

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 E REGIME DEMOCRÁTICO: A NECESSÁRIA DOSAGEM DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DOS ESPAÇOS DEMOCRÁTICOS

BRAZILIAN CONSTITUCIONALISM POST-1988 CONSTITUTION AND DEMOCRATIC REGIME: THE NECESSARY DOSAGE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION AS A WAY OF PRESERVING DEMOCRATIC SPACES

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira^{*}

RESUMO

Este estudo objetiva apresentar, primeiramente, os pilares e a principiologia do constitucionalismo brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988, especialmente o papel que a jurisdição constitucional passou a exercer com a reconfiguração dos poderes estatais no modelo constitucionalmente estabelecido. Com destaque para a assunção do Poder Judiciário da função de garantir os direitos fundamentais e os compromissos constitucionais, aprofunda-se no estudo de temáticas relacionadas ao ativismo judicial e aos limites da discricionariedade judiciária no contexto do regime democrático. Por fim, com o propósito de conciliar constitucionalismo e democracia, propõe-se a dosagem da jurisdição constitucional como forma de resgate do equilíbrio entre os poderes estatais e de preservação dos espaços democráticos.

Palavras-chave: constitucionalismo; jurisdição constitucional; democracia; ativismo judicial; discricionariedade judiciária.

ABSTRACT

This study aims to present, first, the pillars and principles of Brazilian constitutionalism since the promulgation of the 1988 Constitution, especially the

^{*} Doutor e mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Consultor jurídico efetivo, na especialidade Direito Constitucional e Administrativo, da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Advogado sócio fundador da Nogueira Amorim Sociedade de Advogados. E-mail: bruno@nogueiraamorimadvogados.com.br. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4744235504995179>.

role that constitutional jurisdiction began to play with the reconfiguration of state powers in the constitutionally established model. Highlighting the assumption of the Judiciary's role of guaranteeing fundamental rights and constitutional commitments, it delves into the study of themes related to judicial activism and the limits of judicial discretion in the context of the democratic regime. Finally, with the purpose of reconciling constitutionalism and democracy, it proposes the dosage of constitutional jurisdiction as a way of restoring the balance between state powers and preserving democratic spaces.

Keywords: constitutionalism; constitutional jurisdiction; democracy; judicial activism; judicial discretion.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 caracteriza-se como um marco na história do constitucionalismo brasileiro não apenas por romper com o regime autocrático e ditatorial precedente – o constitucionalismo chapa branca – e, como consequência, reinstituir o regime democrático, a forma de governo republicana e seus corolários, mas também pela reconfiguração do constitucionalismo pátrio, cujas bases e diretrizes passaram a se direcionar com o propósito de promover a eficácia e efetividade das normas constitucionais, especialmente as que consagram direitos fundamentais, muitas das quais de conteúdo programático.

A proeminência do Poder Executivo no sistema jurídico-político precedente, em razão dos ultrapoderes que lhe foram conferidos a partir da instituição dos Atos Institucionais, sobretudo o Ato Institucional nº 5, e a necessidade de estabelecimento de um sistema de controle dos excessos e arbitrariedades praticadas pelos agentes estatais responsáveis pelo exercício da função executiva foram fatores responsáveis pela constitucionalização do sistema de freios e contrapesos com ênfase no condicionamento do exercício dessa função à validação legislativa, prévia, concomitante ou *a posteriori*.

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, a necessidade de consolidação de um novo constitucionalismo brasileiro, conjugada com a de afirmação do regime político democrático restaurado, foram determinantes para o direcionamento do modo como os poderes republicanos deveriam exercer

suas funções, sem desbordar dos limites estabelecidos pelo texto constitucional e, ao mesmo tempo, preocupados em fiscalizar os excessos inconstitucionais praticados pelos outros poderes, especialmente o Executivo.

Essa foi a tônica nos primeiros anos do constitucionalismo brasileiro pós-1988, em que o princípio da separação entre os poderes adquiriu importância ímpar no processo de interpretação constitucional. Esse princípio passou por inúmeras interpretações ao longo de todo esse período constitucional, apresentando significações distintas. Se, inicialmente, a separação entre os poderes era interpretada como um instrumento de limitação dos poderes estatais, especialmente para evitar os excessos do Poder Executivo, recentemente adquiriu também o significado de cooperação recíproca, a partir do momento em que o constitucionalismo pátrio incorporou, em certa medida, a principiologia da teoria dos diálogos institucionais.

Durante a evolução do constitucionalismo brasileiro pós 1988, sobretudo após a consolidação do regime democrático e do resgate dos princípios republicanos, a jurisdição constitucional passou a exercer papel fundamental não apenas na contenção dos excessos dos poderes estatais, mas também na garantia dos direitos fundamentais.

