



A PROBLEMÁTICA DA INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL: O ESTADO PATRIMONIALISTA E O ATIVISMO JUDICIAL¹

THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL INEFFECTIVENESS IN BRAZIL: THE PATRIMONILIST STATE
AND JUDICIAL ACTIVISM

Clarissa Tassinari²
Danilo Pereira Lima³

Resumo

O presente artigo objetiva problematizar duas questões que contribuem para a inefetividade da Constituição: sob a perspectiva da teoria política, a manutenção do modelo patrimonialista de Estado; e, sob o enfoque da teoria do direito, a defesa da postura ativista do Judiciário. A promulgação da Constituição de 1988 representou uma verdadeira ruptura institucional com o regime anterior, visando, a partir de uma ampliação do rol de direitos assegurados e da inclusão de mecanismos para sua implementação, à consolidação da democracia constitucional. Neste sentido, a materialização deste projeto encontra entraves toda vez que a atuação estatal é motivada por interesses privados (pelo estamento, como refere Raymundo Faoro) ou, então, quando o texto constitucional é descumprido em detrimento do desejo daquele que julga (ativismo). Assim, a existência de um autêntico Estado Democrático de Direito necessariamente passa pela superação destes dois elementos, considerados como prejudiciais ao constitucionalismo democrático.

Palavras-chave: Constituição. Patrimonialismo. Ativismo judicial. Poder Judiciário.

Abstract

This paper aims to discuss two issues which contribute to the ineffectiveness of the Constitution: from the perspective of political theory, the maintaining the model of patrimonialist state, and, from the standpoint of legal theory, the defense of an activist posture of Judicial Power. The promulgation of the 1988 Constitution represented a real institutional break with the previous regime, aiming, through an expansion of the list of guaranteed rights and inclusion of

¹ Artigo recebido em: 13/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2011 e 29/08/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

² Mestre em Direito Público pela UNISINOS/RS – Bolsista CNPq. Bacharel em Direito pela UNISINOS. Membro do Grupo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos). Membro do Grupo Hermenêutica Jurídica (CNPq). Advogada (OAB/RS).

³ Mestrando em Direito Público pela UNISINOS/RS – Bolsista Capes. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca/SP. Membro do Grupo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos). Membro do Grupo Hermenêutica Jurídica (CNPq).



mechanisms for their implementation, the consolidation of constitutional democracy. In this sense, the materialization of this project lies barriers every time the state action is motivated by private interests (as stated Raymundo Faoro) and then when the constitutional text is breached to the detriment of the desires of the judges (activism). Thus, the existence of a genuine democratic rule of law necessarily involves the overcoming of these two elements, considered harmful to democratic constitutionalism.

Keywords: Constitution. Patrimonialism. Judicial activism. Judicial Power.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito deve funcionar como fiador do bem-estar social, pautando sua atuação no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da incorporação, em seu ordenamento constitucional, de toda a temática de inclusão social. Desse modo, com um ordenamento jurídico constituído nesses parâmetros, impõe-se à atividade estatal um conteúdo de profunda transformação social, pois, de um modelo de Constituição formal, onde o Direito recebia apenas o papel de ordenação do Estado, passou-se ao Direito transformador da sociedade, no sentido de buscar a concretização da democracia. Desse modo, para alcançar a realização desse novo paradigma constitucional, é preciso enfrentar alguns problemas de teoria política e teoria do Direito que, de certo modo, impedem a consolidação de um autêntico Estado Democrático de Direito no contexto brasileiro.

