nos 9 outros votos)? É, afinal, “deve prender” ou “pode prender”?

Ainda, para finalizar, coube a um jornalista, Bruno Boghossian, da *Folha de S.Paulo*, a melhor análise sobre o futuro do STF. Em matéria intitulada *Supremo precisa decidir se pode ou não se intrometer em outros Poderes* ([aqui](#)) lembra decisões ativistas da corte, como a decisão no caso de Lula impedido de ser ministro, o caso Cristiane Brasil, a decisão monocrática que cancelou tramitação de projeto de lei e o trancamento da privatização de uma distribuidora de energia elétrica. E acrescento outras, como a não colocação em pauta das ADCs sobre presunção da inocência — ato monocrático-discrecional —, a decisão liminar sobre o aborto, a cassação de deputados, demarcação de terras indígenas, enfim, um rosário de decisões que podem ser classificadas como interventivas-ativistas.

Daí a pergunta: Como construir um caminho intermediário entre o clássico *self-restraint*, que, por exemplo, atrasou o mandado de injunção no Brasil por mais de década (hoje está esvaziado), e o exacerbado *anti-self-restraint*, cujos exemplos são bem maiores que as decisões que podem ser enquadradas como frutos da “clássica” [sic] separação de poderes?

Eis o desafio. Digo isso não por causa do novo governo, mas, sim, face ao efetivo papel que uma Suprema Corte deve exercer. Na Europa, essa questão volta sempre que direitos fundamentais são colocados em risco, fazendo com que sejam lembrados os tribunais constitucionais. Por aqui, por óbvio, não apenas os direitos fundamentais exigem e exigirão o cumprimento estrito da Constituição.

E, veja-se: cumprir a Constituição à risca quer dizer que, por vezes, uma decisão pode parecer ativista, mas, na verdade, apenas cumpre o caráter compromissório da Lei Maior. Ou apenas cumprem as clássicas liberdades e prerrogativas de Poderes, como foi o caso da decisão do indulto. Não é necessário invocar o *self-restraint* para aplicar a Constituição no caso do indulto. Registre-se que, para derrubar algum dispositivo do indulto, em remotíssima hipótese — *não presente nesse Decreto* — o ônus hermenêutico exigiria uma *Untermassverbot* [princípio da proibição de proteção insuficiente] bem aplicada, sendo que, por óbvio, no lugar da inconstitucionalidade nada poderia ser colocado. Nada. Logo, do indulto, só poderia ser sacado eventual dispositivo que, materialmente, feriria a Constituição



Federal. Jamais algum dispositivo motivado pelo subjetivismo judicial. E muito menos colocar alguma coisa no lugar. Isso é que é ativismo.

É o velho caminho do meio de Aristóteles; a resposta não está nos extremos. Há um modo de se fazer as coisas no Direito. Entre o ativismo *behaviorista* e a complacência com a tirania. Entre uma caricatura, um simulacro malfeito do *jusnaturalismo* autêntico e um formalismo raso. Entre um realismo jurídico — “Direito é o que o Tribunal diz que é” e uma espécie de realismo legislativo radical — “Direito é só, e qualquer coisa, que o legislador diz que é”.

Direito pode não ser uma abstração transcendente, mas disso não se segue que não deve ser levado a sério enquanto um fenômeno autônomo em sua própria tradição.

Por isso, insisto, há que saber bem a diferença entre ativismo e judicialização. Todos os dias vejo a repetição desse tipo de equívoco. Mas parece que não adianta. Dá a impressão que há um prazer em certos juristas e doutrinadores em repetir o mantra da confusão dos conceitos.

Tenho escrito e me dedicado a esse trabalho de pesquisar sobre o papel que deve ter um Tribunal. Sou um otimista. Para mostrar isso, socorro-me de uma metáfora lembrada por Elio Gaspari, atribuída a W. Churchill: dois sapos caem num jarro de leite. O pessimista logo se afogou, dizendo que nada podia ser feito. O sapo otimista começou a se debater e a debater... De tanto fazer isso, o leite virou manteiga e se salvou!

Sou, pois, um sapo otimista. Qual é o esquema tático que o STF deve assumir? Para mim, posso não saber exatamente qual, mas sei aquele que ele não deve: o da clássica separação de poderes, isto é, o *self-restraint* que fica olhando o outro time jogar. Também sei que ele não deve assumir um esquema ofensivista (ativista). A Constituição é norma. Lembrando que sobre a clássica separação e o voluntarismo, sempre surge a velha e errônea dicotomia: “juiz boca da lei ou dono da lei?” Minha resposta: Nenhum dos dois. Os dois são deletérios. Os dois não ganham campeonato!

Post scriptum: Falta de educação e 15 segundos de fama

Um cidadão, contingencialmente advogado, fez um escarcéu no voo SP-BSB. Sem qualquer urbanidade e senso de ocasião, provoca ofensivamente o ministro Ricardo Lewandowski. Visivelmente provoca. Tudo filmado, é claro! Imagem é tudo! Para que o mundo todo visse! Chama o ministro pelo nome e em seguida diz que o STF é uma vergonha. Antes de terminar o imbróglio — a polícia foi acionada — o cidadão, novamente sob o foco de uma câmera de celular (afinal, sem filmar, não tem graça, pois não?) faz um veemente discurso político com menções a dois ex-presidentes da República.

No discurso ficou claro o motivo pelo qual o protestador resolveu atacar o ministro. E pediu aplausos. E os recebeu, ao que consta. Episódio lamentável. Não se pode — mormente se o xingador é advogado — hostilizar ministro do STF de quem não se goste. Aliás, disse o cidadão em tela que suas prerrogativas estavam violadas. Mas, afinal, ele teceu o comentário como cidadão ou advogado? Se como advogado, pior ainda.

Não é a primeira vez que ministros são hostilizados. Por pessoas que não concordam com eles. Os protestadores alegam democracia. Sim. Mas, seriam eles democráticos ao não se aguentarem e atacarem ostensivamente os ministros ou a instituição STF? Fiz o mesmo comentário em congresso da Abracrim



defendendo o ministro Fachin. E ao ministro Gilmar, também vítima de mais de um episódio desse tipo. E farei essa defesa de todos os que forem atacados em circunstâncias quetais!

Como se diz lá na minha terra (a do *Bagualossaurus Agudensis*), respeito é bonito! Desrespeito é feio!

1 Ainda, para uma importante diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, ver TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2013.

Date Created

06/12/2018