Judicialização da política e ativismo judicial eleitoral: administração pública vs. jurisdição constitucional

GUILHERME BARCELOS

Sobre o autor:

Guilherme Barcelos: *Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF), Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS, Pós-graduado em Direito Constitucional (ABDCONST) e em Direito Eleitoral (Verbo Jurídico), Graduado em Direito pela Urcamp/RS, Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP), Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-DF, Professor da Pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Advogado, Sócio Fundador da Barcelos Alarcon Advogados (Brasília-DF).*

RESUMO

Uma das principais características do constitucionalismo contemporâneo (considerado aquele oriundo do pós-segunda Guerra) é o deslocamento do polo de tensão dos demais Poderes (Legislativo e Executivo) em direção à Jurisdição Constitucional. Nesse sentido, o presente trabalho busca(rá) questionar em que medida a jurisdição constitucional poderia ser um mecanismo destinado à democratização da atividade administrativa em terrae brasilis, sem que isso viesse a representar, por oportuno, uma interferência indevida nos demais poderes da República. Partindo-se, pois, da premissa de que o constitucionalismo proveniente do Estado Democrático de Direito tem por baliza um aprofundamento democrático cada vez maior, procurar-se-á, então, lançar luzes sobre o controle das ações/inações da administração pública no cenário brasileiro, de modo que a jurisdição constitucional seja enfrentada, efetivamente, como um mecanismo não só de controle, mas de democratização da atividade administrativa, desde que, no entanto, seja exercida de acordo com os preceitos democráticos, na esteira da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

Palavras-chave: constitucionalismo contemporâneo, administração pública, controle dos Atos Administrativos, jurisdição constitucional.

ABSTRACT

One of the main features of contemporary constitutionalism (considered originated after the Second World War) is the displacement of tension pole of other Powers (legislative and executive) towards the Constitutional Jurisdiction. In this sense, this paper aims to question to what extent the constitutional jurisdiction could be a mechanism for the democratization of administrative activity in terrae brasilis, without the constitutional jurisdiction would pose an undue interference in the other powers of the Republic. Starting from the premise that constitutionalism from the Democratic State of Law aims to deepen democracy. Therefore, this paper seeks to shed light on the control of the actions / inactions of public administration in the Brazilian scene, so that the constitutional jurisdiction is effectively perceived as a mechanism not only to control, but also to democratize the administrative activity, provided, however, in accordance with democratic principles, in the wake of Hermeneutics Critical of Law developed by Lenio Streck.

Keywords: contemporary constitutionalism, public administration, control of administrative Acts, constitutional jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO

A questão-chave deste artigo é: qual o papel da Jurisdição Constitucional em um Estado Democrático de Direito? Afinal, "[...] como compreender a atuação do Poder Judiciário a partir de uma concepção de constitucionalismo que tem como elemento base um aprofundamento democrático cada vez maior?". [1]

Com efeito, o constitucionalismo proveniente do Estado Democrático de Direito trouxe como uma das suas características "[...] certo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional".[2] Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.[3]

Nessa medida, tal e qual fazem Oliveira et. al., cabe perguntar: "[...] de onde vem esse fenômeno que se insere, cada vez mais, em nosso espaço público de discussões? Em que ele está enraizado? É algo recente? Se não, porque demoramos tanto para sentir os seus efeitos?"[4]. Ou, noutras palavras, de acordo com Clarissa Tassinari: Qual o papel do Judiciário?[5] Ora: como deve agir o Judiciário de acordo com os preceitos relativos ao Estado Democrático de Direito? O que é jurisdição constitucional? Como exercê-la? Quais as diretrizes? Em que medida? E os respectivos limites? Ou ainda, especificamente: em que passo a jurisdição constitucional poderia se constituir em um efetivo mecanismo de democratização da atividade administrativa, sem que isso, também, representasse uma interferência indevida do Judiciário nos demais Poderes?