Após um longo período de intervenções militares, golpes de Estado e governos autoritários, a sociedade brasileira construiu uma Constituição democrática, dirigente e compromissória. Entretanto, apesar do surgimento deste novo projeto de Estado, fundado na supremacia constitucional, pouco se conseguiu torná-lo efetivo. Dentre os vários entraves à concretização da Constituição brasileira, é possível identificar a existência de um duplo movimento: por um lado, não se operou uma ruptura com as velhas estruturas, mantendo-se, por exemplo, o velho modelo de Estado patrimonialista e estamental (FAORO, 2001)⁴; por outro, a partir

⁴ Para melhor compreender todo esse fenômeno histórico de formação do Estado brasileiro, tem-se como referência a obra *Os donos do poder*. Em 1958, foi publicada a primeira edição de *Os donos do poder*, inspirada na proposta de Max Weber para compreender a formação do patronato político brasileiro, inaugurando uma outra forma de abordagem da formação do Brasil



de uma intensa judicialização, o Judiciário predominantemente passou a desenvolver um “perfil inovador”, fundado em uma postura judicial ativista, desviante dos objetivos constitucionais e democráticos insculpidos a partir do processo constituinte de 1988.

Desse modo, o presente artigo pretende analisar estes dois traços que caracterizam o Estado Contemporâneo, demonstrando como é necessário superá-los para que se efetive uma autêntica democracia constitucional. Isso porque se, sob a perspectiva da teoria política, o estamento, que ocupa toda a estrutura burocrático-administrativa do Estado, vem instrumentalizando a Constituição a partir da proteção de interesses meramente privados, impedindo a construção de um verdadeiro espaço público; sob o enfoque da teoria do direito, o ativismo judicial, concebido como uma postura discricionária do Judiciário, cujas decisões apresentam-se não fundamentadas em argumentos jurídicos, fragiliza a legalidade constitucional, o que traz prejuízos democráticos. Em outras palavras: se o Brasil passa por uma crise de sua legalidade (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 80-81)⁵ e de sua Constituição, é preciso adentrar nas raízes dos problemas, e isso necessariamente passa por denunciar estes dois elementos prejudiciais ao Estado Democrático de Direito: o patrimonialismo e o ativismo judicial.

contemporâneo. Há, neste livro, uma preocupação constante com a compreensão da totalidade da realidade brasileira, levando em consideração aspectos econômicos, políticos, sociais e jurídicos, que sempre estão inter-relacionados. Ao contrário das interpretações marxistas, que entendiam a formação do sistema político apenas como simples manifestação dos interesses da classe dominante (por todas elas, citamos o historiador Caio Prado Jr.), Faoro chamou a atenção para a necessidade de compreender o sistema político a partir dele mesmo.

⁵ É necessário fazer um pequeno esclarecimento para elucidar o que se afirma como legalidade no presente trabalho, pois não é algo que afeta simplesmente a legislação, restringindo-se simplesmente ao que é divulgado constantemente pelo pensamento dogmático jurídico como o “império da lei”, mas em concordância com o pensamento de Rafael Tomaz de Oliveira: “(...) legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade – e pela efetividade das decisões judiciais, sob o marco de uma legitimidade democrática. Mais do que isso: legalidade implica na formação de um espaço público de tomada de decisões num âmbito estatal específico e na capacidade de tornar efetivas tais decisões”. Portanto, o mesmo autor afirma que, “(...) a legalidade é uma forma de se constituir o espaço público de maneira que se possa dizer que ele esteja tomado por ela; é um fenômeno complexo, para onde confluem as noções de cidadania e democracia; é o momento em que o espaço público é efetivamente público e não colonizado por interesses privados”.



1 A CRISE CONSTITUCIONAL A PARTIR DA TEORIA POLÍTICA: UMA ANÁLISE DO ESTAMENTO BUROCRÁTICO COMO OBSTÁCULO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Recentemente, na construção de um estádio de futebol para certo clube do Estado de São Paulo, o BNDES desembolsou aproximadamente R\$400 milhões em um investimento público de valor extremamente elevado, numa atividade que envolve uma das maiores construtoras desse país, a Odebrecht. Em outro caso, o mesmo banco estava disposto a financiar uma operação de fusão entre duas grandes redes de supermercados, o Pão de Açúcar e o Carrefour, com um aporte de até R\$4,5 bilhões. Em contrapartida, hospitais sofrem pela falta de medicamentos e leitos, bem como presídios apresentam superlotação, expondo seres humanos a condições degradantes. Afinal, quais seriam os critérios para a adoção de prioridades em investimentos com dinheiro público?