Apesar de a jurisdição constitucional ainda representar esse papel, há narrativas que questionam a supremacia judicial na defesa da Constituição de 1988, especialmente por invadir espaços de representação democrática, com o propósito de resgatar o equilíbrio entre os poderes no sistema constitucional.

2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA INTERFACE COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O REGIME DEMOCRÁTICO

Na evolução histórica do Estado moderno, a repartição das funções estatais nunca se apresentou de forma igualitária, havendo, efetivamente, na prática, a primazia de uma delas, como também do poder exercente dessa função em relação aos demais. Nesse contexto, é possível destacar três momentos históricos: i) no Estado liberal (séculos XVIII e XIX), emergido da Revolução Francesa, a primazia do Legislativo e de sua obra (a lei) foi latente; ii) com a constitucionalização dos direitos sociais (e também econômicos e culturais) nas constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), ampliou-se a

esfera de atuação do Executivo, que se responsabilizou pela prestação de inúmeras atividades e serviços aos cidadãos; e iii) no período pós-Segunda Guerra Mundial, em virtude da constitucionalização do direito, o Judiciário nitidamente se agigantou, inclusive no Brasil, assumindo o protagonismo na garantia da supremacia da Constituição e da força normativa de seus enunciados (Fonseca, 2013).

A elevação do Judiciário brasileiro a esse patamar coaduna-se com transformações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo, no período após a 2ª Guerra Mundial, em diversos sistemas jurídicos, culminando com a promulgação de diversas Constituições – Italiana (1947), Alemã, a Lei Fundamental de Bonn (1949), Francesa (1956), Portuguesa (1976) e Espanhola (1978) –, as quais romperam o paradigma anterior em que o documento constitucional era desprovido de normatividade jurídica. Surge, assim, um novo “movimento constitucional” (Canotilho, 2002), formando o Estado Constitucional de Direito, o qual, no Brasil, iniciou o seu processo de consolidação a partir da promulgação da Constituição de 1988, fruto de um poder constituinte democrático que rompeu com a ordem constitucional anterior.

Nesse cenário, a efervescência do Poder Judiciário no constitucionalismo brasileiro pós 1988 manifestou-se no controle das atividades desempenhadas pelo Executivo – *e.g.* controle judicial das medidas provisórias, declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade de decretos e atos normativos, judicialização de políticas públicas e do orçamento público –, da atividade parlamentar e legislativa – *e.g.* judicialização do processo legislativo, declaração de inconstitucionalidade de leis, controle judicial de processos de *impeachment* e da regularidade do funcionamento de comissões parlamentares de inquérito, julgamento de parlamentares pela prática de crimes, adoção de medidas cautelares, no campo penal, em face de congressistas, decretação de perda de mandato parlamentar e controle da abrangência de imunidades parlamentares –, e, também, da própria atividade judiciária – *e.g.* sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis (concentrado e difuso), decisões judiciais proferidas por órgãos judiciários específicos com efeitos vinculantes e *erga omnes*, atuação do Conselho Nacional de Justiça no exercício do controle interno do Poder Judiciário

(supervisão administrativa, financeira e funcional).

O avanço da jurisdição constitucional no Brasil trouxe à tona temas relacionados ao ativismo judicial, à judicialização da política e, como corolário, à politização da jurisdição constitucional. Tais discussões ainda permeiam o debate constitucional brasileiro na atualidade, especialmente nos últimos anos, em que a jurisdição constitucional assumiu o protagonismo necessário para a manutenção do regime democrático e dos direitos fundamentais que o sustentam, em razão da prática de diversos atos estatais e de governo capazes de demonstrar a possibilidade iminente de ruptura com o arcabouço constitucional e as instituições democráticas.

O redesenho institucional estabelecido entre os poderes na atualidade, com o fortalecimento do Judiciário, produziu um esforço científico enorme na elaboração de discursos voltados para a atribuição de legitimidade à justiça constitucional. A teoria constitucional do pós-Segunda Guerra e, no Brasil, do pós-Constituição de 1988, direcionou-se à construção de argumentos destinados a respaldar a narrativa de que a supremacia judicial é necessária, apresentando o Judiciário como o instrumento mais adequado e eficaz, no contexto atual, à garantia da força normativa e da efetividade das normas constitucionais.

A consequente atribuição de legitimidade à jurisdição constitucional e seu fortalecimento no constitucionalismo brasileiro, com apoio nas construções teóricas e nas práxis constitucionais, propiciaram que o Judiciário atuasse, em muitas situações, de forma ativista e com excessos, avançando sobre espaços até então imunes ao controle judicial.

