

ATIVISMO JUDICIAL: A CRESCENTE SUPREMACIA DA ALTA CORTE

Carlos Alexandre SILVA¹
Raphael Vilela dos SANTOS²
Caíque Tomaz Leite da Silva³

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer de uma forma mais específica sobre o ativismo judicial e o papel de destaque da Alta Corte no cenário jurídico, considerando os seus aspectos conceituais, peculiaridades e distinções, e, ainda, com afincos, quebrar paradigmas e questionar alguns assuntos que foram vislumbrados como necessários, com o intuito de explanar sua essencial participação nas relações jurídicas, bem como a sua dinamicidade no cenário mundial em que vivemos.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial, judicialização da política, Supremo Tribunal Federal, Separação dos Poderes.

1 INTRODUÇÃO

No tocante a perspectiva metodológica adotada, destaca-se o uso de pesquisa bibliográfica, bem como os métodos indutivos e dedutivos, além da utilização de sites dos Tribunais, e outros especializados em assuntos jurídicos para incorporarem as pesquisas.

Preliminarmente foram estabelecidos ditames sobre pretextos conceituais e idealizações da justiça e do Direito, feitos através de um embate técnico e crítico, demonstrando quais as diferenças e imperfeições do que se busca e do que realmente se tem.

¹ Discente do 4º Termo da Faculdade de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. E-mail: gcp_commado@hotmail.com.

² Discente do 4º Termo da Faculdade de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. E-mail: vilela.raaphael@outlook.com.

³ Doutorando em Direito Público (fase de dissertação) e Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (POR). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (*summa cum laude*). Banca Examinadora da American University (USA). Bolsista do Curso de Direito Internacional Humanitário (*Ius Gentium Coninbrigae*, Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra). Professor Convidado do IGC-Universidade de Coimbra. Membro do grupo de trabalho encarregado da versão luso-brasileira da obra “Understanding Human Rights”, da Universidade de Coimbra. Professor do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo (BRA). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA). Coordenador das Jornadas Luso-Brasileiras de Direitos Humanos e Direito Internacional Público (Universidade de Coimbra). Coordenador das Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo Constitucional-Penal (Instituto Superior Bissaya Barreto). Advogado e Parecerista. Email: caique.thomaz@hotmail.com

Não obstante, este trabalho deixou o tratamento generalizado para se inserir no âmago do tema em questão, a qual se iniciou através de apontamentos preliminares, destacando seus motivos e intenções.

Logo após, continuou tratando sobre o ativismo judicial, porém, agora com enfoque conceitual, abrangendo também institutos correlatos, em que a sua abordagem se fez necessária para distinções e esclarecimentos.

Nessa esteira, continuou a tratar sobre o tema, contudo, agora seu questionamento estava sobre o espectro do Princípio da Separação dos Poderes, onde se buscou os esclarecimentos necessários para que o tema pudesse obter o entendimento buscado, e assim, atingir o seu objetivo.

Fora utilizado na composição do presente trabalho o método indutivo, se valendo da doutrina pátria e estrangeira, além de uma análise ao entendimento jurisprudencial pátrio, desenvolvendo um amplo estudo com foco em legislações e posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

Não obstante, pelo método dedutivo, buscou-se elucidar temas acerca do ativismo judicial e sua aplicabilidade prática no cenário nacional, não deixando de mencionar suas origens, contornos e fins, buscando uma melhor reflexão sobre o assunto abordado.

2 A BUSCA PELA JUSTIÇA

Um mundo perfeito no qual os direitos e garantias são efetivados pela democracia. Como não sonhar com algo assim? Diariamente somos bombardeados com notícias e informações sobre o que acontece em todo o planeta que, ao contrário, demonstram graves violações das mais diversas ordens. Em tempos de internet e devido ao avanço tecnológico na tal globalização; todas as pessoas participam.

A rede permite uma interação, praticamente em tempo real, dos mais diversos acontecimentos ao redor do globo. Pode-se estar a par dos

atentados terroristas de grupos extremistas do Oriente Médio, contabilizar os mortos na Ucrânia resultante do avanço russo na intenção de recriar uma nova URSS.

São notícias das dificuldades econômicas da Grécia, às denúncias de espionagens americanas dos mais diversos líderes de Estado, e por que não “contemplar” a situação da mais completa miséria dos milhões do continente negro (não que eles sejam os únicos)?