De fato, a maior parte dos financiamentos feitos pelo BNDES em atividades realizadas por grandes grupos econômicos exemplifica muito bem essa situação, gerando um tipo peculiar de desenvolvimento capitalista, chamado por Raymundo Faoro de capitalismo politicamente orientado, onde o Estado é transformado no maior patrocinador da iniciativa privada. Diante de tantos problemas sociais que impedem uma parcela considerável da sociedade brasileira de ter acesso aos direitos estabelecidos pela Constituição, nada poderia explicar esta realidade, a não ser a origem patrimonialista e estamental do Estado brasileiro, preocupado apenas com o bem-estar-social de uma pequena parcela da sociedade, transformando a Constituição em um território inóspito, espécie de um latifúndio improdutivo. (STRECK, 2002, p. 31)

A Constituição de 1988 é a carta política mais democrática que a sociedade brasileira construiu durante toda a República, pois constitucionalizou demandas sociais e econômicas que historicamente foram acumuladas. Este novo texto criou uma nova realidade constitucional e, ao mesmo tempo, projetou também uma nova realidade político-social. Apesar disso, muitas destas conquistas democráticas encontraram entrave num imaginário político que ainda se mantém atrelado a um estamento burocrático, preparado apenas para lidar com interesses liberais e individuais.



De acordo com Raymundo Faoro (2001), o Estado brasileiro foi formado por um estamento patrimonialista adequado ao modelo tradicional de dominação política, capaz de se amoldar a todos os momentos de transição e perpetuar um controle político onde o exercício do poder não é uma função pública, mas simplesmente objeto de apropriação de interesses privados. Segundo Faoro, esse estamento burocrático jamais correspondeu àquela burocracia moderna, como um aparelhamento neutro, constituído em carreira administrativa e que sempre deve atuar com padrões bem assentados de racionalidade e legalidade. Colocando-se acima dos demais setores da sociedade brasileira, o estamento burocrático dedica-se unicamente a tomar conta dos cargos oferecidos pela administração pública, sempre se posicionando no melhor lugar para a defesa de interesses privados, já que, para esse “nobre” setor, o público e o privado nunca estão totalmente separados.⁶

Essa situação reforça ainda mais a desigualdade social predominante em *terrae brasilis*, pois, diante dessas condições, o Estado tem servido muito mais para sustentação de privilégios particulares do que para concretizar as conquistas democráticas do Constitucionalismo Contemporâneo⁷, já que, de acordo com Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 160), infelizmente “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”. Por tudo isso, é possível sustentar, com Marcelo Neves, que em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, existem duas categorias de pessoas⁸: os subintegrados, que dependem do Estado, mas

⁶ Como afirma Faoro (2001, p. 824): “Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores”.

⁷ A expressão Constitucionalismo Contemporâneo é utilizada no sentido que propõe Lenio Streck, na quarta edição de sua obra *Verdade e Consenso*. Trata-se do (novo) constitucionalismo insurgente do pós-segunda guerra mundial, que constitucionalizou direitos, operando uma verdadeira revolução no direito público e, fundamentalmente, rompeu com o positivismo pós-exegético, que traz como uma de suas principais características a discricionariedade judicial. (STRECK, 2011, p. 35 e ss.).