Diante disso, a teoria constitucional contemporânea tem realizado esforços no desenvolvimento de discursos refratários à atribuição de supremacia aos órgãos judiciais na garantia da superioridade constitucional, de modo a resgatar a ideia de que o Legislativo, como órgão de representatividade popular máximo, também deve assumir este papel como participante do processo de interpretação da Constituição.

A crítica à supremacia judicial busca desenvolver argumentos no sentido de que a interpretação e a aplicação da Constituição não devem ser atribuídas, exclusivamente e em última instância, aos órgãos judiciais. A realização da Constituição não pode se resumir àquilo que juízes e tribunais dizem ser,

devendo ser atribuída a todos os poderes constituídos, que devem dialogar entre si, sem desconsiderar a participação efetiva do povo.

Nesse cenário, com o objetivo de evitar o colapso da democracia e de seus princípios fundantes, é imperioso resgatar a discussão sobre a dicotomia entre constitucionalismo e democracia, a partir de uma perspectiva que considere a possibilidade de convivência entre ambos, sem o predomínio dos órgãos judiciários e com a valorização da política democrática na interpretação da Constituição.

O constitucionalismo e o exercício da jurisdição constitucional, nesse contexto, devem ser repensados, levando-se em consideração as bases teóricas da democracia deliberativa, de modo a difundir a assertiva de que não há constitucionalismo sem democracia nem democracia sem constitucionalismo, sendo um constitutivo do outro. Democracia somente existe e se perfaz se houver a assunção de compromisso robusto com os direitos, especialmente os de liberdade e de igualdade, além da possibilidade de participação e intervenção dos cidadãos na resolução de assuntos de relevância comunitária. Sem embargo, não há constitucionalismo se não houver a possibilidade de todos os cidadãos realizarem um acordo sobre a escolha dos direitos – inclusive de seu conteúdo, alcance e limites – que orientarão e regerão sua comunidade (Godoy, 2017).

A política democrática apresenta-se como importante elemento de combate à supremacia judicial na interpretação constitucional. Especialmente no Brasil, a partir da Constituição de 1988, valorizaram-se demasiadamente as teorias hermenêuticas e de aplicação da Constituição como solução para a transformação do Estado e da sociedade. Diante disso, torna-se imprescindível resgatar a narrativa de que a Constituição, em que pese se revelar como norma que deve ser cumprida, somente se realiza plenamente por meio da política democrática (Godoy, 2017).

3 A NECESSÁRIA DOSAGEM DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DOS ESPAÇOS DEMOCRÁTICOS

A necessidade de revisitação da supremacia judicial na interpretação da Constituição de 1988 perpassa pela análise dos arcabouços constitucionais

dos diversos sistemas jurídicos. Aqueles ordenamentos que adotam a jurisdição constitucional como instrumento de garantia da suprallegalidade das normas constitucionais (Dantas, 1996) atribuem, textualmente, a um órgão de cúpula, em única ou em última instância, a responsabilidade pela tutela constitucional. Contudo, essa assertiva não leva à necessária conclusão de que tais órgãos, eleitos pelo texto constitucional, responsabilizam-se, única e exclusivamente, por realizar o papel de defesa de suas normas.

Nesse cenário, no arcabouço constitucional brasileiro, a elevação do Supremo Tribunal Federal ao patamar de guardião da constituição não pode significar mais do que a eleição de um dos órgãos responsáveis pelo exercício, na esfera jurisdicional, da tarefa de interpretar e aplicar as normas constitucionais. Se é certo que a soberania estatal se manifesta pelo exercício da prestação jurisdicional, não é menos correto afirmar que a própria ideia de soberania, analisada sob o viés popular, fundamenta e legitima a descentralização da interpretação constitucional, a qual, portanto, deve ser compartilhada entre plúrimos atores, sem desconsiderar a participação do povo nos processos decisórios interpretativos.

Reverbera-se, nesse contexto, a narrativa de que inexistem, nos textos constitucionais que preconizam a soberania popular, um único órgão, autoridade ou poder responsável pela custódia da Constituição. A garantia da supremacia constitucional não se realiza apenas no processo de interpretação e aplicação jurisdicional do direito, perpassando também por todos aqueles que integram, política, social e juridicamente, o processo de criação do direito e das normas jurídicas.

Essas considerações levam à conclusão de que o debate sobre o protagonismo judicial no constitucional brasileiro atual ainda se faz necessário, de modo a refutar a ideia de que a supremacia constitucional é garantida apenas pela jurisdição constitucional. Assim, faz-se necessário percorrer caminhos dogmáticos, com suporte no constitucionalismo popular, de modo a superar a ideia de equivalência entre supremacia judicial e constitucional.