Desse modo, a presente pesquisa pretenderá questionar se o exercício da jurisdição constitucional, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, poderia ser um mecanismo destinado à democratização da atividade administrativa tupiniquim e, se positivo for, em que medida isso poderia se dar, sem que esse "papel interventivo" do Poder Judiciário, ao final e ao cabo, pudesse representar, enfim, uma interferência indevida nos demais Poderes da República (Legislativo e Executivo), a ponto de nos transformarmos em uma espécie de *juristocracia* (*juristocracy*), para utilizar as palavras de Ran Hirschl[6] ou, como prefere Lenio Streck, em uma de *judiciariocracia*.[7]

2. COLOCANDO O PROBLEMA: CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A REVOLUÇÃO COPERNICANA DO DIREITO CONSTITUCIONAL NA E DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX: A RELAÇÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Segundo o magistério de Streck e Morais, o Estado Democrático de Direito:

1 TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012. p. 32.

2 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.p. 64.

3 Ibid., p. 65.

4 Ibid., p. 269.

5 TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.p. 32.

6 HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no Mundo. Fordham Law Review, [S.l.], v. 75, n. 2, 2006. Publicadooriginalmentecomo "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide". Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

7 Nesse sentido, p. ex., ver: STRECK, Lenio Luiz. O ativismo existe ou é imaginação de alguns? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 08 out. 2021.

> *[...] desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do status quo. (grifo do autor)*[8]

A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1° da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando. [9]

O conteúdo da legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de *intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade*. [10]

Assim, segundo Streck "[...] o Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito"[11]. E essa questão, ao final e ao cabo, é bem definida por Elías Díaz: o Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime, em que se produz uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que aproximadamente até o final da primeira grande guerra; já o Estado Social de Direito pode ser caracterizado como a institucionalização do capitalismo maduro, no qual o Estado abandona a sua postura abstencionista tomada inicialmente para proteger os interesses da vitoriosa classe burguesa, passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil, como também se converte em fator decisivo nas fases de produção e distribuição de bens; finalmente, o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade no qual se possam implantar superiores níveis reais de igualdade e liberdades[12]. Em suma, a noção de Estado Democrático de Direito está, pois,

> *[...] indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissociável que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tal como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais.*[13]

A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos

8 STRECK; MORAIS, op. cit.,p. 92.

9 Id. Estado Democrático de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al.Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.P. 21.

10 STRECK; MORAIS, op. cit., p. 93.

11 STRECK, Lenio Luiz.Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.p. 53.

12 DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Democracia. [20--?]. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/ descarga/articulo/831255.pdf>apud STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

13 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b. p. 54.

princípios que apontam para uma mudança no status quo da sociedade.[14] Assim, a Constituição de um Estado democrático tem por missão:

> *[...] veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política.*[15]

Daí, ao final e ao cabo, que a compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência, "[...] implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional."[16] Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. [17]

Porém, o alerta é necessário (e é aqui que queremos chegar): o Direito, neste estágio, deve sim ser visto como "[...] um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas."[18] No entanto, no afã de realizar pretensas reivindicações, não se pode colocar em xeque a própria autonomia do direito e a democracia.

No modelo advindo do Estado Democrático de Direito, ocorreu "[...] certo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional."[19] Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. [20]Isso, enfim, a toda evidência, na dicção de Streck:

> *[...] exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é inexorável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais, principalmente) e com isso aumente o poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista: a democracia.*[21]

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA[22] E ATIVISMO JUDICIAL: DE COMO ESSA QUESTÃO NÃO TEM SIDO BEM COMPREENDIDA NO BRASIL

De acordo com o escólio de Tassinari, é evidente que "[...] o novo modo de pensar o constitucionalismo a partir

14 Ibid.

15 BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90

16 STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014c.p. 37.

17 Ibid.

18 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.p. 48.