⁸ V. Lima Lopes (2009, p. 289). Durante o Império, a Constituição de 1824 reconhecia duas categorias de cidadãos: os passivos e os ativos. Os primeiros tinham os direitos civis de liberdade, propriedade e segurança de suas vidas e bens reconhecidos pelo Estado, mas não gozavam do direito de votarem e serem votados; já os cidadãos ativos tinham todos esses direitos reconhecidos pelo Estado e, ao mesmo tempo, gozavam plenamente de todos os direitos políticos.



nunca tem acesso as políticas públicas que deveriam ser realizadas por ele, e os sobreintegrados, que dispõe do Estado para a realização de seus projetos privados, mas nunca se subordinam a Constituição. É nesse sentido que o autor afirma:

(...) para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. (NEVES, 2008, p. 248-249)

Já com relação aos sobreintegrados, o mesmo autor afirma categoricamente:

(...) em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. (NEVES, 2008, p. 250)

A generalização destas duas categorias sociais faz implodir a Constituição como ordem básica para a concretização do Estado Democrático de Direito, pois, tanto a subintegração, como a sobreintegração, implicam uma inclusão insuficiente, com pessoas carentes de cidadania, já que esta pressupõe igualdade de direitos e deveres. Assim, levando em conta esta realidade social, é até “possível” entender a naturalidade com que o pensamento dogmático aceita a criminalização dos delitos menos relevantes, como é o caso do furto e da apropriação indébita, considerados crimes de feição patrimonial não diretamente violentos; ao mesmo tempo, casos de crimes mais graves, como os que envolvem a sonegação fiscal, que têm o condão de prejudicar os interesses difusos e coletivos da sociedade, são deixados a margem do Código Penal, numa situação de clara violação do princípio da isonomia constitucional. Diante desta condição, é muito simples compreender o motivo deste

É importante destacar que os escravos não estavam incluídos em nenhuma dessas duas categorias de cidadãos existentes na Constituição do Império. Atualmente, em pleno Estado Democrático de Direito, esse tipo de distinção desapareceu do texto constitucional, já que agora o Brasil possui uma Constituição republicana e democrática. Acontece que o estamento burocrático, que ainda domina o Estado brasileiro, parece não ter se dado conta dessa nova realidade constitucional e, por isso, essa velha discriminação, agora totalmente inconstitucional, insiste em continuar marginalizando uma camada significativa da sociedade brasileira.



tratamento desigual, pois, no primeiro caso, estão envolvidos principalmente os subintegrados, já com relação à segunda situação, sempre estão presentes os sobreintegrados.

Desta forma, nem mesmo a transição de um regime militar, fortemente autoritário, para governos eleitos democraticamente, tornou possível a efetiva e material consolidação do regime democrático no Brasil. A escassez de instituições políticas estáveis e democráticas, o estabelecimento de um Estado patrimonialista e estamental, acompanhado do estilo personalista de alguns governantes, têm dificultado grandemente o estabelecimento de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Guillermo O'Donnell (1991) afirma ser necessária uma segunda transição, muito mais complexa, para a consolidação do regime democrático, pois predomina em países de modernidade tardia uma modalidade peculiar de democracia, profundamente individualista e personalista, denominada pelo autor de democracia delegativa. Segundo ele, “mesmo que a democracia delegativa pertença ao gênero democrático, seria difícil encontrar algo que seja mais estranho, quando não hostil, à construção e ao fortalecimento de instituições políticas democráticas”. (O'DONNELL, 1991, p. 33) Assim, para atender as demandas sociais e econômicas acumuladas ao longo da história, é necessário que o Estado tenha uma maior eficiência em suas ações políticas e jurídicas, o que faz necessário um Estado constitucionalmente forte e eficiente, não no sentido do nível de coerção imposto sobre os indivíduos, mas com instituições consolidadas democraticamente, capazes de concretizar as promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Durante a década de 1990, a intervenção do Estado passou a sofrer grande oposição do pensamento neoliberal. Sob esta perspectiva, o Estado deveria diminuir seu espaço de intervenção nas atividades econômicas, tornando-se uma instituição anacrônica diante das novas relações estabelecidas pela globalização. Com efeito, essa forte tendência favorável à privatização do Estado agravou ainda mais a crise de legalidade e de constitucionalidade que afeta o Estado brasileiro, já que essa posição reforçou a ausência de um verdadeiro espaço público, tornando cada vez mais distante a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição.



