

Fortalecimento do controle de constitucionalidade estimulou ativismo

Com o fortalecimento que conferiu ao controle de constitucionalidade, a [Constituição Federal de 1988](#), que completa 30 anos nesta sexta-feira (5/10), aumentou a importância do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal. No entanto, estimulou o ativismo judicial e incrementou o número de processos.

Divulgação



30 anos depois, modelo amplo de controle de constitucionalidade da Constituição Federal resultou em ativismo, judicialização da política e politização da Justiça, avaliam juristas.

Antes da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade era feito de forma difusa, no julgamento de casos concretos, ou concentrada, por meio da representação de inconstitucionalidade, que só poderia ser movida pelo procurador-geral da República. Embora os modos de se fazer esse controle fossem os mesmos de hoje, sua aplicação e instrumentos eram bem mais restritos. Até porque “nem Constituição havia”, e sim “um [arremedo](#) outorgado por uma Junta Militar, em 1969”, aponta o jurista **Lenio Streck**, que é colunista da **ConJur**.

A Carta Magna de 1988 mudou esse cenário. Primeiro com a ampliação de direitos e obrigações do Estado decorrente do modelo “dirigente”, destaca o advogado e professor emérito de Direito Constitucional da USP **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**.

Em poucos anos, foi reconhecida a força normativa da Constituição e o papel decisivo do Judiciário em sua concretização, afirma o ministro **Luís Roberto Barroso**, do STF, no livro *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. A partir daí, ressalta, a agenda da academia jurídica se deslocou para o tema da interpretação constitucional. Com isso, o peso dos princípios aumentou, e eles passaram a figurar ao lado das normas para juízes decidirem, avalia Barroso.

Em segundo lugar, a Constituição incrementou a quantidade de instrumentos para se exercer o controle de constitucionalidade e buscar a efetivação de normas. Foram criadas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção, o Habeas Data e, posteriormente, a ação declaratória de constitucionalidade.

Nem todos esses instrumentos são necessários, porém. Lenio Streck diz que a ADC é uma “jabuticaba”,



e que poderia ser extinta. “Veja-se o caso das ADCs 43, 44 e 54, que tratam da presunção da inocência. Nelas, pode-se dizer o que se quiser dizer, mas continuará a ser insuficiente para convencer o STF de que onde está escrito X, leia-se X. Um dos votos no STF chegou a fazer uma interpretação conforme do princípio da presunção da inocência com o [Código de Processo Civil](#)”.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende o fim de diversos institutos “inúteis”, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Habeas Data e a ADPF. O mandado de injunção, na visão do jurista, deveria ter seu alcance melhor definido.

O terceiro fator é que a Constituição alargou o rol de legitimados a propor medidas de controle de constitucionalidade. Antes da Carta de 1988, somente o PGR podia mover ADI. Depois dela, diversos órgãos públicos, partidos políticos e entidades de classe passaram a poder questionar se uma norma estava de acordo com o texto constitucional.

Lenio acredita que deveria ser mais rígida a legitimidade de associações e partidos. “Legitimação demais é legitimação de menos”, diz. Ferreira Filho defende que entidades não políticas só possam questionar “questões estritamente concernentes a suas finalidades”.

Ativismo judicial

Logo após a promulgação da Carta de 1988 ficou claro que o alargamento do controle de constitucionalidade poderia levar, como já começava a levar, a uma judicialização da política. E disto fatalmente decorreria uma politização da própria Justiça, analisa Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Nesse contexto, aponta, o ativismo judicial começou a se manifestar. Ou seja: juízes passaram a “editar normas como concretização de princípios, interferir em políticas públicas, determinar proibir o que não estava nas leis, nem na própria Constituição. E fazê-lo frequentemente em função de suas idiossincrasias ideológicas”.

Esse fenômeno se intensificou no século XXI e atingiu o STF. Porém, esse movimento não é exclusivo do Brasil, ressalta Barroso. Conforme ele diz no livro, o Direito Constitucional passou a se identificar com constituições mais detalhistas, tribunais dispostos a assegurar seus direitos e métodos interpretativos menos formalistas.

“Foram imposições dos novos tempos e de novas realidades. A Constituição, progressivamente, passou para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o bom e velho [Código Civil](#), depois efetivamente substituído por um novo. A centralidade da Constituição trouxe a constitucionalização do direito – isto é, a leitura de todo o ordenamento infraconstitucional através da lente da Constituição – e uma judicialização abrangente”, analisa o ministro, um dos principais representantes da segunda geração de constitucionalistas pós-88.

A visão de Ferreira Filho sobre o crescimento do ativismo judicial é menos positiva. Para ele, o ativismo no Supremo é “extremamente grave”, pois é a corte que dá a última palavra nos litígios – portanto, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algo.