O novo desenho institucional promovido no constitucionalismo contemporâneo, em virtude do papel que o Judiciário passou a exercer, permite concluir que há considerável avanço da jurisdição constitucional

sobre espaços até então ocupados exclusivamente pelos poderes políticos representativos da vontade majoritária (Executivo e Legislativo). Em decorrência disso, o Judiciário passa a assumir relevante protagonismo na interpretação jurídico-constitucional, em muitos casos para além dos limites e das balizas constitucionais.

Esse superdimensionamento contemporâneo do Judiciário presente no sistema jurídico brasileiro tem sido denominado, por alguns autores, como “juristocracia” ou “supremocracia” ou, até mesmo, “Estado de exceção judicial”. Tomelin (2018, p. 12) prefere utilizar a expressão “Estado jurislador”, fenômeno segundo o qual as instâncias judiciárias, de forma crescente, passam a definir o conteúdo das normas.

A percepção de que existe verdadeiro protagonismo judicial na interpretação jurídica, especialmente na aferição dos significados das normas constitucionais, aliada à consideração de que direito e política são esferas necessariamente interligadas, acaba por trazer à tona os temas da judicialização da política e do processo legislativo. Do mesmo modo, o ativismo judicial e a politização da jurisdição (constitucional) são temáticas que passam a ser exploradas com maior ênfase, já que tem sido comum e notório o avanço desmedido dos órgãos judiciários para além dos limites constitucionais atribuídos à função jurisdicional.

Invariavelmente, o constitucionalismo *welfarista* não promoveu, como medida primária, a expansão do Judiciário e seu avanço na esfera política. Na verdade, as intervenções estatais iniciais no Estado de bem-estar social tiveram, primordialmente, a natureza de preceitos legislativos, ocorrendo o fenômeno denominado de “orgia das leis”. Naturalmente, criou-se um aparelho administrativo mais complexo, com o objetivo de dar concretude a tais intervenções legislativas. Assim, se, na origem, o *Welfare State* caracterizava-se por ser, essencialmente, um “Estado legislativo”, foi transformado, ao longo do tempo, e de forma permanente, em “Estado administrativo”, mais próximo, na verdade, de um “Estado burocrático” (Cappelletti, 1993, p. 39).

A expansão do “direito judiciário” (*“judiciary law”*) – expressão cunhada há mais de século e meio por Bentham, ao afirmar, e condenar, que, no ordenamento inglês, o juiz não declara simplesmente o direito existente, mas,

na verdade, realiza sua criação – e, como consequência, do papel criativo dos juízes, no mundo moderno, tem como causa determinante a própria expansão considerável do direito legislativo no século XX, fenômeno ocorrido tanto nos países de *common law* quanto de *civil law* (Cappelletti, 1993).

Cappelletti afirma, ainda, que o fenômeno da expansão do “direito jurisprudencial”, de alcance tendencialmente universal e de excepcional importância, não se limita à esfera judiciária, refletindo, de forma mais geral, a *expansão do Estado* em todos seus ramos – Legislativo, Executivo e Judiciário. Além disso, segundo o entendimento do autor, a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso ao paralelo avanço dos “ramos políticos” do Estado moderno, em regimes democráticos que preconizam o sistema de *checks and balances* (Cappelletti, 1993).

Acrescente-se, segundo a narrativa de Cappelletti, que os tribunais judiciários, excepcionando-se, talvez, apenas os Estados Unidos, relutaram, como regra, em assumir as novas e pesadas responsabilidades resultantes das profundas transformações do mundo real. Para o autor, essa dura realidade da história moderna demonstra que os tribunais não podem fugir de uma inflexível alternativa: ou permanecerem fiéis aos limites da função jurisdicional, em consonância com a concepção tradicional típica do século XIX, ou, por outro lado, elevaram-se ao nível dos outros Poderes, tornando-se, enfim, o “terceiro gigante”, capaz de controlar o “legislador mastodonte e [o] leviatanesco administrador” (Cappelletti, 1993, p. 46-47).

A narrativa desenvolvida por Cappelletti (1993) é aplicável ao novo constitucionalismo brasileiro, na medida em que o avanço da jurisdição constitucional pátria decorre da expansão do Estado e de sua estrutura e, especificamente, da atividade legislativa, como também da necessidade de o Judiciário suprir lacunas deixadas em razão da inércia dos outros poderes estatais no cumprimento de suas atribuições constitucionais.

É na afirmação de que o Judiciário deve assumir o papel de terceiro gigante que reside a possibilidade de os órgãos judiciários ultrapassarem os limites da função judicante, avançando sobre os domínios legislativo e executivo de forma desmedida e desproporcional.