Ocorre que este modo de conceber a atuação do Estado desconsidera a trajetória de sua formação. Não se pode esquecer que o surgimento do Estado Moderno foi um acontecimento histórico muito relevante, pois surgiu em oposição a uma estrutura de poder totalmente fragmentada, conveniente às relações sociais, econômicas e políticas estabelecidas no medievo. Como absolutista, centralizou-se e racionalizou-se toda a estrutura de poder nas mãos do Estado, estabelecendo-se um exército nacional permanente, um corpo diplomático profissionalizado e uma estrutura burocrática capaz de cuidar das atividades estatais. (MATTEUCCI, 1998, p. 29-41) Mais tarde, após as revoluções do século XVIII, o Estado surgiu em sua modalidade liberal, com o reconhecimento dos direitos civis e o estabelecimento de limitações constitucionais para o exercício do poder político. (ENTERRÍA, 1995, p. 136-145) Por último, o Estado Contemporâneo, em suas diversas modalidades, ampliou a sua atuação constitucional, no sentido de garantir a máxima aplicabilidade dos direitos humanos fundamentais, pois, segundo Konrad Hesse, o Estado Democrático de Direito foi constituído em colaboração social, superando a velha ideia de contraposição entre Estado e sociedade civil. Assim, a “(...) vida social não é mais possível sem a configuração organizadora, planejadora, responsável pelo Estado. Ao contrário, o Estado democrático constitui-se somente na colaboração social”. (HESSE, 1998, p. 34)

Desse modo, para compreender o novo modelo de Estado (e de Direito) estabelecido pela Constituição Federal, é necessária a construção de possibilidades para sua interpretação. Nesse sentido, constitui um grande equívoco a compreensão do Estado Democrático de Direito a partir dos pré-juízos proporcionados pelo paradigma liberal-individualista, pois essa postura acaba esvaziando as possibilidades de construção desse novo modelo estatal.

Portanto, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira consagrou o princípio da democracia econômica, social e cultural, impondo uma obrigação constitucional aos órgãos de direção político-administrativa, aos legisladores e aos tribunais, de pautarem suas respectivas atividades de acordo com este princípio. Desse modo, para construir um autêntico Estado Democrático de Direito, faz-se necessário superar o paradigma privatista de Estado que persiste no Brasil e que se encontra completamente distante do horizonte de sentido



proporcionado pelas conquistas democráticas. Neste sentido, o atual contexto encontra-se em completa desconformidade com essa modalidade estatal, na medida em que ainda predomina um modelo patrimonialista e estamental, capaz de continuar adiando *ad eternum* a concretização das conquistas democráticas.

2 A TEORIA DO DIREITO E A INSURGÊNCIA DE NOVOS PROBLEMAS: O CARÁTER ATIVISTA DO JUDICIÁRIO

Ao longo da história constitucional, as mudanças de modelos estatais foram reconfigurando as relações institucionais entre os três Poderes. Desse modo, durante a formação do Estado Liberal de Direito, havia um contexto de forte preocupação com a limitação do poder estatal, fazendo com que a predominância na atuação institucional ficasse com o Poder Legislativo, organizado nesse período como representante legítimo do povo para coibir o excesso de poder exercido pelas monarquias europeias. Mais tarde, com a formação do Estado Social de Direito, a predominância na atuação institucional foi transferida para o Poder Executivo, como condição necessária para a realização das políticas públicas contidas nesse modelo estatal, marcado por características fortemente intervencionistas na economia. Por último, com o advento da nova Constituição (de 1988), de seu caráter compromissório e, assim, com o surgimento do projeto de Estado Democrático de Direito, questões exclusivamente relegadas ao campo da política tornaram-se jurídicas, na medida em que passaram a ser judicializadas.

