

O ATIVISMO JUDICIAL E O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE EROÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO NO BRASIL

JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIAL PROTAGONISM IN THE DEMOCRATIC STATE EROSION PROCESS IN BRAZIL

Marcus Robson Nascimento Costa Filho¹

RESUMO. Neste ensaio, analisamos o fenômeno do ativismo judicial sob uma perspectiva crítica, que nos permite compreendê-lo a partir de suas idiossincrasias em nosso país. Nosso objetivo é desvendar as relações existentes entre o ativismo judicial, o esvaziamento do Estado Democrático no Brasil e a centralidade do Judiciário nesse processo. Nessa pesquisa, nossas categorias de análise nos permitem entender a citada relação e aduzir a hipótese de que o ativismo judicial, a partir de sua tensa relação com os Direitos Fundamentais, transformou-se em um mecanismo a serviço do esvaziamento do Estado Democrático e o Judiciário o principal agente desse processo.

PALAVRAS-CHAVES: Ativismo Judicial. Poder Judiciário. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT. In this essay, we analyze the phenomenon of judicial activism from a critical perspective, which allows us to understand it from its idiosyncrasies in our country. Our objectif is to unravel the relationship between judicial activism, the depletion of the Democratic State in Brazil and the centrality of the judiciary in this process. In this research, our categories of analysis allow us to understand the aforementioned relationship and to hypothesize that judicial activism, from its tense relationship with Fundamental Rights, has become a mechanism at the service of the emptying of the Democratic State and the Judiciary the main agent of this process.

KEYWORDS: Judicial Activism. Judicial power. Democratic state. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Referido como um dos traços mais importantes da dogmática jurídica que se engendrou após o fim da segunda guerra mundial denominada, não de forma inadvertida, de pós-positivismo, ou neopositivismo, o ativismo judicial é produzido em um ambiente teórico

¹ Licenciado em História. Bacharel em Direito. Pós-Graduado em Processo Civil e Mestrado em Educação. Professor. E-mail: marcusrcosta@hotmail.com

no qual se desenvolveu a ideia de que a Constituição situa-se no centro do ordenamento jurídico.

Com efeito, dentre as características centrais dessa dogmática jurídica, além da conversão da dignidade da pessoa humana em núcleo axiológico dos textos constitucionais (NOVELINO, 2008, p. 83) e da elevação dos princípios à categoria de normas, avulta-se a centralidade das constituições, indicando, não só a normatividade dos textos constitucionais, mas também a superioridade da Constituição (BARCELOS, 2007, p. 43).

Nesse contexto, a concepção do ativismo judicial tem sido referida nos textos acadêmicos quase sempre associada à ideia de uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, o que nos coloca diante de uma concepção generalista segundo a qual o ativismo representa a consagração de um juiz de visão progressista e reformadora (LEITE, 2010).

A judicialização de inúmeras questões de proeminente repercussão política, como o consectário mais proeminente desse fenômeno, dimana, diretamente, desse processo de constitucionalização abrangente (LEITE, 2010), no qual cabe ao Poder Judiciário o desiderato de ser o guardião dos fins e princípios constitucionais.

Entrementes, formulamos aqui uma análise contextualizada do ativismo judicial, propondo uma reflexão a respeito de como o ativismo judicial foi transformado em nosso país em um profícuo mecanismo utilizado no processo de erosão do Estado Democrático de Direito, processo que tem contado com a centralidade decisiva do Poder Judiciário na sua concretização.

Partimos de duas premissas: a primeira diz respeito à própria compreensão do ativismo judicial, mas à luz de uma perspectiva crítica, o que nos permite enxergar **(i)** sua tensa relação com os Direitos Fundamentais e **(ii)** as idiosincrasias desse processo em um país como o Brasil, e a segunda diz respeito ao gradual, mas muito pujante, processo que tem levado ao esvaziamento do conteúdo material do Estado Democrático de Direito, cuja participação do Poder Judiciário tem sido decisiva.