Na interpretação constitucional realizada pelos órgãos judiciários, torna-se ainda mais manifesta a questão atinente à criatividade judicial, já que a

constituição é integrada, em grande parte, por enunciados abertos que se desvelam, também, em conceitos jurídicos indeterminados. A Constituição de 1988 é repleta de preceitos dessa natureza, inserindo-se, portanto, nesse contexto.

A partir do momento em que o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra – que, no Brasil, se manifestou após a promulgação da Constituição de 1988 – passou a atribuir normatividade jurídica aos dispositivos constitucionais, especialmente aos princípios, até então desprovidos de força normativa, aliado ao fortalecimento da jurisdição constitucional, a interpretação judiciária da constituição passou, de certo modo, a ser questionada e criticada, sobretudo pela ausência, em algumas situações, de métodos e critérios justificáveis e coerentes.

De qualquer modo, a teoria da interpretação não deixa de garantir certo grau de liberdade e discricionariedade ao intérprete, sob pena de engessamento do próprio direito à textualidade dos enunciados jurídicos, sem perder de vista que a interpretação judicial se encontra condicionada a limitações decorrentes do próprio sistema jurídico-político. Além da vinculação a limites, o modo como a interpretação judiciária é realizada, assim como sua amplitude, são elementos capazes de definir o grau de criatividade judicial e, como corolário, aferir o nível de ativismo da jurisdição.

Assim, a afirmação de que certo grau de criatividade é intrínseco a todo ato de interpretação, especialmente a judiciária, não leva à conclusão de que a discricionariedade judicial garante ao intérprete *total liberdade*. Discricionariedade não pode significar necessariamente arbitrariedade, já que a criação judicial, embora inevitável, não é completamente livre de vínculos. Como consequência, os sistemas jurídicos civilizados foram construídos de modo a estabelecer e aplicar determinados limites à liberdade judicial (Cappelletti, 1993).

Nessa linha de entendimento, se é possível afirmar que interpretação judiciária e criação judicial do direito não seriam conceitos contrapostos, percebe-se, mais claramente, que o verdadeiro problema a ser enfrentado é o do “grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade” da criação do direito pelos tribunais judiciais (Cappelletti, 1993, p. 21). A criatividade e a

discrecionalidade judiciais exercidas desmedidamente e sem a observância de limites e parâmetros interpretativos conduzem à criação ativista do direito, simbolizando, assim, uma função jurisdicional disfuncional.

Refuta-se, nesse contexto, a concepção segundo a qual o juiz, ao aplicar a constituição, deve utilizar os “seus próprios valores” para julgar os poderes políticos. Essa abordagem é necessária em virtude da consideração de que, à medida que se analisam as diferentes metodologias explicitamente declaradas na interpretação judicial, percebe-se, em várias situações, que o método pretensamente impessoal e objetivo proposto e afirmado pelos juízes revela, na verdade, que, no exercício de suas atividades, terão mais chances de “descobrir”, com plena consciência ou não, seus próprios valores (Ely, 2016).

Nesse cenário, surge o fenômeno do ativismo judicial, consistente no exercício desabrido da jurisdição, que descaracteriza a função tipicamente atribuída ao Poder Judiciário, a partir da incursão insidiosa sobre o “núcleo essencial” das funções que constitucionalmente foram atribuídas aos outros poderes (Ramos, 2015).

A expressão “ativismo judicial” possui estreita relação com o direito estadunidense, apontando-se a decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento de *Marbury vs. Madison*, em 1803, como o primeiro caso de ativismo, oportunidade em que esse órgão definiu sua competência para a verificação da constitucionalidade das normas, apesar de inexistir previsão constitucional expressa autorizando o exercício dessa função. Em razão do contexto norte-americano, em que a jurisdição é exercida por distintos tribunais e, particularmente, pela Suprema Corte, surgiram preocupações – com ressonância no direito brasileiro – com a interferência do Poder Judiciário em esferas que, conceitualmente, seriam atribuídas ao Executivo e ao Legislativo (Baracho Júnior, 2014).

A necessidade de manutenção dos órgãos judiciários nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados decorre da própria observância do princípio da separação entre os poderes (Ramos, 2015). O ativismo judicial propaga, assim, relevante ruptura na harmonia entre os poderes, com a consequente desconfiguração da sistemática de freios e contrapesos, aliada ao desmerecimento das funções

atribuídas aos demais poderes, especialmente ao Legislativo, cuja atividade criativa, como fonte primária do direito, passa a ser desconsiderada e relegada a segundo plano.