Com isso, houve um redimensionamento do papel do Judiciário, fenômeno que ocorreu no mundo todo, especialmente como produto do que ficou conhecido como novo constitucionalismo (ou constitucionalismo do segundo pós-guerra). Este novo modo de compreender o constitucionalismo alterou profundamente o sentido de jurisdição, porque, como afirma Miguel Carbonell na introdução de uma das obras que organizou sobre o tema, englobou mudanças em três aspectos: novas Constituições, nova postura jurisprudencial e nova teoria da constituição⁹. Ocorre que essa maior interferência do Judiciário acabou sendo propagada no Brasil como

⁹ Essa abordagem é feita por Miguel Carbonell (2007, p. 9-12), para quem o neoconstitucionalismo inova justamente por agregar esses três níveis distintos de análise (novos textos, postura jurisprudencial e teoria).



ativismo judicial, principalmente a partir da incorporação do que ficou conhecido como teorias neoconstitucionalistas¹⁰.

De fato, no atual contexto, a atividade jurisdicional passou a ser articulada preponderantemente a partir de duas perspectivas: da judicialização da política e do ativismo judicial. Ocorre que o cenário que se apresenta é marcado pela dificuldade em se estabelecer teoricamente o significado de tais expressões, o que dificulta sua diferenciação. Em meio a tudo isso, a partir da concepção de “uma ampliação do papel político-institucional do STF” (VILHENA, 2008, p. 441-464), fica indexado ao Judiciário uma postura interventiva e ilimitada (portanto, ativista), majoritariamente vinculada à ideia de progresso.

Para esclarecer a problemática sobre o modo de compreender o ativismo, é preciso referir que o primeiro país que vivenciou a tensão entre ativismo judicial e a autocontenção foi os Estados Unidos. Entretanto, à diferença do que ocorre na experiência brasileira, no contexto norte-americano, o ativismo judicial ficou caracterizado tanto por posturas consideradas progressistas quanto por conservadorismos. Ou seja, a Suprema Corte foi considerada ativista quando decidiu que não poderia haver intervenção do Estado no âmbito das relações privadas, em especial, da liberdade contratual, evitando, assim, que a Corte estivesse comprometida com a garantia das políticas de bem-estar (justamente quando declarou inconstitucional a medida do Estado de Nova Iorque de estipular limite máximo de horas para a jornada de trabalho); mas também nos momentos subsequentes, quando passou a invadir o espaço político, a partir do que ficou conhecido como *judge-made law*. (WOLFE, 1994)

Na verdade, segundo Christopher Wolfe (1994), a caracterização de uma postura ativista ou contida vai depender de se saber em que medida a decisão foi

¹⁰ Majoritariamente, as teses neoconstitucionalistas trazem como elemento central a ideia de uma mudança na teoria da interpretação, defendendo a discricionariedade judicial, como ruptura à postura absenteísta do juiz como “boca inanimada da lei”, predominante no modelo liberal-individualista. Assim, muitas destas propostas autodenominam-se de pós-positivistas, exatamente porque visavam a romper com a ideia de atividade mecânica exercida pelo juiz positivista. Contudo, ao desenvolverem suas teses, deixaram de considerar que este elemento – a discricionariedade – já estava presente na própria teoria positivista de Hans Kelsen, que, no nível da aplicação do direito, concebe a interpretação como ato de vontade. Sobre o tema, ver: Streck (2011, p. 40 e ss.).



tomada considerando um reforço da vontade de Constituição ou a manifestação das crenças políticas ou preferências do juiz. Por este motivo, para Wolfe, o ativismo é fenômeno prejudicial ao direito norte-americano, afirmando que certamente a tradição jurídica seria melhor se não tivesse que conviver com tais posturas. A discussão sobre ativismo, no fundo, é saber em que medida juízes e tribunais podem considerar suas próprias crenças e preferências como fundamento para decidir casos jurídicos¹¹.