O escopo do presente ensaio, portanto, é, em primeiro plano, demonstrar que o viés progressista que é atribuído ao ativismo judicial não é uma marca idiosincrática do fenômeno, mas que se desvela susceptível a contornos mais conservadores a depender da silhueta política do Judiciário, o que pode acontecer, *v.g.*, quando o juiz encontra, na própria Constituição, motivos para uma interpretação que visa à supressão de direitos. A partir daí, após considerar que há em marcha no Brasil, um processo de erosão do Estado Democrático

de Direito, indicar a relação que existe entre o ativismo judicial e a centralidade do Judiciário no anunciado processo de esvaziamento do Estado Democrático em nosso país.

Acentuamos, portanto, a hipótese segundo a qual o ativismo judicial tem servido a esse processo de esvaziamento do Estado Democrático no Brasil, na medida em que vem sendo manejado para suprimir direitos que são os valores mais relevantes dessa concepção de Estado, o que, por óbvio, transforma o Poder Judiciário não só em um agente desse processo, mas também em um protagonista dele.

1 O ATIVISMO NO BRASIL: DECISIONISMO E AUTOCRACIA JUDICIAIS

O neopositivismo surge dos escombros da Segunda Guerra Mundial e do Terceiro Reich como uma reação ao positivismo jurídico radical levado a cabo até a segunda metade do século passado. A expressão tem sido utilizada para identificar uma teoria jurídica que é edificada como uma reação à aproximação quase absoluta entre Direito e norma e à rígida separação entre Direito e ética, indicando, em certo sentido, uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista (BARROSO, 2009, p. 248).

Dentre os movimentos que nascem no bojo do neopositivismo avulta-se o ativismo judicial, cuja definição pode ser extraída das palavras de Luís Roberto Barroso (2010, p. 9), que, ao examinar o fenômeno, fez-nos a seguinte descrição:

[...] Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, **conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais** [...] (Destaque nosso).

No Brasil, o movimento do ativismo judicial virou sinônimo de uma postura de vanguarda do juiz na realização da vontade constitucional e na concretização de direitos, logo associada a uma participação do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, o que se permite tanto pela direta aplicação do texto constitucional nos casos não abordados diretamente na Constituição, de modo a não precisar da manifestação do legislador

O mesmo olhar nos é revelado nas palavras de Elival da Silva Ramos (2015, p. 107), quando em obra referencial sobre o tema preconizou:

[...] não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. **Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de**

respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do common law se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí porque a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano. (Destaque nosso)

Note-se que em todas essas descrições o movimento do ativismo judicial designa um movimento feito pelo Judiciário no rumo a Constituição e dos Direitos Fundamentais. Nessa descrição, o ativismo judicial é mencionado como um movimento de índole progressista que atribui ao Judiciário a função de ser o elemento da mudança, responsável, portanto, de promover as necessárias adequações do direito à nova realidade política, social e econômica.

Entretanto, não podemos compreender o ativismo judicial de forma descontextualizada, isto é, sem levar em conta as certas especificidades. Entendemos não ser possível a compreensão do ativismo judicial sem fazer esse necessário entrelaçamento entre a dogmática e os aspectos factuais, pois o ativismo judicial é a expressão de uma decisão política do juiz.

Assim, destacaremos dois dos mais importantes caracteres assumidos pelo ativismo judicial no Brasil: o decisionismo judicial e o discurso autocrático e antidemocrático assumido pelo Judiciário. A explicação e definição de cada um desses dois aspectos nos levarão às inferências hipotéticas que aqui assumimos. Vejamos.

1.1 DECISIONISMO JUDICIAL E OS “PREDADORES EXTERNOS” AO DIREITO

A primeira crítica que iremos impor ao ativismo judicial diz respeito ao fenômeno do decisionismo judicial, designando a ideia de que, em função do ativismo judicial, menoscabam-se os fundamentos jurídicos sobre os quais deve se erguer toda e qualquer decisão judicial. Em outras palavras:

[...] Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. (SARMENTO, 2007, p. 144)

Trata-se de decisões pouco preocupadas com os fundamentos jurídicos que a justifiquem. O que as fundamenta não é nunca a necessidade de decidir à luz do Direito, mas sim a sensibilidade do juiz às pressões que vêm de fora pra dentro. Analisando o desfecho da ação penal nº 470, decidida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no caso que ficou conhecido como “mensalão”, STRECK (2018, p. 178) apontou para esse cenário de desprezo pela fundamentação jurídica com as seguintes palavras:

[...] O resultado ou consequência desse estado d’arte é que, chegando próximo a julgamentos tencionantes – como foi o caso do “Mensalão” – a Suprema Corte se viu pressionada por vários grupos, como se também em julgamentos criminais pudessem ou devessem existir “julgamentos políticos.