Como exemplo de ativismo do STF, o professor cita decisões no “plano estritamente político”, como a



anulação da [cláusula de barreira](#), a determinação de que réu não pode integrar a [linha sucessória](#) do presidente e o veto a ministros, como [Lula](#), indicado para a Casa Civil por Dilma Rousseff, e [Cristiane Brasil](#), que Michel Temer escolheu para chefiar o Ministério do Trabalho.

O Supremo também vem agindo de forma ativista em matéria penal, destaca o professor da USP. Isso ao permitir a [execução da pena](#) antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ao considerar que [aborto](#) ocorrido até o terceiro mês de gestação não é crime e ao [suspender](#) o decreto de indulto.

Muitas vezes, o ativismo ocorre em decisões colegiadas. Mas, não raramente ele se manifesta em decisões monocráticas de “motivação simplificada”, critica Ferreira Filho.

“A estruturação constitucional do controle de constitucionalidade abriu, sem dúvida, as portas para a judicialização da política e, conseqüentemente, para a politização da Justiça. Mas o ponto em que chegamos é devido a um voluntarismo elitista, que põe argumentos jurídicos e instrumentos jurídicos a serviço de ideias e concepções pessoais, com a pretensão de serem iluminadas, em face do obscurantismo de todos os que não as aceitam. Por isso, pode-se sustentar que existe hoje uma ‘nova’ Constituição em lugar daquela que se comemora haver alcançado trinta anos de vigência”, opina.

Sem culpa

Lenio Streck não concorda que o modelo de controle de constitucionalidade é responsável pelo aumento do ativismo judicial e da judicialização. Pelo contrário: bem empregado, o controle de constitucionalidade “é uma garantia contra o ativismo e uma segurança para uma boa judicialização”.

A judicialização, segundo o colunista da **ConJur**, é quando uma decisão pode ser dada não só em favor de uma pessoa, mas a todos que estão nas mesmas condições que ela. Contudo, se isso não for possível, o Judiciário estará agindo de forma ativista – algo negativo para o sistema, avalia o jurista.

O ativismo, argumenta Lenio, é uma atitude comportamental do Judiciário. “O Judiciário, em vez de fazer controle difuso ou concentrado, faz um atalho. Esse atalho é pernicioso. Um juiz ou tribunal só pode deixar de aplicar uma lei (regra jurídica) se esta for inconstitucional. Também há outras cinco hipóteses: interpretação conforme, nulidade parcial com ou sem redução de texto, aplicação do critério das antinomias e quando uma regra colide com um princípio normativo. Fora do âmbito dessas hipóteses, o Judiciário estará descumprindo a divisão de Poderes”.

Para o jurista, o ativismo no Brasil deve-se à “importação indevida” de teses como as da ponderação, as do realismo jurídico, do neoconstitucionalismo e das análises econômicas do Direito. Os ramos mais atingidos pelos fenômenos são os de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Penal. “Há decisões judiciais concedendo ao pai de gêmeos 180 dias de licença paternidade, embargos que são julgados por livre convencimento, no Direito Processual Penal julga-se com base na livre apreciação da prova. Ou seja, julga-se conforme o gosto do juiz. No Ministério Público é a mesma coisa. Tornou-se comum o uso estratégico do Direito”.

A Escola do Direito Livre ainda é aplicada no país, critica Lenio Streck, dizendo que há uma forte resistência ao texto da lei pelos operadores jurídicos. A operação “lava jato” é um exemplo disso, cita.



“Alguma vez, por exemplo, [o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba] Sergio Moro deu bola para o Direito escrito? Ele aplica seus próprios códigos, como se estivesse na Livre Investigação Científica francesa, que, aliás, não era tão livre assim. No Brasil, o Ministério Público faz denúncia de 200 páginas. Quem vai se defender disso?”.

A perda de credibilidade do Executivo e do Legislativo é um fator relevante, mas, por si só, não faz o Judiciário interferir nas atividades daqueles Poderes, afirma o colunista da **ConJur**. “É o ativismo que transforma a democracia em ‘judiciariocracia’. O Judiciário deveria entender que ele não pode se meter a fazer políticas públicas, ou se meter na política”.

Claro, o Judiciário pode atender demandas que tratem de direitos fundamentais, destaca. Isso só pode ocorrer, entretanto, se qualquer pessoa também puder pedir algo concedido a alguém e se a decisão não transferir indevidamente recursos de terceiros, que não tem nada a ver com o caso. Por exemplo: um juiz não pode obrigar uma prefeitura a comprar um ônibus escolar sem analisar as necessidades dos alunos.

Todo esse cenário acontece porque não levamos a Constituição a sério, lamenta o jurista. E esse desprezo pelo texto constitucional pode enterrar o Direito brasileiro, alerta.