Um mundo perfeito? Certamente estamos bem distantes disso. A idealização de um mundo perfeito caminha lado a lado com aquilo que muitos descreveriam como justo. Um mundo perfeito seria então um lugar onde atos e fatos tivessem como destino final uma situação justa, um fim justo. Estaríamos em busca da justiça.

Vejamos então os efeitos desta hipótese no universo jurídico. Uma forma de incluir o direito na maneira de condução das atitudes e comportamentos dos indivíduos, pois são estes comportamentos que deflagram todos os acontecimentos e situações mundo afora; ou aos menos a imensa maioria deles.

2.1 JUSTIÇA MORAL E JUSTIÇA LEGAL

Há mais de dois mil anos o direito procura estabelecer direcionamentos, a fim de conduzir a convívio harmônico entre os indivíduos. Tais direcionamentos, por vezes, são compostos por sanções, a este ou aquele que, por ventura venha a destoar do convívio social pré-estabelecido. Temos aqui um grande impasse: o que o direito estabelece como justiça, e a idealização do que muitas pessoas entendem como justiça.

Para a solução de tal conflito, uma discussão igualmente milenar, se dá no que tange ao conceito do que seria o direito. Nesta discussão duas

correntes se destacam, sejam elas a positivista e não positivista; ambas numa busca de difícil vitória, daquilo que seria o conceito de justiça.

Mesmos aqueles que não conhecimento jurídico, quando perguntados sobre o que é justiça, certamente nortearão suas respostas em bases morais adquiridas ao longo de sua existência. As citadas teorias também se baseiam nessa relação entre direito e moral, para conceituá-lo. E para tal defendem duas teses: os positivistas se apoiam na tese da separação, os não positivistas por outro lado, firmam suas bases na tese da vinculação.

Ambas as teses possuem em comum a inclusão ou não de elementos morais na resolução de um conflito de fatos reais. Porém, ambas as teses entendem que o direito é a junção da legalidade conforme o ordenamento, e a eficácia social. Max Weber, Theodor Geiger, Ernst Rudolf Bierling e Niklas Luhmann definem, respectivamente, o conceito de direito, e são citados por Robert Alexy (2009, pp. 18-20):

“Um ordenamento se chamará: ...direito, quando for garantido externamente pela possibilidade de coação (física ou psíquica) por meio de uma ação, dirigida para a obtenção forçada da observância ou para a punição de violação, de um grupo especialmente preparado para tanto.”

“O direito seria, ou seja, o conteúdo que, na prática, me parece deva ser designado com a palavra direito, já foi demonstrado com todos os pormenores: o ordenamento social da vida de um grande conjunto social centralmente organizado, contanto que esse ordenamento se apoie num aparelho punitivo, manejado de forma monopolística por órgãos especiais.”

“Direito, no sentido jurídico, é, de modo geral, tudo aquilo o que as pessoas que convivem em alguma comunidade reconhecem reciprocamente como norma e regra dessa convivência”.

“Podemos, então, definir o direito como a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento”.

Nessa esteira, denota-se que ficou claramente demonstrada as definições que estes ilustre doutrinadores proporcionam para colaborar com a credibilidade nas afirmativas supra desenvolvidas.

2.2 COLISÃO DE ESTRUTURAS PRINCIPIOLÓGICAS

Em suma, o direito é um conjunto de normas, as quais são advindas de bases firmadas em proposições normativas, essas por sua vez, devem originar-se de fundamentos principiológicos, logo, redutíveis a eles quando da sua análise.

Por mais estruturado que seja o sistema jurídico adotado, em determinado momento, a colisão entre o que se determina à sociedade, e o que ela realmente espera, acabará por ocorrer.

Com o intuito de sobrelevar o embate, por vezes tormentoso, entre princípios, bem como o afrontamento entre estes, e as regras positivadas dentro do universo jurídico; e toda a explanação a cerca do fenômeno sobre a estruturação inicial e irreduzível de uma fundamentação, que converge ao mundo jurídico, pois em determinado momento existe a necessidade de que se estabeleçam quais são os princípios e fundamentos de uma ordem jurídica.

A evolução aqui tratada está intimamente ligada ao arcabouço jurídico que se pretende atribuir ao universo das espécies de normas, por outro lado, a densidade normativa em pauta, é oriunda de muitas respostas do ordenamento jurídico à evolução da sociedade, seja em sua totalidade, seja nas de seus conflitos.