De qualquer modo, deve-se ponderar que a ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não implica dizer que decisões ativistas ampliam, necessariamente, de forma juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por determinado enunciado normativo. Os limites substanciais que condicionam o Poder Judiciário no exercício da jurisdição referem-se à atividade de interpretação e aplicação do direito, tanto para fixar o sentido das disposições que integram o ordenamento jurídico, quanto para estabelecer a adequada relação entre elas. Ainda assim é possível que a norma de decisão concretizada judicialmente desborde do direito aplicado de múltiplas formas (Ramos, 2015).

É indiscutível que o fenômeno do ativismo judiciário pode ocorrer na aplicação de normas jurídicas de qualquer setor do ordenamento jurídico. Apesar disso, a busca por parâmetros que permitam sua identificação concretamente torna-se mais produtiva se forem consideradas as peculiaridades dos preceitos aplicados. Assim, as especificidades da norma constitucional e de sua interpretação simbolizam a singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional (Ramos, 2015).

Ainda é possível afirmar que o ativismo judicial possui variações de grau e, também, de aceitabilidade, a depender de cada sistema jurídico. Tanto é que, em ordenamentos filiados ao *common law*, torna-se muito mais difícil, do que nos sistemas da família romano-germânica, a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura em contraposição a uma atuação mais ousada, mas ainda dentro dos limites permitidos juridicamente. O resultado é que, no sistema anglo-saxão, afere-se maior proximidade entre a atuação do juiz e a do legislador na criação de normas jurídicas (Ramos, 2015).

Nota-se, também, que a correta compreensão do ativismo judicial e de sua aceitabilidade ou não se condiciona à aferição do desenho institucional estabelecido entre os poderes nos diversos sistemas jurídicos, de modo a avaliar se há elementos jurídico-políticos, institucionalizados ou não, para fundamentar a criação judicial do direito. Do mesmo modo, as teorias de

interpretação jurídica, sobretudo a constitucional, são capazes de justificar uma atuação mais ativista ou mais passivista da jurisdição.

Há entendimentos evidentemente distintos entre o interpretativismo e o não interpretativismo sobre os limites da criatividade judicial e, como corolário, da jurisdição. Do mesmo modo, aferem-se dissonâncias diametralmente opostas a respeito do grau de atuação da justiça constitucional entre as perspectivas assentadas no neoconstitucionalismo e no constitucionalismo popular. Se a narrativa do Juiz Hércules defendida por Dworkin (2014) é capaz de justificar uma postura judicial ativista, em sentido contrário, a proposta do constitucionalismo popular, ao construir um discurso de oposição ao *judicial review*, como fez Waldron (2003), conduz ao entendimento que deliberadamente defende, no mínimo, a necessidade de *self-restraint* judicial.

De qualquer modo, na defesa de posturas judiciais ativistas ou, por outro lado, de atuações judiciárias passivistas, bem como na construção de críticas a cada um dos entendimentos, é importante que seja respeitado, no constitucionalismo contemporâneo, o desenho institucional estabelecido entre os poderes por cada ordem constitucional, aferindo-se se há fundamentos suficientes para amparar atuações judiciais mais próximas de um ativismo ou, em sentido inverso, de um passivismo.

A grande dificuldade na gradação da atuação judiciária e na criatividade judicial do direito reside em preservar as bases democráticas do sistema constitucional, garantindo o respeito à vontade popular afirmada nas legislaturas. A proteção à política democrática é medida necessária à manutenção do direito legislativo como fonte primária do direito, evitando-se, com corolário, o desenvolvimento de verdadeira autocracia judiciária.

Deve-se reconhecer que o crescimento da judicialização da política e, em certa medida, do ativismo judicial, no Brasil, decorre do novo papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, com mudanças, sob as perspectivas quantitativa e qualitativa, do espaço ocupado pela Suprema Corte brasileira. Identificam-se, nesse contexto, alguns aspectos que caracterizam a reinvenção do Supremo Tribunal Federal: i) abrangência dos temas julgados, os quais passaram a ter alta voltagem política e alta carga de controvérsia sob o ponto de vista moral, apesar de ainda existirem questões não tão complexas e importantes; ii) tipo dos argumentos de decisão, os quais se caracterizam pela

redução progressiva do positivismo formalista e sua substituição por uma interpretação e metodologia mais criativa e fundada em valores; iii) alcance de suas decisões, cujos julgamentos passaram a repercutir sobre todo o sistema sociopolítico; iv) afirmação da identidade institucional, a partir do momento em que os ministros passaram a defender, ardorosamente, o papel e a relevância da atuação do Supremo Tribunal Federal (Arguelhes, 2009).

Nesse cenário, a expansão da jurisdição constitucional no constitucionalismo pátrio pós 1988, desvelando-se, em diversas situações, expressões do ativismo judicial, tem contribuído para incrementar o debate entre os juristas e a sociedade em geral sobre sua legitimidade e compatibilidade com o regime democrático. Se se encontra difundida a concepção de que a jurisdição constitucional é fundamental para a eficácia das estruturas do Estado democrático de direito, há controvérsias sobre o seu grau de exercício e quais limites devem ser impostos aos órgãos judiciários.