Esse decisionismo judicial, que procura dar respostas às pressões dos grupos sociais influentes, ou por sua organização ou por seu poderio econômico, como consequência do ativismo judicial que se empreendeu no Brasil, ao desvelar um certo desdém pela fundamentação jurídica, substitui os fundamentos jurídicos pelos de natureza moral, religiosa, política, econômica etc.

Como expressão desse movimento de distanciamento da fundamentação jurídica, vem se fortalecendo a ideia de que o juiz decide a partir de seu “livre convencimento”, em função do que “*pode fazer (e afirmar) qualquer coisa*” (STRECK, 2018, p. 186). Com efeito, o livre convencimento justifica a ideia segundo a qual “*a eventual motivação não é mais do que uma capa de sentido posta para escamotear sua concepção realizada livremente*” (STRECK, 2018, p. 186).

Para termos uma noção disso que estamos falando, sugerimos a análise da decisão liminar proferida nos autos do Processo nº 16542-54.2016.4.13400, no âmbito do qual um juiz Federal de 1º grau obstou a ex-Presidente Dilma Rousseff de nomear o ex-Presidente Lula Ministro de Estado. Essa decisão impediu que a ex-Presidente praticasse um ato considerado pela Constituição Federal como privativo do Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso I.

Esses atos são da inerência da condição de Chefe de Governo e Chefe de Estado exercida pelo Presidente da República no nosso sistema político. No caso da nomeação e exoneração de Ministros, trata-se de um ato de Chefe do Estado brasileiro, de modo que sua suspensão por uma decisão judicial é algo atentatório dessa condição e um verdadeiro arrosto ao princípio da separação dos poderes.

Nessa decisão, resta evidente a ideia de livre convencimento do magistrado do caso, e, apesar de reconhecer a complexidade do caso, resolveu, sem a oitiva da parte contrária, assim decidir:

[...] A posse e exercício no cargo podem ensejar intervenção, indevida e odiosa na atividade policial, do Ministério Público e mesmo no exercício do Poder Judiciário, pelo Senhor Luiz Inácio Lula da Silva [...] Implica na intervenção direta, por ato da Excelentíssima Senhora Presidente da República, em Órgãos do Poder Judiciário, com deslocamento de competências. E este seria o único ou principal móvel da atuação da Mandatária – modificar a competência, constitucionalmente atribuída, de órgãos do Poder Judiciário.

Infere-se que o magistrado não aduziu nenhum fundamento de natureza jurídica, que, por exemplo, questionasse a prerrogativa presidencial inserta no art. 84, inciso I, da Constituição, norma de eficácia plena, que não demanda a intervenção legislativa para lhe conferir eficácia jurídica. Na realidade, o que pesou para essa deliberação foi apenas o livre convencimento do magistrado da causa.

Decisões como essa têm se proliferado no Judiciário, por todo o país e por todas as instâncias. O processo penal se transformou em um ambiente pródigo nesse tipo de decisão. Parte significativa dos presos provisórios têm sido vítimas desse tipo de decisão. A decretação da prisão preventiva, em muitos desses casos, não se prende à demonstração circunstanciada e fundamentada dos requisitos legais que autorizam a segregação preventiva, mas sim cedem aos “predadores externos²” do Direito (STRECK, 2018).

A prisão processual (preventiva ou temporária) dimana de decisões que se fundamentam na moral e na política, cedendo assim à pressão da sociedade que clama por segurança, de tal modo que o importante é confinar, mesmo que as circunstâncias factuais admitam medida diversa da prisão, engendrando um ambiente perfeito para deliberações generalistas.