19 Ibid., p. 64.

20 Ibid.

21 Ibid., p. 65.

22 Como o intuito deste artigo não recai sobre o esgotamento do tema "judicialização das relações sociais", remetemos o leitor à obra de Werneck Vianna: VIANNA , Luis Werneck. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro, Revan,1999; e/ou VIANNA, Luis Werneck et. al. Dezessete anos de judicialização da política. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2. Ainda: VIANNA, Luis Werneck. Não há limites para a judicialização da política. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica.

do século XX modificou a atuação do Poder Judiciário".[23] Por muito tempo, havia, no âmbito das funções jurisdicionais, uma resistência à aplicação da Constituição, tornando a decisão judicial uma atividade mecânica, de pretensa reprodução legislativa. Esse imaginário se transformou no Brasil a partir da Constituição de 1988, que potencializou o papel do Judiciário, ao reforçar o compromisso do Direito com o cumprimento do que estava previsto no texto constitucional. Ou seja, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.[24] Essa realidade gera, por sua vez, um contexto no qual mais e mais matérias acabam por ser judicializadas, ou, noutras palavras, cresce a busca pela solução de conflitos ou insuficiências em direção ao Poder Judiciário.

Com efeito, essa tendência judicializante que se verifica nas sociedades atuais (e não é diferente quanto ao contexto brasileiro) "[...] é típica das democracias de massa e tem seu paroxismo apresentado no contexto atual. Sua manifestação não obedece, diretamente, aos desejos do órgão judicante. Pelo contrário, ela se apresenta como fruto de contingências político-sociais."[25] No âmbito político, fenômenos como o dirigismo constitucional e a inflação legislativa contribuem para aumentar o espaço de interferência (possível) do judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto da Constituição e do manancial legislativo, lato senso (Leis, Medidas Provisórias, Regulamentos, Portarias, etc.). Vale dizer, com Lenio Streck, há um aumento da dimensão hermenêutica do direito: quanto mais direitos são constitucionalizados ou mais leis são editadas para regulamentar toda uma plêiade de matérias, maior será o espaço – possível – de concreção dessa normatividade, atividade que se realiza no âmbito da jurisdição, no enfrentamento das questões concretas e das demandas apresentadas pela sociedade. [26]

Parece-nos claro, de tudo, que temos uma Constituição dirigente e compromissória, uma Carta com plena densidade normativa e que, assim sendo, acaba por *constituir-a-ação-do-Estado*. Uma Lei Maior com um extenso rol de direitos e garantias individuais, direitos sociais e coletivos como é a nossa acaba, de igual maneira, por expandir a *dimensão hermenêutica do Direito* (Streck). Assim, parece-nos clarividente, pois bem,que uma Constituição rica em direitos fundamentais como a brasileira requer(erá), inexoravelmente, mecanismos que garantam a sua plena eficácia. Eis, logo, a relevância do Poder Judiciário ou da Jurisdição Constitucional nesta quadra da história. Vale dizer: se a Constituição é o fundamento (superior) de validade do jurídico e do político, a jurisdição constitucional é a sua condição de possibilidade. Porém, essa maior participação do judiciário no espectro social não deve ser confundida com uma supremacia judicial. Reside aí, portanto, o busílis da questão.

Ocorre, de acordo com Tassinari, que:

> *[...] essa maior participação do Judiciário resultou confundida com uma atividade ilimitada. Em outras palavras, se a partir do Constitucionalismo Contemporâneo duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional (judicialização política e ativismo judicial), um dos problemas que surge é a inexistência de uma diferenciação. Em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afeta as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.*[27]

Com efeito, o fenômeno da judicialização da política (da vida e/ou do social) decorre situações diversas, consubstanciando-se num fenômeno que independe dos desígnios dos membros do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um fenômeno que encontra em sua gênese fatores de natureza *contingencial*.

Como fatores *contingenciais* deste fenômeno da judicialização da política, no sentido de uma maior interferên-

23 TASSINARI, op. cit.,p. 39.

24 Ibid.

25 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10. 2012, Curitiba. Anais... Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acessoem: 25 jun. 2016.