Concomitantemente a essa situação, admitiu-se que a interpretação teórica positivista era suficiente para a elucidação dos conflitos, e como resultado, à subsistência da paz social; ficaria assim evidenciada uma teoria, em que se atribuiria às regras maior força normativa.

Todavia, as regras, paulatinamente, passaram a ter cada vez mais insucessos no que tange a situações e resoluções de conflitos inter partes, ou mesmo erga omnes. Surge assim, a necessidade se conferir aos princípios maior relevância e importância, sobretudo, nas decisões judiciais, para que o poder judiciário continuasse a figurar como a última barreira entre o caos e a ordem à sociedade, mitigando conflitos.

A proeminência que alcançou os princípios no universo jurídico inseriu o judiciário num verdadeiro teatro de operações onde batalhas são travadas na expectativa de um maior alcance do direito, não somente em proporcionar verdadeira efetividade aos atos perfeitos e acabados, mas também adicionar a isso a satisfação daqueles envolvidos na lide. Uma tentativa de aproximar-se da eficácia social, da justiça propriamente dita, ou do ideal que se tem a respeito dela.

No entanto, o ordenamento brasileiro, em muitos casos, mostra-se completamente obtuso a tal investida, pois o amontoado de leis que este possui, gera uma falsa sensação de segurança, uma vez que em muitos casos essas leis se mostram debilitadas e deficientes na resolução satisfatória do conflito. Ou em outros casos, não raros, a atitude negativa e morosa do legislador se apresenta como grande obstáculo ao poder judiciário.

Essas ocorrências levaram o poder judiciário a interferir de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. À primeira vista, uma possível violação na independência e separação dos poderes. Tal interferência é conhecida como ativismo judicial.

Em contraposição ao brocardo *"Dura Lex Sed Lex"*, atua o ativismo judicial, não no intuito de contrariar a lei; mas sim de promover uma solução mais justa frente à dureza da lei, ou mesmo à ausência desta.

Não obstante, justo, é a palavra mais recorrente em discursos favoráveis ao ativismo judicial, uma tentativa atraente de explicar, convencer, e por que não, justificar o seu emprego.

Sobre o tema, observa-se o seguinte posicionamento apresentado por Fermín Canteros (2012, pp. 99-100):

El discurso activista es un discurso básicamente seductor, porque sus representantes afirman que el activismo judicial se preocupa, ante todo, por la justa solución del caso y no tanto por no decir o erosionar el sistema procesal respectivo (dando a entender de esa forma que el garantismo, como corriente opuesta, no se preocuparía tanto por la justa solución del caso sino, más que nada, por la congruencia de sus soluciones con el sistema normativo, lo cual, según la postura garantista, no es cierto).

Dito isto, passemos agora para uma explanação mais consistente a respeito do tema em tela.

3 ATIVISMO JUDICIAL: APONTAMENTOS PRELIMINARES

Como cediço, os sonhados ideais de justiça e de direito que são propostos muito pouco se assemelham aos que na realidade prática se nos apresentam.

Porém, em face dessa insuficiência prática, não se fazem claros os seus motivos. De fato, não existem justificativas precisas que fundamentem a ineficiência desses institutos que são de tamanha importância para um Estado Democrático de Direito, o qual necessita destes para que o convívio em sociedade seja harmônico, e que, as eventuais litigâncias que venham a existir possam ser solucionadas da melhor maneira possível, e, assim, possam se aproximar do buscado ideal de justiça.

Diante dessa insuficiência, observa-se que o Poder Judiciário em especial, tem se posicionado de uma maneira muito diferente do que aquela encontrada nos precedentes de sua atuação em nosso país, buscando com essa atitude perfazer alguns valores constitucionalmente estabelecidos, e ele assim o faz, adotando uma postura protuberante, verificando-se um aspecto proativo desse poder quando colocado em quadro comparativo com os demais poderes e suas respectivas funções.

A respeito do ativismo judicial, é importante trazer à baila o posicionamento do conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, o Doutor Ricardo Cholbi Tepedino, que em seu pronunciamento na cerimônia de ingresso do 184º concurso da magistratura paulista apontou que *“os juízes do século XXI são juízes de uma nova era, da era do chamado ativismo judicial, responsável por dar ainda maior relevo ao Judiciário”*.

Nessas circunstâncias, desponta-nos o seguinte questionamento: Essa postura proativa do Judiciário não poderia estar ferindo o Princípio da Separação dos Poderes estabelecido no artigo 2º da Constituição?

