

O Guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. O guardião da Constituição; 3. A legitimidade do Poder Judiciário como guardião da Constituição; 4. Notas sobre o chamado ativismo judicial; 4.1. Decisão para além do texto legislado; 4.2. Respeito à discricção do Executivo e à opção política do Legislativo; 4.2.1. § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2016; 4.2.2. Prisão após condenação por órgão colegiado; 5. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

A *Constituição*, como norma suprema de um determinado ordenamento jurídico², deve ter sua autoridade preservada seja em face da legislação ordinária, seja dos atos praticados por agentes estatais ou mesmo por particulares.

A observância aos comandos presentes na Carta Política acerca do exercício do Poder corresponde ao pressuposto de validade (e de legitimidade) para que a Lei promulgada pelo Parlamento ou para que as manifestações de vontade de servidores públicos ou cidadãos possam produzir os efeitos a que se destinam.³

¹ Mestre e doutorando em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

² Não cabendo nesse espaço polemizar a respeito da noção da Constituição, bem como se haveria um possível descompasso entre uma Constituição formal e uma Constituição real (representada essa pelas relações reais de força que se estabelecem entre os seres humanos (LASSALE, 1999, p. 59)), segue nosso ponto de partida para a presente reflexão, uma das possibilidades de definição para o instituto defendida por Dalmo de Abreu Dallari: “A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por uma lei superior a todas as outras e que, visando a proteção e promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo” (DALLARI, 2010, p. 25).

³ Embora haja doutrina relativamente abundante entre nós sobre o controle de constitucionalidade da lei pelo Judiciário, tema que certamente merece avanço em nosso sistema é a viabilidade do referido controle pela própria Administração. Sobre o tema ver Freitas (2014).

A Constituição, como fruto de uma decisão política fundamental, tem como finalidade permanente assegurar a busca pela sociedade de certos valores que, em um determinado momento, foram por esta eleitos como centrais para seu desenvolvimento.

Como para a convivência entre os seres humanos sempre se mostrou necessária a existência de regras de conduta, a organização do Estado e a disciplina do uso da força, constantes de um texto escrito⁴, passaram a ser a ordem do dia em algumas sociedades contemporâneas, em especial como reflexo de uma busca pela contenção do Poder estatal, para o que passa a ser ponto de partida a divisão de competências entre seus diferentes órgãos (MONTESQUIEU, 1995, p. 328).

O movimento que ganhou a alcunha de “constitucionalismo”⁵ refletiu o desejo de vários povos quanto ao estabelecimento de normas gerais e abstratas que regessem a *relação entre Estado e indivíduos*⁶, assegurando, quanto a estes, direitos invioláveis, cuja tutela seja garantida pela ordem jurídica⁷.

*Instituição de um governo de Leis e não de homens*⁸

⁴ Apontamento pertinente no sentido de que o efeito equivalente é conseguido (às vezes de forma até mesmo mais eficiente) em países sem tradição de promulgação de Constituições escritas, ver Elster (2009, p. 133-134).

⁵ Um breve (e informativo) histórico a respeito pode ser consultado em Conrado Hübner Mendes (2008, p. 2-8 e ss.). Para mais detalhes, ver Amaral Júnior (2014) e Caenegem (2000). J. J. Gomes Canotilho, anotando que não existe um, mas vários *constitucionalismos*, assim define esse tipo de movimento: “[...] é a teoria, ou ideologia, que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

⁶ Embora tenhamos usado a fórmula tradicional de indicar uma relação jurídica que se estabelece entre um ente moral (o Estado) e os indivíduos, o mais preciso seria a referência à qualidade do vínculo que deve ser mantido entre governantes/burocratas e governados, o que, ao retirar um pouco da abstração da teoria (DUGUIT, 2007, p. 74), talvez possa contribuir para o exercício mais legítimo do Poder por parte de algumas pessoas sobre outras.

⁷ Na célebre dicção do art. 16 da Declaração de Direitos de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia de direitos não seja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição” (trad. livre). No original: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution” (disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>, acesso em: 03 nov. 2016, às 23:00).

⁸ Fernando Dias Menezes de Almeida e Mariana Augusta dos Santos Zago recordam que a máxima esteve presente originalmente na Declaração de Direitos de Massachusetts de 1780 e, refletindo o espírito do Estado de Direito que se buscava construir, pretendia a “substituição do sentido subjetivo da vontade dos governantes pelo sentido objetivo da vontade do Direito” (ALMEIDA e ZAGO, 2014, p. 101). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, também fazendo referência a tal declaração (art. XXX), acrescenta: “Os regimes constitucionais pluralistas, na verdade, nasceram da preocupação de

Tal propósito, que segundo uma determinada visão idealizada de lei parlamentar embalava o pensamento político do século XVIII (MONTESQUIEU, 1995, p. 87 e ss.; ROUSSEAU, 2001, p. 76 e ss.; ROUVILLOIS, 2012, p.16 e ss.; CARBONIER, 2014, p. 123 e ss.), não é mais o único norte das Democracias contemporâneas.