Correntes difundidas em países de democracia consolidada há mais tempo, como os Estados Unidos, ao afirmar que a interpretação e aplicação da constituição sejam transferidas ao povo, como última instância (constitucionalismo popular), ou que a jurisdição constitucional deve se ater ao controle dos pressupostos de funcionamento do regime democrático (procedimentalismo), têm contribuído para a defesa de certo minimalismo judicial no sistema jurídico pátrio.

Se é certo que a judicialização da política no constitucionalismo brasileiro tornou-se atribuição intrínseca ao exercício da jurisdição constitucional, resultado da inter-relação entre direito e política, não é menos correto afirmar que o constitucionalismo pátrio também é marcado pela politização da justiça, especialmente a constitucional, já que esta possui necessariamente uma “dimensão política”. Ainda que haja críticas em relação à face política da jurisdição constitucional, é difundida a ideia segundo a qual não é possível que se viva sem ela, enquanto não se descubra “alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem, ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça” (Coelho, 2001, p. 39-44).

Nesse sentido, vislumbra-se como manifestação política da jurisdição constitucional o fato de as cortes constitucionais utilizarem, como parâmetro, as normas constitucionais – especialmente os princípios constitucionais, que

se apresentam como preceitos jurídicos abertos, indeterminados e plurissignificativos –, cuja interpretação se consubstancia de forma extremamente livre e ampla, surgindo, assim, as críticas no sentido de considerar que essas cortes, na verdade, “acabaram se transformando em ‘terceira câmara’ dos parlamentos, em verdadeiras ‘constituintes de plantão’” (Coelho, 2001, p. 40-41).

Interessante notar que a inserção, no ordenamento jurídico brasileiro (art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei nº 9.882/99), de dispositivo possibilitando a modulação temporal e/ou espacial dos efeitos da decisão definitiva que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, trouxe à discussão entre os juristas se a decisão da Corte pela modulação se constitui ou não em medida revestida de teor mais político do que jurídico, na medida em que os requisitos hábeis à sua concessão são “fluidos, abertos ou indeterminados” (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social).

Na decisão sobre a modulação, caberá ao Supremo Tribunal Federal buscar uma harmonização entre os valores jurídicos colidentes – de um lado, a inconstitucionalidade da norma; de outro, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social –, a partir da realização de juízo de ponderação, buscando promover ajustes limitativos na eficácia (executiva) da declaração de inconstitucionalidade. Talvez o Ministro Teori Zavascki tenha deixado pistas para saber se tal juízo é revestido de caráter mais político do que jurídico ou vice-versa, ao dizer que o que a Corte faz, ao modular os efeitos da decisão, preservando determinado *status quo* da norma formada irregularmente, é típica função de juiz (Zavascki, 2014).

A argumentação desenvolvida até aqui é capaz de demonstrar que a jurisdição constitucional possui uma dimensão política que lhe é intrínseca, ainda que em graus distintos, a depender do sistema jurídico. No constitucionalismo brasileiro, sua presença é latente, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional concentrada.

Ainda que não seja possível desconsiderar a judicialização como fenômeno reconhecidamente necessário à afirmação de direitos, sobretudo no

contexto atual do paradigma do Estado democrático de direito, a maior dificuldade ainda encontrada no sistema jurídico brasileiro consiste em dosar a atuação da jurisdição constitucional de modo a preservar os espaços efetivamente democráticos e representativos e as decisões providas dessas esferas em que a vontade popular é prevalecente.

No constitucionalismo brasileiro pós 1988, o papel da justiça constitucional tem sido fundamental para a efetivação dos compromissos constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais e do regime democrático, com o objetivo de transformar os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil em normas verdadeiramente providas de conteúdo sociojurídico. Contudo, o avanço desmensurado da jurisdição constitucional, como alternativa à necessidade imediata de efetivação de direitos fundamentais, no contexto brasileiro, torna indispensável a promoção de uma reflexão sobre o verdadeiro papel não apenas do Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo, e do próprio povo, na consolidação dos fundamentos e propósitos do Estado democrático de direito.

Se a jurisdição constitucional é necessária para a consagração de direitos fundamentais, sua dosagem também o é, especialmente para evitar seu avanço sobre a esfera política e em espaços democraticamente constituídos. A atuação desmensurada da jurisdição constitucional não se coaduna com os pilares do regime democrático, exigindo-se a observância de parâmetros no controle judicial da atividade legislativa.