Por certo, o questionamento apresentado é pautado de todo fundamento lógico, e por esse motivo, se faz necessária uma dilatação do tema para melhor entendimento, trazendo resposta para esse, e para os possíveis demais questionamentos que possam existir a respeito do tema, que possui uma descomunal abrangência e complexidade, que ao final deste trabalho terão suas entrelinhas elucidadas e os questionamentos esclarecidos.

3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DO ATIVISMO JUDICIAL E INSTITUTOS CORRELATOS

Convém inaugurar o assunto através da sistemática mais básica e necessária possível: sua conceituação. O conceito é o importante ponto de partida do estudo, como já dizia Karel Kosik em uma de suas mais importantes obras chamada “Dialética do Concreto”, onde ele articula que “(...) *o conceito da coisa é compreensão da coisa, e compreender a coisa significa conhecê-la a estrutura*” (1976, p. 14).

A conceituação do termo Ativismo Judicial é abordada por diversos doutrinadores, que verificam por espectros diferentes a abrangência do plano ativista, sendo que alguns destes merecem, inclusive, transcrição para esse trabalho, para que assim, possam cooperar com credibilidade nessa sustentação e corroborarem com o esclarecimento do assunto em questão.

De início, a autora Andréa Elias da Costa (2010, pg. 53) traz uma conceituação simples e direta sobre ativismo judicial, apontando que nada mais é que “*uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes*”.

E nesse ponto, percebe-se que o seu conceito possui o Princípio da Separação dos Poderes como principal pilar de suporte de seu

posicionamento, tema que terá um tópico para que a ligação entre o ativismo judicial e esse princípio seja abordada com os devidos cuidados.

Conservando-se na vereda conceitual inicialmente proposta, é considerável a menção que faz Carlos Eduardo Dieder Reverbel, que alude sobre o termo em seu artigo que, inclusive, recebeu prêmio de *menção honrosa* ao ser apresentado na USP, onde ele trata sobre as diferenças entre o campo jurídico e o campo político do ativismo, estabelecendo os limites de atuação do judiciário nesses campos, e, assim, expondo seu ponto de vista a respeito da politização do judiciário. Não obstante, segue a transcrição do texto extraído de sua obra (2010, p. 73):

O ativismo judicial centra-se neste ponto: o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos

Notabiliza-se que o autor se refere à judicialização da política, tema intimamente ligado ao ativismo judicial, o qual o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso alude que a *“judicialização e o ativismo judicial são primos, que vem da mesma família, mas que não tem as mesmas origens”*.

A judicialização da política tem forte participação nesse contexto ativista, contudo, sua aplicabilidade muito diverge do ativismo judicial propriamente dito.

Na situação do Brasil, pode-se dizer que a judicialização é decorrência do sistema constitucional que é empregado pelo ordenamento, ou seja, não se trata de uma aplicação deliberada da vontade política do Judiciário. Significa dizer, que a postura tomada pelo Judiciário está inerente à sua atividade, não tendo a opção de atuar de modo diferente.

Além das decisões de questões de cunho político pelo Judiciário, essa transferência de julgamento traz consideráveis mudanças, sobretudo, no tocante à linguagem e argumentação dos julgadores.

O ilustríssimo Ministro Luís Roberto Barroso destaca 3 (três) grandes causas da judicialização, que segundo seu entendimento, é um

modelo que tem nos servido bem, e pela imensurável e imprescindível importância para o entendimento da questão, essas causas serão mencionadas a seguir (2008, p. 3 e 4):

A primeira grande causa da judicialização foi a **redemocratização do país**, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. [...] o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes.

[...]

A segunda grande causa foi a **constitucionalização abrangente**, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.

[...]

A terceira e última causa da judicialização, é o **sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, um dos mais abrangentes do mundo. [...] Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada pelo STF. (grifos nossos)

Nessa esteira, feitas as devidas considerações a respeito da diferenciação dos termos, será honrosamente colacionado para compor esse trabalho, o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso a respeito da ideia de ativismo judicial, sobre o qual ele alude com absoluta habilidade e precisão que lhe são característicos (2008, p. 6):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensado Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Nota-se que existe a mais variada espécie de conceituação e de posicionamento a respeito do termo, visto que os entendimentos sobre o tema são muito prolixos, e tudo isso se deve, sobretudo, ao subjetivismo e complexidade do ativismo judicial.