Nesses termos, os requisitos legais que autorizam essa espécie de prisão são anunciados de forma genérica, sem demonstração concreta de que se configuram presentes no caso. Isso foi objeto de crítica pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 118.580/SP, onde se consignou o seguinte:

[...] A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que o estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso.

[...] A prisão cautelar, em nosso sistema jurídico, não deve condicionar-se, no que concerne aos fundamentos que podem legitimá-la, ao clamor emergente das ruas, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

² O jurista Lênio Streck usa a expressão “predadores externos” para se referir à política, à economia e à moral, que têm influenciado o juiz na hora de decidir.

Note-se que se condena a susceptibilidade do Judiciário às pressões externas, porque isso denuncia como qualquer argumento tem servido para decretar a prisão processual antes da pena, isso para satisfazer essas mesmas pressões, o que permite ao juiz simplesmente descartar a análise da presença circunstanciada dos requisitos legais que autorizam essa modalidade de prisão e impor uma prisão que deveria ocorrer apenas com o desfecho da ação.

E aqui é irrelevante se o desenlace do processo tenha tido um resultado bom ou ruim, progressista, conservador ou reacionário, mas sim como os denominados “predadores externos” dominam a fundamentação judicial. Serve como exemplo emblemático disso a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso das uniões homoafetivas, que ao fazer uma releitura do art. 226 da Constituição, fê-lo rompendo com os limites hermenêuticos que lhe são impostos, pois:

[...] Ao permitir decisões que, onde está escrito home e mulher, reescreva o texto para “qualquer união afetiva entre pessoas”, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira “Constituição do B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.

Dessa forma, a simbiose desses elementos – ausência de fundamentação jurídica nas decisões, a capitulação às pressões externas e a ruptura com os limites hermenêuticos – engendrou um Judiciário robusto, oportunizando, assim, o surgimento de um discurso autocrático, exatamente na medida em que se desvela antagônico aos Direitos Humanos Fundamentais. Falaremos sobre isso na seção a seguir.

1.2 ATIVISMO JUDICIAL ANTIDEMOCRÁTICO

Para além dessa crítica em relação ao decisionismo, o que é mais grave, o ativismo judicial no Brasil vem assumindo um viés evidentemente conservador e antidemocrático. O que aqui devemos entender como designativo desse ativismo é toda manifestação judicial que resulte na relativização ou mesmo supressão dos Direitos Fundamentais encartados na Constituição Federal.

Trata-se de um movimento que vai ao encontro das aspirações dos que militam contra a concretização dos Direitos Humanos Fundamentais no Brasil. Nesses termos, o Judiciário decide a fim de esvaziar o conteúdo material dos direitos e garantias fundamentais, a partir de decisões judiciais proferidas em sentido absolutamente diverso dos princípios e valores nos quais esses direitos se ancoram.

O ativismo judicial auxiliou o Judiciário na edificação de um discurso autocrático e contra os Direitos Humanos Fundamentais, isso porque a capitulação do Judiciário aos chamados “predadores externos” permitiu que se frustrasse a esperança de que o Judiciário pudesse ser o guardião da democracia e dos Direitos Fundamentais (CASARA, 2017, p. 126). Segundo Mascaro (2018, p. 178):

Se a Constituição permite uma hermenêutica mais progressista quantos aos costumes e à orientação política e econômica da sociedade brasileira, o questionamento ao Judiciário e ao direito se faz a partir do interesse dos grupos conservadores no campo dos costumes e do interesse do grande capital no dos temas políticos e econômicos.

Nesse contexto de desvairada relativização e/ou supressão dos Direitos Fundamentais, o Sistema de Justiça tem servido para capitanear medidas de exceção que são (i) interruptivos do processo de redemocratização e (ii) suspensivas das liberdades das pessoas. Para Casara (2017):

A “dimensão material da democracia” deixa de ser uma preocupação do Estado, em especial porque a concretização dos direitos e garantias fundamentais, que exigiria inações e ações do Estado nas mais diferentes áreas (...), muitas vezes se choca com os interesses dos detentores do Poder Econômico.