Os mitos do *legislador racional e da lei perfeita/completa* (FERREIRA FILHO, 2009, p. 12 e ss. e p. 263 e ss.; ROUVILLOIS, 2012, p. 33), ainda que com alguma resistência, finalmente vão perdendo força nas lições da melhor doutrina.

A *Lei*, como ato geral e abstrato aprovado pelos congressistas e sancionado pelo Executivo, não possuindo vida própria, não diz nada por si nem tem capacidade de governar quem quer que seja.⁹

Seu texto, contudo, pode levar a atuações práticas em descompasso com a ordem que se deduz da *Lei Maior*.

Para que a **organização política consolide-se como espaço de realização de direitos fundamentais** (CUNHA, 2012, p. 383), justificativa última para que um indivíduo sujeite-se aos deveres que lhe são impostos por aqueles que exercem, momentaneamente e em seu nome, o Poder, a **harmonia entre lei e Constituição é medida imperativa**.

Tal harmonia, vale ressaltar, não se dá só entre textos.

Ela, para ser efetiva, deve necessariamente ocorrer na aplicação destes textos à realidade, à vida das pessoas, para a qual a lei, a Constituição e o próprio Direito existem (REALE, 2016, p. 583¹⁰).

instaurar o 'governo de leis e não de homens', intuito bem claro nas Revoluções Francesa e Norte-Americana. O apego à lei demonstrado nas Constituições resultantes desses dois movimentos e dos que mais tarde os prosseguiram é tão grande que os juristas veem nelas um novo tipo de Estado, o estado de direito. Ou seja, o Estado que deve agir sobre o fundamento do Direito e pela forma do Direito" (FERREIRA FILHO, 2009, p. 10-11).

⁹ No âmbito do Estado, quem extrai significados cogentes a partir dos textos legais são pessoas físicas que, ocupando cargos, empregos ou funções públicas, tenham atribuição para tanto.

¹⁰ Em passagem que precisa ser constantemente revisitada pelos estudiosos do Direito, em especial por aqueles que buscam uma racionalidade intrínseca na lei parlamentar, independentemente dos efeitos que suas interpretações possam ter na realidade (que deve ser servida pela lei, e não o contrário), Miguel Reale, ao tratar do ainda espinhoso problema da repercussão do desuso na vigência do direito positivo, com maestria ensina: "Um dos propósitos do legislador é o de que aquele sistema (de direito positivo) não possa ser revogado ou modificado, a não ser por outras regras escritas, que, implícita ou explicitamente, contenham a sua revogação. Isto, porém, só pode ser aceito no plano técnico-formal, ou seja, no plano da Dogmática Jurídica. A vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações

Levando-se em conta o papel central que a Constituição desempenha no ordenamento jurídico para a construção do Direito além da lei parlamentar, não se pode negligenciar a função exercida por aquele a quem cabe assegurar a realização do projeto constitucional.

A questão do controle de constitucionalidade, indissociável do temor quanto ao respectivo abuso em detrimento dos cidadãos (SCHMITT, 2007b, p. 9 e ss.¹¹), é o objeto da nossa análise.

2. O guardião da Constituição

Assim como se espera de qualquer do povo, todos os integrantes dos poderes constituídos devem zelar pela observância dos ditames da Carta Política (SARLET, 2006, p. 382 e ss.).

[...]. Há um trabalho, por assim dizer, de desgaste ou de erosão das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costumes. O hábito de viver vai aos poucos influndo sobre as normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo nos seus pontos essenciais, ajustando-as às necessidades fundamentais da existência coletiva. Se imaginarmos, na história da espécie, a experiência do Direito como curso de água, diremos que esta corrente, no seu passar, vertiginoso ou lento, vai polindo as arestas e os excessos das normas jurídicas, para adaptá-las, cada vez mais, aos valores humanos concretos, porque o **Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito**" (REALE, 2016, p. 583) (g.n.). No mesmo sentido, confira-se Jean Cruet (2008, p. 22 e ss.).