26 Ibid.

27 TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.p. 39.

cia do Poder Judiciário na cena sócio-política, citamos: **a)** o constitucionalismo dirigente (constituição dirigente, compromissória e normativa, com extenso catálogo de direitos fundamentais individuais e sociais)[28] [29]; **b)** a inflação legislativa; **c)** as crises políticas e insuficiências da política no sentido da implementação dos direitos sociais e coletivos; **d)** a crise da democracia, que tende a produzir um número cada vez maior e complexo de regulações; **e)** o maior acesso à justiça; **f)** a expansão da sociedade, que cada vez mais se torna marcada por uma profunda complexidade.[30] Trata-se, então, a judicialização da política (e do social), de um movimento que denota uma faceta do protagonismo judicial nosso de cada dia[31], consubstanciando-se em um fenômeno "[...] migratório do poder decisório próprio do Legislativo para o Judiciário[...]"[32], cuja gênese encontra assento em fatores de natureza contingencial, como dito. Dentre eles, os acima.

Aprofundando a temática, Tassinari sustenta que a judicialização da política deveria ser compreendida também como um fenômeno *circunstancial*, porquanto decorrente de um contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, ao mesmo tempo, contingencial, "[...] no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado, apresentando-se, portanto, muito mais como fruto de uma conjuntura político-social." [33]

A judicialização da política, conseguintemente, não é um mal em si, mas algo de natureza contingencial e circunstancial, fruto de fatores múltiplos, e em especial no contexto das democracias modernas.

Já o ativismo judicial representa fenômeno diametralmente oposto ao fenômeno da judicialização da política. Em verdade, *ambos são espécies do gênero protagonismo judicial*. Porém, suas características se afiguram como profundamente distintas, de tal maneira que não podemos, assim sendo, confundir a ambos.

Segundo Oliveira et al., embora sem mencionar expressamente, Antoine Garapon, no seu *O Guardador de Promessas*, "[...] intui de forma correta o elemento que marca a linha divisória que separa a judicialização do ativismo."[34] Com efeito, depois de uma análise minuciosa do modo como a sociedade contemporânea encara temas como a política e a democracia, demonstrando como a democracia contemporânea acabou por produzir esse espaço de judicialização[35], Garapon assevera o seguinte: "O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar."[36]

Já de acordo com o *jusfilósofo* gaúcho Lenio Luiz Streck, para quem a questão do ativismo no Brasil é extremamente mal compreendida, um juiz ou tribunal pratica ativismo

---

28 "Ontem os Códigos, hoje as Constituições!", rememorando as célebres palavras de Paulo Bonavides.

29 Vide capítulo 2

30 Para tanto, ver: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10. 2012, Curitiba. Anais... Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

31 Lenio Streck considera o protagonismo judicial como gênero, enquanto a judicialização da política e o ativismo judicial são as respectivas espécies.

32 STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014c.p. 47.

33 TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.p. 41.

34 Ibid., p. 283.

35 Ibid.

36 GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 54 apud OLIVEIRA, op. cit., p. 283.

> *[...]quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados; já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...].*[37]

Com efeito, uma Constituição nova exige novos modos de análise; no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e uma nova teoria hermenêutica[38]. Em 1988 o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada num modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões[39]. Do mesmo modo,

> *[...] não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias.*[40]

Logo, para Streck,

> *[...] as recepções das teorias voluntaristas – em especial as que colocam a Constituição como 'ordem concreta de valores' (portanto, com filiação na jurisprudência dos valores e com tendências à incorporação das teses do realismo jurídico), ultrapassaram esse 'modelo de aplicação do Direito'.*[41]