Ainda se verifica que a persecução criminal se desenrola em absoluto menoscabo aos valores sobre os quais se edificou o processo penal de viés liberal, em que se observam os valores da liberdade e da igualdade. Em outras palavras, temos que se deu:

[...] o fenômeno da relativização das formas processuais, dos direitos e das garantias fundamentais. Em outras palavras: no Estado Pós-Democrático, as formas e as categorias processuais penais, os direitos e as garantias individuais passaram a ser percebidos como obstáculos transponíveis à eficiência repressiva do Estado e do mercado.

Verificamos esse ativismo judicial atentatório dos Direitos Fundamentais em decisões como a que determina a expedição de mandados de busca e apreensão e de prisão coletivos. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, há decisões que vêm admitindo a possibilidade de expedição desses mandados coletivos, conforme se vê no trecho abaixo reproduzido:

[...] Bem verdade que deve o mandado de busca e apreensão indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do proprietário ou morador. Todavia, como muito bem realçado pela Juíza de primeiro grau, no plantão noturno, numa realidade em que o domínio, há mais de 30 (trinta) anos, de facção criminosa armada “impede a permanência do poder público para regulação e instalação de equipamentos de indicação e individualização de ruas e localidades; numa realidade em que todos os mínimos espaços foram ocupados de forma irregular, sendo impossível o acesso senão por becos aleatórios e acidentados, numa realidade em que novas “casas” são fundadas de forma independente, e quase imediata, pelo simples acréscimo de materiais a lajes de outras casas, sem que sejam

registradas e ordenadas, não há como individualizar e indicar numerações sem uma incursão ao local”. Neste ponto, é interessante mencionar que a busca e apreensão possui, em regra, natureza jurídica de meio de prova, mas também pode revestir-se de caráter assecuratório de direitos. No caso em questão, esta segunda natureza, associada à primeira, demonstra que ambas se amoldam à medida deferida, em virtude de buscar resguardar os interesses dos proprietários que estão sendo burlados em seus direitos absolutos e plenos de usar, gozar e dispor de seus bens, sendo coagidos a permitir que membros da facção criminosa deles se utilizem para guardar armas e substâncias tóxicas, ou como abrigos estrategicamente localizados, garantindo-lhes superioridade tática. ORDEM DENEGADA, com a determinação do imediato cumprimento da decisão aqui proferida, com determinação de expedição de ofícios” (0048172-75.2017.8.19.0000, j. 26/09/2017).

No âmbito da jurisdição constitucional, também se tem assistido a esse processo. As decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, Recurso Extraordinário (RE) 603616 e, mais recentemente, no Habeas Corpus nº 126292 são emblemáticas desse ativismo contrário aos Direitos e Garantias Fundamentais, porquanto relativizam garantias caras à liberdade das pessoas, designadamente, a presunção de inocência e à inviolabilidade de domicílio.

Nesses precedentes, a presunção de inocência e a inviolabilidade de domicílio foram objeto de uma interpretação que lhes suprime seu conteúdo material, postergando o fato de que essas garantias fundamentais são normas limitadoras da atuação do Estado, a fim de evitar o arbítrio do governante. No caso da presunção de inocência, ela *“representa a mais importante salvaguarda dos cidadãos, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro”* (LEWANDOWSKI, 2016).

Por conseguinte, à luz desse ativismo judicial antidemocrático, os Direitos Humanos Fundamentais são encarados como obstáculos à eficiência do Estado e do mercado, como negatividades e, por isso, são transformados em mercadorias. Há uma “inviolabilidade seletiva” (CASARA, 2017), de modo que nem todos têm a inviolabilidade de seus direitos fundamentais protegida contra ações invasivas.

2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DA DERROCADA DO ESTADO DEMOCRÁTICO NO BRASIL

Chega-se aqui no ponto saliente de nossa investigação científica. Vimos, até agora, como o ativismo judicial ganhou uma silhueta antidemocrática no Brasil e se voltou contra os direitos e garantias fundamentais. Na presente seção, faremos uma análise de como esse

ativismo judicial serviu como profícuo mecanismo no esvaziamento do Estado Democrático no Brasil.