¹¹ A questão do controle de constitucionalidade e de sua importância para a Democracia moderna, que não tem nada de evidente na história da afirmação dos Direitos Humanos, remete o estudioso a *vexata quaestio* do *quis custodiet ipsos custodes*, ou sobre *quem controla o controlador*, sempre em busca de uma melhor construção nos sistemas jurídicos que adotam o modelo de Corte Constitucional como garantia última (mas não única) da supremacia da Constituição. Carl Schmitt, discutindo os inconvenientes do modelo de Tribunal Constitucional como guardião onipotente da Constituição, em especial no que se refere aos assuntos de alta política, recorre à experiência histórica: “[...] o exemplo clássico dos éforos espartanos é ainda frequentemente citado no século XIX, na maioria das vezes com o inevitável *‘quis custodiet ipsos custodes’* e com a advertência como aditamento de que o guardião se torna facilmente senhor da Constituição e que ocorre o perigo de um duplo chefe de Estado, mas também às vezes com a queixa sobre as **consequências ruins de uma instância inamovível, irresponsável e que decide à sua discricão**” (Schmitt, 2007b, p. 10) (g.n.). Sobre a atualidade de tal inquietação, destacamos passagem da reflexão de Roger Stifelmann Leal sobre riscos de arranjos institucionais que atribuam a um mesmo órgão jurisdicional a competência para julgar conflitos e decidir sobre a constitucionalidade das leis: “Além de conferir ao Judiciário posição proeminente no arranjo institucional, reconhece aos órgãos que têm a função de aplicar a lei ao caso concreto a prerrogativa de se recusar a fazê-lo, mediante a construção de uma suposta ofensa ao texto constitucional. Basta à autoridade judicial, mediante o uso de um ‘alibi constitucional *ad hoc*’ erigido a partir da abertura proporcionada por princípios constitucionais de amálgama textura, afastar o diploma legal que, segundo seus interesses, sentimentos e convicções – configura óbice para uma justa resolução do caso” (LEAL, 2011, p. 599). Uma pertinente abordagem sobre como desenhos institucionais podem aprimorar o processo deliberativo de Cortes Constitucionais e, portanto, tornarem tais órgãos mais responsáveis e, assim, legítimos, ver Conrado Hübner Mendes, 2013, p. 142 e ss.

O Poder Legislativo, na elaboração das leis, tem de seguir o que é estabelecido pela Constituição não só quanto ao procedimento previsto para a promulgação de norma válida, como quanto ao conteúdo desta, para que não haja violação aos princípios e regras contidos na Lei Maior.

Entre a “estática” da Carta Política e a “dinâmica” da vida social passa a haver uma tensão permanente, que se caracteriza por descompassos entre objetivos/valores fixados no passado pelo legislador extraordinário e necessidades/interesses/vontades presentes das quais o Parlamento é porta-voz.¹²

Ainda que o termo “estática” da Constituição não seja o mais exato, já que a interpretação feita diuturnamente tanto por seus destinatários como por aqueles a quem incumbe sua aplicação leva a releituras constantes de seus significados (FERRAZ, 1986, p. 55 e ss.), defende-se a existência de um núcleo rígido da Lei Maior, com relação ao qual as aspirações do legislador ordinário pode ou não ser compatível.

Perante tal quadro, para que se evite que os detentores do Poder, em um determinado momento, rompam com o equilíbrio de interesses e direitos alcançado com a promulgação da Norma Suprema, vem a necessidade de que haja instrumentos para a garantia da força normativa dos comandos aprovados quando da inauguração do Estado.

O próprio Poder Constituinte, ao prever um mecanismo mais complexo para alteração das normas constitucionais do que aquele reservado para a aprovação das leis ordinárias¹³ é, pode-se assim dizer, o primeiro guarda da organização política tal como arquitetada pelo legislador extraordinário.¹⁴

¹² Certamente, um dos maiores desafios das Democracias pluralistas é a possibilidade de os processos eleitoral e legislativo serem tomados por promessas quanto à satisfação de necessidades imediatas da população em detrimento de decisões impopulares, que devem ser adotadas para a garantia do bem-estar coletivo no longo prazo. Algumas ideias preciosas a respeito podem ser consultadas em Pierre Rosanvallon (2015, p. 70 e ss.) e Ortega y Gasset (2013).

¹³ Lembrando que a ideia de Constituição escrita que, prevendo direitos fundamentais em favor dos indivíduos, só pode ser alterada por um procedimento mais rigoroso daquele previsto para alteração na legislação ordinária, é um dos mecanismos (ao lado da Corte Constitucional) pensados por teóricos políticos a fim de que se evite a ditadura da maioria em detrimento de uma minoria MENDES, 2008, p. 8-13) (para visão crítica a respeito, ver Schmitt 2007, p. 39 e ss.).

¹⁴ Sobre o papel das limitações previstas em sistemas jurídicos que adotam o modelo de Constituições rígidas para a alteração dos respectivos termos como técnica para se assegurar a racionalidade do exercício do poder em momentos de surtos irracionais, ver *Ulisses Liberto – estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*, de John Elster (2009, p. 24 e ss. e p. 137 e ss.). A experiência do constitucionalismo brasileiro infelizmente revela que tal tipo de salvaguarda não é o bastante

O Poder Executivo¹⁵, seja no encaminhamento de um projeto de lei à Casa Legislativa, seja na sanção ou não de um texto aprovado por esta¹⁶, deverá fazer juízo acerca da respectiva compatibilidade ou não com a Constituição.