Esta é uma questão que também pode ser observada a partir do que desenvolve Antoine Garapon sobre o papel que é contemporaneamente atribuído ao Judiciário. Na obra “O Guardador de Promessas”, Garapon afirma que no atual contexto a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares”. Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes. (GARAPON, 1998, p. 20-25)

Em continuidade a este raciocínio, caracteriza o ativismo judicial quando a decisão judicial é tomada a partir de um critério de desejo, de vontade daquele que julga, afirmando: “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”. Ainda, menciona que, neste contexto, o ativismo “revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência”. (GARAPON, 1998, p. 54)

Embora os trabalhos de Wolfe e Garapon estejam situados em contextos distintos ao brasileiro, é preciso atentar para os esclarecimentos que fazem sobre a noção de ativismo judicial. Este é o problema que se pretende enfrentar: na medida em que a postura ativista do Judiciário consiste numa decisão fundamentada em um ato de vontade de quem julga, a democracia (e a concretização de direitos) fica

¹¹ Nas palavras do autor: “Activism and restraint are functions of the extent to which judicial review can be fairly considered an enforcement of the will of the Constitution, without an infusion of the judge’s own political beliefs or preferences”. (WOLFE, 1997, p. 1).



refém de crenças e preferências dos juízes, de seu poder discricionário. Por isso, ativismo judicial e Estado Democrático de Direito não se coadunam.

A reflexão ora proposta direciona-se, ao fim, para a necessidade de questionar os limites da intervenção do Judiciário, para que haja um equilíbrio na relação entre os Poderes, bem como uma atuação constitucionalmente legitimada. Assim, a pergunta por estas limitações também é, fundamentalmente, a indagação por como se decide um caso. Isso significa, aos termos de Lenio Streck (2011),¹² a necessidade de se construir uma teoria da decisão (judicial), o que é feito pelo jurista a partir de imbricação Gadamer-Dworkin.

Lenio Streck (2011) constrói sua teoria afirmando a necessidade (o direito) de se obter respostas corretas (ou constitucionalmente adequadas), a partir da negação da discricionariedade judicial (considerada principal característica do positivismo). Nisso está incluído algo que a prática dos juízes e tribunais parece se esquecer – de que há um dever de fundamentar as decisões ou, nas palavras do autor, de que é imprescindível a existência de “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição”. (STRECK, 2011, p. 619). Veja-se que a proposta de Lenio Streck é algo muito maior do que o mero conferir se a decisão está de acordo com o manancial de leis existentes e com o texto constitucional: por óbvio, pragmaticamente, também passa por isso; entretanto, seu posicionamento vai bem mais além, afirmando a ruptura com a clássica compreensão positivista (exegética) do direito e a importância de pensá-lo como um todo.

Pensar o direito como um todo significa “a obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo coerentemente” (STRECK, 2011, p. 619). A noção de integridade do direito (*integrity in law*) é retirada da obra de Ronald Dworkin (1986, p. 225), que põe fim à velha discussão sobre se os juízes descobrem ou inventam o direito, demonstrando que, de fato, “they do both and neither”. Isso porque, para o jurista norte-americano, a aplicação do direito está vinculada à prática da comunidade:

¹² Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice. [...] Law as integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates. (DWORKIN, 1986, p. 225 e 227)

É preciso perceber, portanto, que refletir sobre os limites da atividade jurisdicional exige uma espécie de visão panorâmica do direito. Ou seja, tematizar o ativismo judicial ou qualquer outra questão atualmente considerada relevante não pode ser feito sem que haja uma reconstrução do direito e de tudo o que lhe compõe. Particularmente neste caso, é imprescindível que se tenha presente o quanto o empenho de limitar a atuação do Judiciário está vinculado a uma questão de democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo brasileiro passa por um momento quando é necessário uma “parada reflexiva”. Isso porque, ao mesmo tempo em que é possível encontrar institucionalmente a proposta de consolidação de um Estado Democrático Direto, bem como um manancial de mecanismos para concretizá-lo, sua realização encontra-se prejudicada. Sob esta perspectiva, o presente artigo objetivou demonstrar, sob o viés da teoria política e da teoria do direito, que, para superar o problema da inefetividade constitucional no Brasil, é necessário que se opere uma ruptura com alguns elementos, como o modelo patrimonialista de Estado e a postura ativista da jurisdição.