3.2 O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Apresentado o conceito e os posicionamentos sobre o tema, ficou nítida a desavença entre estes, fundado em um possível rompimento com o Princípio da Separação dos Poderes, e assim sendo, coube a este trabalho ocupar-se deste tópico para as devidas considerações.

O ativismo judicial é aclamado por muitos, mas, em contrapartida, é controvertido por outros tantos que vislumbram essa postura do Judiciário como inadequada para um dito Estado Democrático de Direito, que possui como um de seus fundamentos a Separação dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), expressos de forma clara na redação do artigo 2º da Constituição Federal.

Por esse motivo, a separação dos Poderes é, inclusive, escudada por essa mesma Constituição como “*cláusula pétrea*” (Art. 60, §4º, III da Constituição Federal), assim sendo, essa matéria é impossibilitada de ser objeto de deliberação, e igualmente, inacessível à possibilidade de proposição de Emenda Constitucional tendente à sua exclusão do ordenamento jurídico pátrio.

Ainda sobre a Separação dos Poderes, é importante colacionar a íntegra do artigo 2º da Constituição Federal que foi supramencionado de forma superficial, para que dele possamos obter, através de uma interpretação teleológica objetiva, melhor entendimento sobre finalidade do texto articulado pelo Constituinte: “*São Poderes da União, independentes e **harmônicos entre si**, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” (grifos nossos).

Considerando a composição fria que foi transcrita, observamos que o Constituinte é claro, e de igual forma preciso no tecer de seu entendimento a respeito da temática em questão; posicionamento este, do qual fizemos questão de destacar, para que assim possa ser melhor visualizado pelo leitor.

Ao dizer que esses poderes são “*independentes e harmônicos entre si*”, ele não exclui a possibilidade de interferência entre os Poderes, mas, sem embargo, proporcionou essa possibilidade de ocorrência; e nesse ponto entra a distinta precisão e clareza observadas ao Constituinte, pois, como dito, ele não descartou a possibilidade dessa ocorrência, logo, ele enfatiza que essa interferência só poderá ocorrer desde que seja de maneira harmônica, e não por mero deleite, ou com desprezível intenção desprestigiada.

Diante disso, a garantia do desenvolvimento nacional, que é prevista no artigo 3º e inciso II da Constituição Federal como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, pode justificar o uso de todas as possibilidades possíveis para que esse objetivo seja alcançado, com o escopo de melhoria da situação social.

Seguindo essa linha de raciocínio, é valorosa a transcrição dos dizeres de Andréa Elias da Costa, que sobre o Princípio da Separação dos Poderes menciona o seguinte (2010, p. 52):

Pode-se dizer que: ao legislativo cabe legislar, ao executivo, executar as leis, e ao Judiciário, julgar a baliza para o exercício dessas atividades e o sistema de freios e contrapesos, que significa a possibilidade de interferência de um órgão em outro exclusivamente com o fito de “manutenção do sistema”, jamais para se imiscuir na atividade do órgão alheio de forma a permitir o seu desprestígio.

É perceptível a elucidação da precisa divisão dos Poderes com seus respectivos papéis a serem desenvolvidos, porém, o sistema de freio e contrapesos permite que haja a interferência entre esses poderes, mas ressalta-se que a finalidade é apenas de “manutenção do sistema”, como foi acima mencionado.

Insta consignar que esse instituto não é uma peculiaridade do Brasil, outrossim, este é um “*fenômeno*” que passou a ocorrer grande parte dos países ocidentais logo após a Segunda Guerra Mundial.

Em vista disso, são de insubstituíveis valia as lições proporcionadas pelo ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, sobre as quais

convém destacar a sua completa exemplificação sobre as principais ocorrências do ativismo judicial no prisma mundial, que a seguir será transcrita (2008, pp. 1-2):

Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Por esse viés, contemplamos que essas ocorrências muito se equiparam ao que vem ocorrendo no Brasil, contudo, aqui existem muitos casos *sui generis*, mas que se evidencia a aplicação do ativismo judicial no cenário brasileiro.

Entretanto, faremos um levantamento crítico a respeito do tema no tocante a sua aplicação e os conceitos e métodos postulatórios, além de um questionamento crítico sobre o assunto, de forma que possamos melhor desentenebrecer o assunto.