2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO: UM CADÁVER INSEPULTO

O Estado Democrático é resultado de um processo de evolução que se inicia com o Estado de Direito, a primeira versão de um Estado voltado às liberdades públicas e que surge como, consoante nos deslinda José Afonso da Silva (2003, p. 112) “*expressão jurídica da democracia liberal*”.

Após a Primeira Guerra Mundial, o mundo assiste ao surgimento, no seio do sistema capitalista, do *WelfareState*, isto é, o Estado do Bem-Estar Social, que revela uma espécie de Estado preocupado em engendrar uma situação de bem-estar geral. O problema com essa adjetivação do Estado é que, qualquer regime, inclusive os regimes de exceção, podem dela se apoderar, sendo certo, ainda, que, em tal medida, o conteúdo desse Estado torna-se estático, de tal sorte que não se percebe nenhuma passo a diante. Em outras palavras:

[...] mantendo-se o qualificativo social ligado ao Estado, engasta-se aquela tendência neocapitalista e a petrificação do *WelfareState*, com o conteúdo mencionado acima, delimitadora de qualquer passo à frente no sentido socialista [...] (SILVA, 2003, p. 117)

Não obstante a essa constatação, é com o surgimento do Estado Democrático que o Poder Político irá tratar de forma diferenciada a participação popular. Nesse sentido, o Estado Democrático visa à realização do princípio democrático, elevando-o à condição de garantia geral dos direitos fundamentais. Nas palavras de BONAVIDES (2002, p. 333), temos uma noção mais evidente acerca do assunto, *verbis*:

[...] Nesse sentido, na verdade, o Estado Democrático contrapõe-se ao Estado Liberal, pois a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito.

Nasce, com essas noções, o Estado Democrático de Direito, elidindo a anacrônica ideia liberal da igualdade formal e erigindo, em seu lugar, a hodierna ideia de materialização do princípio da igualdade. Trata-se de um modelo de sociedade realmente democrática, cujo primacial escopo é o de garantir a efetiva participação popular nas decisões políticas, conferindo, destarte, acesso de todos os setores dessa novel sociedade aos bens produzidos pelo Estado.

É esse, portanto, o Estado Democrático que surge com a Constituição de 1988, cujo desiderato é ser, conforme pedagogicamente proclama José Afonso da Silva (2005, p. 25),

“[...] *um Estado humanista de fundo igualitário, que supõe a superação de conflitos* [...]”. No Estado Democrático, os Direitos Humanos Fundamentais são referidos como os valores supremos de uma sociedade menos iníqua, formando um sistema normativo de limites ao exercício do poder (político e econômico). Nesse sentido, Casara (2017, p. 19) nos leciona o seguinte:

Ao se falar em Estado Democrático de Direito se evoca, em termos weberianos, um “tipo ideal” de Estado que tem o compromisso de realizar os direitos fundamentais e tem como principal característica a existência de limites ao exercício do poder. O Estado Democrático é sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais, estão sujeitos à lei, não como no velho paradigma positivista (“sujeição à letra da lei”), mas sujeitos à lei coerente com a Constituição da República.

Todavia, defendemos aqui que esse Estado vive o que se tem entendido ser uma profunda e irremediável crise, exatamente na medida em que os ataques sistemáticos que são impostos à Constituição têm comprometido os preceitos mais valiosos do Estado Democrático, esvaziando-se o sentido material desses direitos, permitindo a existência meramente formal desses valores.

Com efeito, na prossecução desse enredo, temos o exaurimento do Estado Democrático no Brasil, o que nos é sinalizado pelo desaparecimento de qualquer pretensão de fazer os limites ao exercício do poder, exatamente na medida em que esses sistemáticos ataques aos Direitos Fundamentais expressam um absoluto menoscabo aos valores democráticos, expressando, portanto no desaparecimento desses valores e o exaurimento do Estado Democrático.

Ao analisar a relação entre os direitos humanos fundamentais e esse Estado, Casara (2017, 29) diz o seguinte:

Um Estado em que o governo se põe abertamente a serviço do mercado, da geração de lucro e dos interesses dos detentores do Poder Econômico, o que faz com que desapareça a perspectiva de reduzir a desigualdade, enquanto a “liberdade” passa a ser entendida como uma liberdade para ampliar as condições de acumulação do capital.