A origem patrimonialista e estamental do Estado brasileiro encontra-se completamente distante do horizonte de sentido proporcionado pelas conquistas democráticas, pois esse modelo estatal, forjado historicamente pela elite brasileira, fez com que instituições públicas fossem instrumentalizadas por interesses meramente privados, ocasionando uma forte crise de legalidade e de constitucionalidade que impede a construção de um verdadeiro espaço público, capaz de tornar efetivas as conquistas democráticas do Constitucionalismo Contemporâneo. Assim, para construir um autêntico Estado Democrático de Direito, é necessária a caracterização de um Estado que tenha maior eficiência em suas



ações políticas e jurídicas, não no sentido de atender apenas as demandas de uma camada privilegiada da sociedade, mas com instituições consolidadas democraticamente, capazes de concretizar as promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, sob a perspectiva da teoria do Direito, a postura ativista do Judiciário, na medida em que ocasiona um afastamento do argumento jurídico da fundamentação através da primazia da vontade (ou desejo) daquele que julga, acaba criando um ambiente de fragilização constitucional. A maior atuação do Poder Judiciário, em decorrência da crescente judicialização, não deve ocorrer no sentido de um ativismo político-ideológico, mas, ao contrário, deve ser determinado pela busca de uma maior efetividade dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988.

É preciso compreender que essa redefinição do papel exercido pelo Poder Judiciário não elevou a sua posição institucional a uma atuação totalmente arbitrária, livre de qualquer controle democrático. Diante de todas essas mudanças paradigmáticas, é necessário construir as condições imprescindíveis para que o poder dos juízes não se sobreponha ao Direito. Por este motivo, com Lenio Streck (2011, p. 390), “mais do que possibilidade, a *busca de respostas corretas é uma necessidade*”.

Nesse sentido, é no pensamento pós-positivista, com Ronald Dworkin, que essa questão será tratada com maior afinco, levando em consideração a interpenetração entre direito e política e o vínculo existente entre direito e moral. Dessa maneira, a contribuição de Dworkin para a superação do problema da interpretação das normas jurídicas é de fundamental importância, pois, ao defender por meio da integridade do Direito a possibilidade da existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos, superou a discricionariedade judicial e passou a fornecer mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o artigo pretendeu (re)pensar o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial.



Evidentemente, o tema da inefetividade da Constituição não se esgota nestes dois aspectos. Há muito mais o que ser abordado, além da manutenção do patrimonialismo (de que fala Faoro) e da defesa do ativismo judicial. Contudo, como afirmou Bill Godkin, personagem do romance *O senhor embaixador*, de autoria de Erico Verissimo (2009, p. 16),

Isso a que chamamos fato não será uma espécie de iceberg, quero dizer, uma coisa cuja parte visível corresponde apenas a um décimo de seu todo? Porque a parte invisível do fato está submersa nas águas dum torvo oceano de interesses políticos e econômicos, egoísmos e apetites nacionais e individuais, isso para não falar nos outros motivos e mistérios da natureza humana, mais profundos que os do mar.

REFERÊNCIAS

- CARBONELL, Miguel. Presentación: El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1995.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, n. 31, out/1991.P.33
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VERISSIMO, Erico. **O senhor embaixador**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 16
- VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.



WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism**: bulwark of freedom or precarious security? New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997.