Na verdade ocorreu uma troca: do modelo que apostava na estrutura do Direito (objetivismo), passou-se a adotar uma postura de perfil subjetivista, que deu - e dá - azo não somente ao decisionismo stricto sensu, mas também ao instrumentalismo (processo civil) e ao inquisitivismo (processo penal)[42]. Enfrentar, então, esse "novo" protagonismo, na dicção de Streck, "*será o papel de uma hermenêutica preocupada com a democracia*" (grifo nosso). [43]

Eis aí, conseguintemente, a principal diferenciação entre *judicialização* e *ativismo*, ou seja: enquanto a judicialização é um problema das democracias contemporâneas, e tem por gênese uma pecha contingencial/circunstancial, o ativismo judicial é um fenômeno marcado por fatores de caráter comportamental, dependendo de um ato volitivo (ou de vontade) do órgão judicante. Noutras palavras, o ativismo ocorre quando o juiz ou o Tribunal decide por argumentos de moral ou de política e afins, de onde exsurge que o Direito (ou a sua autonomia) acaba sendo substituído pelas convicções pessoais do julgador. Não é distinto, por oportuno, o escólio de Oliveira et al., segundo o qual "[...] a judicialização é um fenômeno político gerado pelas democracias contemporâneas; ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um capítulo da teoria do direito (e da Constituição)"[44]. Portanto, judicialização e ativismo são espécies do gênero protagonismo judicial. Porém, enquanto aquela é notabilizada por fatores de natureza contingencial/circunstancial, este se caracteriza por um problema derivado de fatores de caráter comportamental,

37 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 589.

38 Neste exato sentido: STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

39 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

40 Ibid.,p. 83-84.

41 Ibid.,p. 83-84.

42 Ibid.

43 Ibid., p. 84.

44 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10. 2011. Anais... Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf> Acesso em: 08 out. 2021. p. 271.

de onde exsurge que os juízes ou tribunais, ao decidirem, substituem, pois, o direito ou a sua autonomia, por suas convicções pessoais ou, de outro modo, por argumentos de moral e de política, tudo em detrimento dos argumentos de princípio.

Logo, em conclusão, para que fique demasiado claro, ativismo e judicialização "[...] são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira."[45] Ocorre que judicializar a política "[...] pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos."[46]Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo (que é comportamental, espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo). [47]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo central deste artigo residiu em demonstrar a importância da jurisdição constitucional para a democratização da atividade administrativa, sobretudo neste estágio do constitucionalismo contemporâneo que assentou o Estado Democrático de Direito. Com efeito, o Estado Democrático de Direito adquire um caráter de transformação da realidade. A noção de Estado Democrático de Direito se encontra, pois, vinculada estritamente à relação dos direitos fundamentais (individuais, sociais e coletivos). Desse liame, por sua vez, exsurge aquilo que Lenio Streck costuma chamada de *plus normativo* do Estado Democrático de Direito. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.

A Constituição brasileira (que constitui o Estado Democrático de Direito brasileiro), definitivamente, é uma Carta dirigente e compromissória, com plena densidade normativa e que, assim sendo, acaba por *constituir-a-ação-do--Estado* (Streck). De igual maneira, trata-se de uma Lei Maior com um extenso rol de direitos e garantias individuais, direitos sociais e coletivos, e que, com isso, acaba por expandir a dimensão hermenêutica do Direito, para utilizar expressão de Lenio Streck. Assim sendo, uma Constituição rica em direitos fundamentais como a brasileira requer(erá), inexoravelmente, mecanismos que garantam a sua plena eficácia. Eis, logo, a relevância do Poder Judiciário ou da Jurisdição Constitucional nesta quadra da história. Vale dizer: se a Constituição é o fundamento (superior) de validade do jurídico e do político, a jurisdição constitucional é a sua condição de possibilidade.