“Tivéssemos sido ortodoxos, como eu prego há tantos anos, e não teríamos esse cenário em que predomina o ativismo. O que mais tem é o que Umberto Eco chama de ‘superinterpretação’. Fôssemos da literatura, admitiríamos que Pinóquio, porque era ‘filho’ de Gepeto, carpinteiro, poderia ser comparado ao menino Jesus. Afinal, também ele tinha um pai, ainda que postiço, igualmente carpinteiro. Ou admitiríamos teses como ‘Capitu era uma transexual’. Esse relativismo está acabando com o direito brasileiro. Vamos ver se a Constituição resiste”.

Lado positivo

O ministro Luís Roberto Barroso reconhece que há intervenções problemáticas do Judiciário, como na judicialização da saúde. Porém, ele considera que avanços importantes da democracia brasileira foram conquistados por meio da Justiça, como a limitação do [foro por prerrogativa de função](#), a dispensa de prévia autorização para [divulgação de biografia](#), a proibição de [doações eleitorais](#) por empresas e a permissão para [aborto](#) de anencéfalos.

No livro *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, Barroso diferencia dois tipos de judicialização. A quantitativa se refere a uma “certa explosão” no número de processos no país. Já a qualitativa designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ser resolvidas pelos tribunais. Entre elas, o [impeachment](#) de Dilma Rousseff, os [planos econômicos](#), as [cotas para minorias](#) e a descriminalização do [uso de drogas](#). Esse fenômeno tem pontos positivos e negativos, analisa Barroso.

“As grandes questões nacionais terminam sendo judicializadas quando não são resolvidas a tempo e à hora pelas instâncias políticas tradicionais. O lado bom é que exista o Judiciário para atender demandas sociais que não foram satisfeitas pelos outros Poderes. O lado ruim é que a judicialização de questões políticas em sentido amplo significa que elas não estão sendo equacionadas por quem deveria fazê-lo. A judicialização evidencia, assim, uma deficiência grave no funcionamento da política majoritária, que é



aquela conduzida pelos órgãos eletivos – Legislativo e Executivo”, pondera no livro.

O ministro também distingue judicialização de ativismo. O primeiro termo identifica a possibilidade de ir à Justiça em busca da concretização de um direito. O segundo, um “modo proativo e expansivo de atuação judicial”. Na visão do ministro do Supremo, o Judiciário deve ser autocontido em temas referentes à economia, à Administração Pública e a escolhas políticas. No entanto, pode agir de forma mais ativista em casos que envolvam direitos fundamentais (como liberdade de expressão e proteção de minorias) ou defesa da democracia (definir rito do *impeachment*).

O Supremo Tribunal Federal, avalia Barroso no livro, atua de três formas. A contramajoritária ocorre quando a corte invalida atos e leis do Executivo e do Legislativo por enxergar violação deles à Constituição. É o que se dá quando um tributo ou a progressão de um regime são anulados.

Por sua vez, a representativa acontece quando o tribunal preenche demandas sociais não atendidas pelo poder político. Exemplos desse papel são as decisões do STF de proibir o nepotismo em cargos comissionados e de impedir que parlamentares eleitos em votação proporcional percam o mandato ao trocarem de partido.

Em situações excepcionais, o Supremo deve exercer um “papel iluminista” de fazer a roda da história andar. Foi o que a corte fez ao estender às [uniões homoafetivas](#) o mesmo regime das uniões estáveis e ao permitir a interrupção da gestação quando o [feto for anencéfalo](#).

Barroso deixa claro, contudo, que esses três papéis não são fungíveis. Se o tribunal desempenhar um deles quando exercer outro, sua atuação será ilegítima, afirma.

“Para que não haja dúvida: sem armas nem a chave do cofre, legitimado apenas por sua autoridade moral, se embaralhar seus papéis ou se os exercer arbitrariamente, o tribunal viverá o seu ocaso político. Quem quiser se debruçar sobre um case de prestígio mal exercido, de capital político malbaratado, basta olhar o que se passou com as Forças Armadas no Brasil de 1964 a 1985. E quantos anos no sereno e com comportamento exemplar têm sido necessários para a recuperação da própria imagem”, analisa no livro.

“O Judiciário não pode presumir demais de si mesmo” e suprimir o espaço da política, ressalta o ministro. De acordo com ele, é preciso sempre buscar o equilíbrio entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário.

Poderes do Supremo

Com uma Constituição mais analítica, o alargamento do controle de constitucionalidade e a ampliação do rol de legitimados a propor medidas do tipo, aumentou o poder e volume de trabalho do STF, aponta Lenio Streck.

Para mudar esse cenário, ele e Manoel Gonçalves Ferreira Filho defendem atribuir o controle de constitucionalidade a uma corte especial, composta por juristas com mandato limitado. O tribunal, segundo Lenio, não pertenceria ao Judiciário, como ocorre em alguns países europeus.



O colunista da **ConJur** sugere que a corte tivesse 17 membros. E cada um teria um mandato de nove anos, renovável uma única vez.

Date Created
05/10/2018