4 DINAMICIDADE JUDICIAL

Todo o poder judiciário brasileiro há muito parece estar envolto em um “*cobertor de desconfiança*”. A dificuldade em se promover a justiça; não da forma sonhada, apenas de uma maneira satisfatória, seja em decorrência da falta de celeridade, do alto número de processos que acabam por mergulhar toda a máquina judiciária num verdadeiro caos

Pode-se dizer que em certos casos, a enormidade de regras se confrontando, ou por vezes, a falta delas em certas situações, fez ou faz com que a sociedade, em determinada parte do percurso social, perca a fé nesse Poder.

Entretanto, não se trata somente de uma deficiência da estrutura jurídica: fatores evolucionários e sociais contribuem para o agravamento desse quadro.

“Onde está a sociedade, aí está o direito” é uma máxima romana verdadeira, contudo, Zygmunt Bauman está absolutamente correto ao adjetivar à sociedade essa liquidez; a sociedade sim, de fato assumiu uma dinamicidade muito grande; o que faz com que o Direito também o seja, para que assim possa acompanhar os novos fatos que se despontam.

Porém, não há que se exigir do Direito essa metamorfose voraz da sociedade. O Direito não acompanha a sociedade com a mesma velocidade que esta evolui, mas que bom que assim o é. Não se trata aqui de assumir um papel tomista diante dos fatos, mas é inegável a deficiência do universo jurídico na produção normativa que acompanhasse a evolução da vida em sociedade.

É preciso dar tempo ao Direito, tempo para a criação de jurisprudências, de entendimentos, de correntes que levem de fato a criação de normas que perdurem. Desejar que o Direito percorresse todo o trajeto evolucionário com a mesma velocidade da sociedade, é desejar um amontoado de normas mortas, sem aplicabilidade e eficácia.

Este seria o caminho a ser trilhado, certamente não atente a todos os anseios, porém, seria o mais sensato. O imediatismo humano, contudo, não permite que assim o seja, o que faz com que anomalias jurídicas como o ativismo judicial, e sua promessa de uma aplicação justa, ganhem cada vez mais espaço.

4.1 A SUPREMACIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Todos esses acontecimentos fizeram com que determinado órgão figurasse como o grande salvador de todo poder judiciário. “*Senhor de toda a criação*”, despontou como a última esperança, daquilo que seria a pacificação social; procurando corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo, função que adquiriu em virtude do recrudescimento de decisões manipuladas e aditivas.

Instaurou-se no país, e conseqüentemente no poder judiciário, uma verdadeira ditadura camuflada, avessa a atos revolucionários, como atitudes que destoam do “curso natural” das coisas. Falamos aqui da supremacia conquistada e imposta pelo Pretório Excelso.

O Supremo Tribunal Federal parece atrair para si um espírito Don Juanista, sempre se saindo bem em todas as questões, o que leva seus membros, em alguns casos, a edificar seus votos naquilo que seria a vontade da maioria. Na verdade, tal atitude se assemelha a um modelo bonapartista, o Supremo dita o caminho a ser seguido, e o faz de maneira que tal ato soe como um clamor popular.

A discussão em questão está além de regurgitar teses já defendidas a despeito da atuação do Supremo Tribunal Federal. Como já mencionado, muitos foram os fatores que culminaram com o quadro atual. O advento da Constituição Federal de 1988 possui sua parcela de responsabilidade. O país, após um custoso período, sofrendo como a ditadura militar, passou a sonhar e a desejar com muito mais intensidade a redemocratização do país.

Em meio a tudo isso, surge a constituição cidadã, uma carta magna que procurou preencher todo o anseio nacional; a para tal acolheu em seu corpo todas as opiniões, até mesmo valores antagônicos. Tal processo fez com que esse documento norteador, se tornasse uma constituição

extremamente analítica. Em suma, podemos afirmar que a atual carta magna trata dos mais diversos assuntos, não somente aquilo que tange a estruturação do Estado.

Isso fez com que o sistema fosse obrigado a importar metodologias ou estratégias de interpretação desconhecidas: otimização, ponderação, proporcionalidade, razoabilidade. Nesse aspecto, a atual Constituição Federal acabou transformando o país numa República da Hermenêutica, onde qualquer ato, desde que fundamentado, possui seu lugar ao sol.

Pode-se dizer que esta foi uma grande contribuição para que o Supremo Tribunal Federal, legítimo guardião da Constituição, impusesse à nação um ditame a ser seguido; e descartar que tal direcionamento sofra influência pessoal daqueles que compõem a Suprema Corte, torna-se um tanto quanto complicado.