Em que pese à forte carga normativa da Constituição brasileira de 1988, bem assim este rico rol de direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, cuja razão de ser do Estado Democrático de Direito é justamente a respectiva proteção e realização, além de um aprofundamento democrático cada vez maior, não é novidade que o Executivo e o Legislativo têm falhado no adimplemento desses direitos, cada qual naquilo que lhe compete. Com relação à perfectibilização das políticas públicas, até mesmo aquelas mais básicas, temos muito a caminhar, sobretudo em uma realidade que denota um país (ainda hoje) periférico, no qual o próprio Estado-Social não passou de uma mera caricatura. Nesse contexto, uma pergunta é salutar: o constitucionalismo morreu? Ou, de outro modo, a tese da Constituição dirigente e compromissória (Canotilho/Streck) se exauriu? Parece-nos evidente que não. Ao contrário, à luz da realidade brasileira, a Constituição deve ainda ser efetivada na sua plenitude.

Daí que a jurisdição constitucional, nesta atual quadra da história, se afigura como importante instrumento de realização dos direitos fundamentais do cidadão, como demonstrado. Trata-se, pois, de relevante mecanismo destinado à plena realização do texto constitucional. No entanto, é equivocado (e ingênuo) pensar que o judiciário poderia ser o *locus* de solução dos problemas sociais brasileiros. De igual forma, se assume relevância a jurisdição constitucional neste estágio do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo contemporâneo, seja no controle constitucional da atividade legislativa, seja quanto aos atos provenientes do poder executivo, seja na afirmação da força normativa da Constituição, da proteção dos direitos fundamentais-individuais e da realização dos direitos fundamentais-sociais, mormente em países como o Brasil (periféricos e de constitucionalismo e democracia tardios), afigurando-se a jurisdição constitucional como importante instrumento de realização do texto constitucional, e,

45 STRECK, Lenio Luiz. O ativismo existe ou é imaginação de alguns? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 08 out. 2021. online.

46 Ibid., online.

47 Ibid.

logo, de otimização e democratização da administração pública, é inexorável perquirir acerca de como essa intervenção do judiciário ou da jurisdição constitucional poderá se dar no âmbito da democracia, sem que, com isso, se venha a afrontar os próprios pilares do regime democrático. Ou seja: no afã de realizar pretensas reivindicações, não se pode, no entanto, pôr em xeque a própria autonomia do direito e a democracia. Há que se ter, então, um paradigma hermenêutico condizente com o Estado Democrático de Direito ou com o constitucionalismo emergente deste paradigma, até mesmo para possibilitar, no âmbito de um Estado assim designado, uma interpretação que permita ao texto constitucional (e legal, desde que condizente com a CF) acontecer de maneira "fidedigna" ou, para outros, "autêntica", valendo, enfim, dizer: sem discricionariedades e decisionismos.

A judicialização da política, por fatores de natureza contingencial (e comportamental), é marcante no espaço público brasileiro. A jurisdição constitucional vez mais tem sido chamada a se manifestar sobre os temas mais variados e, em muito, para garantir os direitos fundamentais-sociais do cidadão. Porém, não pode, o Judiciário, utilizara judicialização dessas matérias como álibi à prática de ativismos (decisionismos e discricionariedades). O ativismo judicial, como demonstrado, é um fenômeno que deriva de elemento volitivo do intérprete-aplicador, a partir do qual o direito ou a sua autonomia estaria (e assim o é!) a ser substituído pela vontade do próprio, materializada, ao final e ao cabo, por argumentos de moral e de política (e/ou de economia, não raro) em detrimento dos argumentos de princípio. A judicialização da política (da vida ou do social), assim sendo, não é um mal em si. O ativismo, por outro lado, é sempre nocivo, representado, sobremaneira, o soçobrar do Direito em prol das convicções pessoais do intérprete, e dos seus consectários.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al.**Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Democracia.** [20--?]. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/ descarga/articulo/831255.pdf>apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas:** justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no Mundo. **Fordham Law Review**, [S.l.], v. 75, n. 2, 2006. Publicado originalmente como "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide". Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10. 2012, Curitiba. Anais... Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico,** São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 08 out. 2021. online.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.