Nessa novel concepção de Estado, os Direitos Humanos Fundamentais são encarados como obstáculos à eficiência do Estado e do mercado, como negatividades e, por isso, são transformados em mercadorias. Há uma “inviolabilidade seletiva” (CASARA, 2017), de modo que nem todos têm a inviolabilidade de seus direitos fundamentais protegida contra ações invasivas.

2.2 O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NESSE PROCESSO E O ATIVISMO COMO SEU MAIS IMPORTANTE INSTRUMENTO

Na prossecução do esvaziamento do Estado Democrático, soergue-se um verdadeiro Estado de Exceção, onde “*a suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica*” (AGAMBEM, 1994, p. 96, apud CASARA, 2017). A tese do autor italiano é que o estado de exceção, esse momento que se supõe provisório, no qual se suspende a ordem jurídica precisamente para garantir sua continuidade, converteu-se durante o século XX em forma permanente e paradigmática de governo.

Lançando nosso olhar para o Brasil, há um conjunto indiciário que revela estar implementado esse Estado de Exceção nos termos em que acima consignado. VALIM (2017) compreendeu esse processo e nos deu uma pedagógica lição a respeito do tema nas seguintes palavras:

Desta vez a democracia não foi abatida por um golpe militar, com tanques e fuzis, mas sim pelo que vem sendo chamado de um “golpe institucional”, gestado e levado a efeito sob uma aparência de legalidade. Instaurou-se um processo, ouviram-se as partes e as testemunhas, elaboraram-se relatórios, mas tudo não passava de uma grande farsa, um simulacro de devido processo legal encenado por parlamentares toscos e venais, sob o impulso decisivo da mídia nativa.

Esse Estado nos é apresentado a partir da presença de determinados elementos no cotidiano político e jurídico no Brasil. O primeiro deles diz respeito a um discurso autoritário que se legitima no dia a dia, que contamina as redes sociais, mas que nasce nos aparelhos de Estado (legislativo, executivo e judiciário). Esse discurso autocrático se manifesta em decisões que visam a legitimar a supressão de históricas conquistas dos setores subalternizados de nossa população.

O segundo elemento desse Estado de Exceção no Brasil está indissociavelmente vinculado ao primeiro e diz respeito à imposição de restrições agudas aos Direitos Fundamentais. São decisões produzidas no interior do processo legislativo e no sistema de Justiça que vulneram os Direitos Fundamentais, expondo-os a uma relativização frenética.

Na sequência desse itinerário, ainda checamos a existência de uma evidente criminalização da pobreza no Brasil. Os processos criminais são a porta de entrada desse fenômeno e o sistema penitenciário seu fim. Hoje, o Brasil já possui, em termos relativos, a terceira maior população carcerária do mundo, cujo perfil socioeconômico nos leva à conclusão que há em nosso país um verdadeiro encarceramento em massa seletivo, porque

atinge quase que exclusivamente os setores precarizados, subalternizados, porquanto muito mais da metade dessa população é composta por negros, analfabetos e pobres.

E é aqui, nesse processo de erosão do Estado Democrático, que esse ativismo judicial de viés evidentemente antidemocrático aparece como um profícuo instrumento, exatamente na medida em que ajudou na instauração, no interior do Poder Judiciário no Brasil, de um discurso autocrático, fundado em uma jurisdição intervencionista nos temas originalmente destinados aos outros órgãos do Estado (Executivo e Legislativo) e numa desvairada e incontrolável tendência relativizadora dos Direitos Fundamentais.

As medidas de exceção de que certos setores da sociedade brasileira são vítimas, tais como o encarceramento em massa, a condução coercitiva sem a pertinente refração do conduzido, os mandados de busca e apreensão coletivos, a relativização da inviolabilidade de domicílio, por óbvio minam o Estado Democrático, porque atacam os valores sobre os quais essa concepção de Estado se alicerça.