Assim, em que pese a indispensabilidade da judicialização de questões fundamentais para a sociedade brasileira, inclusive na esfera política, limites devem ser observados com o propósito de preservar os atos que se inserem no âmbito das atribuições indelegáveis do Legislativo e do Executivo. A reaproximação entre constitucionalismo e democracia demonstra ser necessária, do mesmo modo, que a justiça constitucional garanta a plenitude dos canais de participação popular, preservando a política democrática em detrimento da desmensurada política judiciária.

4 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exerceu, no seu nascedouro, função de extrema importância para o processo de redemocratização no Brasil, tendo sido responsável por institucionalizar e solidificar as bases do constitucionalismo brasileiro democratizado.

Esse texto constitucional, de vanguarda sobretudo no constitucionalismo sul-americano, além de resgatar os postulados do regime democrático, passou a ser interpretado não mais como uma carta de compromissos e intenções, mas, pelo contrário, como um conjunto de normas jurídico-constitucionais dotadas de força normativa, muitas das quais instituindo obrigações direcionadas aos entes políticos integrantes da estrutura federativa brasileira no contexto do constitucionalismo social recém-instituído.

Em razão disso, a Constituição de 1988 passou a ser vista e interpretada pelos poderes estatais, pelos órgãos integrantes das funções essenciais à justiça e, também, pelo povo, por meio dos instrumentos constitucionais disponibilizados. Nesse cenário, inserido no contexto no neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário exerceu papel fundamental na concretização da principiologia constitucional e dos compromissos nela estabelecidos.

A judicialização, inclusive da política, passou a ser exercida pelos órgãos integrantes da estrutura judiciária brasileira, no âmbito da jurisdição constitucional, como forma de dar efetividade aos valores constitucionalmente estabelecidos, mas, em muitas oportunidades, a atuação jurisdicional foi empreendida em razão da omissão do Legislativo na discussão e aprovação de proposições legislativas necessárias à efetivação e garantia de direitos fundamentais.

Como consequência lógica dessa atuação proativa do Judiciário, houve espaço para o surgimento do fenômeno do ativismo judicial no constitucionalismo brasileiro. Esse ativismo, muitas vezes reverberado de forma desacertada, deve ser interpretado de forma contextual. Nessa linha de entendimento, se o ativismo judiciário deve ser criticado nos momentos em que o Judiciário limita ou impede o exercício das outras funções estatais, em especial a legiferante, não se nega, sob outra perspectiva, que o exercício da jurisdição constitucional se faz necessário como instrumento destinado à efetividade dos direitos fundamentais, atribuindo normatividade às normas constitucionais. Deve-se considerar, ainda, que, em diversas oportunidades, a

função jurisdicional atua em determinados campos em razão da inércia dos outros poderes estatais quanto ao cumprimento de suas atribuições constitucionais.

Recentemente, a atuação do Judiciário brasileiro, sobretudo do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, tem sido fortemente criticada, em muitas ocasiões sem qualquer fundamentação jurídica razoável e pertinente, de modo que a crítica à jurisdição constitucional brasileira foi, em certa medida, banalizada. Não se deve desvalorizar a possibilidade de questionamentos relativos a eventuais avanços do Judiciário sobre espaços democráticos, mas não é possível desconsiderar, especialmente no contexto recente do processo eleitoral brasileiro, que a jurisdição constitucional e eleitoral tem atuado no sentido de impedir uma ruptura institucional e democrática. Assim, a justiça constitucional se eleva, ainda mais, à condição de instrumento necessário para a garantia da política democrática e da principiologia que sustenta o regime democrático e o republicanismo pátrios.

Nesse cenário, se a jurisdição constitucional se apresenta como fenômeno que sempre deve marchar para frente e evoluir, para que se torne essencial na consolidação dos direitos fundamentais, não é menos certo que sua dosagem parece ser o caminho para que constitucionalismo e democracia andem juntos. O constitucionalismo brasileiro democrático ainda se insere nesse contexto, mesmo após 35 anos de vigência da Constituição de 1988.

O caminho para a evolução do constitucionalismo brasileiro e a perpetuação do regime democrático, embora ainda tortuosos, perpassam, necessariamente, pelo diálogo institucional, devendo os poderes estatais assumir o propósito de manter o equilíbrio e a harmonia entre eles, em consonância com a sistemática de freios e contrapesos já constitucionalizada no Brasil desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, FGV, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-19, 2009.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: ANDRADE, Juliana Campos Horta de et al. (org.). *25 anos da constituição brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 305-319.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 39-44, jul./set. 2001.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição*: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FONSECA, Edson Pires da. *Direito Constitucional legislativo*: Poder Legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOMELIN, Georghio. *O estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.