Destarte, observa-se o despertamento de um precedente muito perigoso, algo que o Barão de Montesquieu define como:

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pour-rait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers⁴.

A discussão vai muito mais além do que insinuar qualquer desvio de caráter dos nobres ministros, longe disso, o que se busca, é demonstrar a crescente falta de visão do papel do judiciário, em se comportar simplesmente como o judiciário. A redundância se faz necessário para frisar o aparente desvio comportamental desse Poder.

⁴<http://mjp.univ-perp.fr/textes/montesquieu.htm>. Acesso em 23 de junho de 2015.

Fica evidente a vital importância do Supremo Tribunal Federal, como pedra toque para um prosseguir seguro, a passos firmes, de toda a nação. Não somente uma análise do comportamento adotado pela Alta Corte merece atenção; a maneira de escolha que os que a compõe carece de muita atenção.

Trata-se de desconfiança? Evidente que sim! Infelizmente o país possui uma instabilidade política muito grande, não possuindo a esperada credibilidade na escolha dos membros do pretório excelso da maneira que se procede atualmente.

Haja vista a recorrência de escândalos políticos envolvendo as mais variadas esferas do governo, e por mais honrosa que seja essa prerrogativa presidencial, nos parece claro que esta não é a melhor maneira de fazê-lo.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, e mesmo todo o país, fora surpreendido pela prematura aposentadoria do ministro Joaquim Barbosa, fato que demonstrou claramente a chaga aqui evidenciada. A demora na indicação de um nome para ocupar a cadeira vaga fez com que se demonstrasse a grande contaminação política no processo de nomeação. O que foi visto, foi uma enxurrada de versões envolvendo nomes ligados aos mais variados partidos políticos.

Tal demora fomenta o surgimento de interessados, reivindicando nomes, com significativa militância política, e com isso verdadeiras campanhas são arquitetadas. Desse modo, único Poder que não é composto pela vontade popular, acaba por apresentar um leque de candidatos que não serão escolhidos pela sociedade.

Existem variados modelos de indicação de nomes das mais altas cortes. O modelo norte americano parece um bom exemplo a ser seguido; onde o próprio judiciário nomeia, e estes são remetidos ao parlamento, o qual seleciona três nomes, e estes enfim são submetidos à aprovação do chefe do executivo.

Num sistema democrático, nos parece a forma mais sensata de nomeação dos integrantes da mais alta corte do país, pois de certa forma existe a colaboração dos três poderes. Certamente não se trata de um modelo à prova de falhas, contudo, num país diariamente bombardeado por casos e mais casos de corrupção, a transparência só vem a somar para a estruturação e solidificação das bases do Estado.

5 CONCLUSÃO

No entanto é estritamente importante esclarecer que o escopo desse trabalho não é o questionamento acerca da importância da Suprema Corte, tampouco a busca por uma derrocada de todo um Poder.

É de indubitável essencialidade o papel do Supremo Tribunal Federal na aplicação do Direito no ordenamento brasileiro, pelo simples fato de materializar com suas decisões a vontade do povo, dando cumprimento as regras que foram criadas e edificadas por seus pares, democraticamente eleitos, sobre a regulação do evento social, eis aqui a sua relevante importância, enquanto órgão máximo do poder judiciário.

No entanto, o ato de julgar ainda que obtenha um alto grau de aprovação popular, poderá em certo tempo, ultrapassar e ultrajar a essência do próprio Direito. Logo, cabe a Suprema Corte se policiar e desempenhar com maestria sua função, que é garantir a incolumidade do sistema constitucional como um todo, como pura manifestação da democracia. E a democracia por possuir um enorme valor, é necessário que em certas ocasiões seja protegida dela mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **STF vs. Vontade da Maioria: As Razões Pelas Quais a Existência do STF Somente se Justifica se ele for Contramajoritário**. Ano 101, vol. 921. Revista dos Tribunais, 2012.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 1ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CANTEROS, Fimín. **Estructura Básica de los Discursos Garantista y Activista del Derecho Procesal**. Argentina: Editorial Juris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

KOSIK, Karel. **Dialética do Concreto**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Marins Fontes. Pág. 181. 1993.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos** – São Paulo: Saraiva, 2010.

Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2015.

Disponível

em:

<<http://www.mjp.univ-perp.fr/textes/montesquieu.htm>>. Acesso em 23 de junho de 2015.