Esse estado de medidas de exceção que o Judiciário protagoniza em nosso país já foi reconhecido algumas vezes em decisões judiciais. Após a interceptação telefônica determinada ilegítimamente pelo ex-Juiz Federal Sérgio Moro, os advogados propuseram uma Representação contra o referido juiz e ao deliberar sobre o caso, assim se manifestou o Desembargador Federal Rômulo Puzzollatti:

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. **A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.** (Destaque nosso).

A decisão acima banaliza e justifica o empreendimento de certas medidas de exceção no interior do Estado Democrático, sendo certo que o ativismo judicial é instrumento profícuo ao processo de disseminação de deliberações como essa no Judiciário, em função da junção dos caracteres a respeito dos quais falamos, o que torna o Poder Judiciário um agente protagonista desse processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo inaugurado com a promulgação da Constituição de 1988 criou um ambiente de muito entusiasmo em relação à atuação do Poder Judiciário na defesa e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais. O contexto de redemocratização do país do qual a Constituição saiu e do qual ela é um de seus sustentáculos parecia autorizar a esperança de que o Judiciário cumpriria seu desiderato democrático de ser o último bastião na defesa da democracia e dos Direitos Fundamentais.

Nesse contexto, o ativismo judicial e tudo aquilo que ele parecia prometer, como movimento progressista, foram festejados nesse novel constitucionalismo, porque oportunizaria uma atuação do Judiciário a partir da própria Constituição e a fim de tutelar seus preceitos, visando a evitar que esses valores ficassem à mercê de todos aqueles que pudessem arrostá-los.

Todavia, não foi isso a que se assistiu com o passar do tempo. Assim, trinta anos após a promulgação da Constituição e da inauguração do constitucionalismo por ela deflagrado, o ativismo judicial incorporou valores e características que explicam, em boa medida, a frustração em relação à expectativa inicial que se por um tempo se nutriu sobre o Judiciário.

O decisionismo judicial que desobriga o Juiz a construir uma racionalidade jurídica em suas decisões, permitindo-lhe a escolha de fundamentos de ordem moral, religiosa, política, econômica etc., tem sido responsável pela adoção de decisões que procuram atender às pressões externas que miram nos graves problemas sociais – como a insegurança –, numa agenda de costumes reacionária e numa verdadeira ojeriza à classe política.

É nesse contexto, que o ativismo judicial no Brasil incorpora traços evidentemente antidemocráticos, passando a servir aos atores sociais que preconizam um discurso e uma prática de intolerância e, portanto, contrário aos Direitos Humanos Fundamentais, prestando-se ao processo de exaustão prematura do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Com efeito, a adoção de medidas de exceção no interior do Estado Democrático foi enormemente beneficiada por essa silhueta assumida pelo ativismo judicial no Brasil. A ruptura dos limites hermenêuticos constitucionais, representado pela ideia de que não preciso aduzir uma fundamentação jurídica, combinado com o desprezo aos preceitos fundamentais da Constituição Federal e os sistemáticos ataques aos Direitos Humanos Fundamentais minaram o conteúdo material do Estado Democrático no Brasil, restando apenas seu conteúdo

formal, o que é insuficientemente capaz de avaliar a promessa contida no preâmbulo da Constituição de criação de uma sociedade menos plural e fraterna.

Dos escombros do Estado Democrático de Direito, surge uma concepção de Estado bastante afinada com os interesses do mercado e que criminaliza a pobreza e a política, que usa o Sistema Judicial para perseguir os indesejáveis, caracterizando-se, nessa medida, um verdadeiro Estado de Exceção permanente, que vulnera as garantias pessoais.

Portanto, o ativismo judicial acabou por se transformar em um importante mecanismo nesse processo de esvaziamento do conteúdo material do Estado Democrático de Direito no Brasil. Isso não só frustrou a esperança que se tinha a respeito da atuação do Judiciário como também o transformou em um agente protagonista nesse processo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio; BARCELOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**: Leituras Complementares de constitucional. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2007. p. 43.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 248.

BARROSO, Luís Roberto. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. 2010. **Conjur**, 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático. Neo Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2017.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. BDJur, Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>. Acesso em: 10 de mar. 2010.

MASCARO, Anderson Leandro. **Crise e Golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodium. 2008.

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

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudo de direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos**: Uma Radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: A Forma Jurídica do Neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.