No mais, no exercício de sua função típica de gerir o patrimônio público e de executar atividades materiais, conforme a ordem jurídica vigente, na persecução do bem comum, também incumbe aos integrantes de tal órgão o *cumprir* e o *fazer cumprir* (direito administrativo sancionador¹⁷) a Constituição e as leis (SARLET, 2006, p. 386¹⁸).

para se evitar que, em caso de “supermaiorias” no Congresso, regras tidas como estruturais do Estado possam ser modificadas. Note-se que nossa Constituição, além de exigir quórum qualificado para sua alteração, ainda tem outros mecanismos de sobrevivência estabelecidos quando de sua promulgação, como é o caso das cláusulas pétreas (art. 60 § 4º da CR) e proibição de emenda quando da existência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio (art. 60 § 1º da CR). Todavia, estes não se mostram suficientemente eficazes, por si só, para impedir alterações no texto constitucional em casos em que o governo tenha 3/5 de maioria em ambas as casas do Congresso. A respeito, vale pontuar que a própria redação do § 4º do art. 60 da CR, ao vetar projeto de emenda “tendente a abolir”, por exemplo, a Federação, deixa enorme margem de manobra para que o legislador, alcançada a supermaioria de 3/5, altere drasticamente a conformação do Estado pátrio desde que não elimine a forma federativa. O limite de alteração da carta em razão de situações de anormalidade institucional como, por exemplo, de intervenção federal, acaba não se impondo pela relutância das autoridades em manejar o instituto, apesar de situações excepcionais experimentadas por alguns Estados (vide situação vivenciada por Brasília, em 2010, com o seu governador preso e boa parte da Câmara Legislativa envolvida no escândalo que levou ao cárcere o chefe do executivo - sobre o triste episódio ver <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2010/02/11/maioria-no-stj-decide-decretar-prisao-preventiva-de-arruda-por-suborno.htm> - acesso em 5 nov. 2016, às 20:00). Hoje, como se todos os problemas do país tivessem alguma causa direta ou indireta no texto constante da Constituição da República de 1988, estamos na emenda constitucional de nº 93/2016, sem que haja qualquer tendência de arrefecimento de seu processo de reforma, dado que certamente é outro desafio para o amadurecimento de nossas instituições.

¹⁵ Uma perspectiva do chefe de Estado como guardião da Constituição em seu papel institucional de contraponto ao Poder do Parlamento pode ser conferida em Carl Schmitt, 2007b, p. 193 e ss.

¹⁶ Art. 66 da CR – “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto” (g.n.).

¹⁷ No exercício do *poder de polícia* a Administração impõe regras aos particulares e exige o seu cumprimento, valendo-se da prerrogativa de impor-lhes sanções, sempre que tanto for necessário ao atendimento do interesse público. A legislação também vem atribuindo ao Executivo outras tarefas de controle quanto ao cumprimento de leis que escampam aos domínios normalmente reconhecidos como de *polícia administrativa*, como é o caso da novel Lei Anticorrupção Empresarial – Lei nº 12.846/2013, fenômeno que vem reclamando mais atenção da doutrina quanto ao desenvolvimento dos pressupostos do desenvolvimento legítimo (leia-se, constitucional) de tal atribuição.

¹⁸ “No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, na qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais” (SARLET, 2006, p. 386). Evidentemente que tal ônus também deve ser satisfeito pelo Executivo no desempenho de seu poder normativo.

O **Poder Judiciário**, por último, em caso de provocação por particular prejudicado em decorrência de ato que, ainda que sob pretexto de cumprir a lei, viole a Carta Política, ou então por algum legitimado a questionar a constitucionalidade em tese de um ato normativo parlamentar, tem como dever institucional fazer valer a *supremacia da Constituição* (CANOTILHO, 2003, p. 890) na solução das situações que são submetidas à sua apreciação.

Estabelecido um sistema em que o **Poder é limitado** por normas que garantam os **direitos fundamentais dos cidadãos**, por **diretrizes de atuação política** (normas programáticas, v.g., art. 3º da Constituição da República¹⁹) e mesmo por regras que disciplinam o **regime jurídico de atividades** que ocorrem em âmbito estatal ou inteiramente privado, a proliferação de leis para atender às demandas atuais da sociedade deve respeitar os marcos traçados pelo Poder Constituinte.

Por outro lado, na aplicação dessas leis, seja no dizer o Direito para o pautar conduta própria, seja no de fazê-lo para pautar conduta alheia, igualmente deve o intérprete, atento às carências da realidade que chama sua intervenção (GRAU, 2002, p. 27-28; GRAU, 2016, p. 56-57; ARAGÃO, 2009, p. 296), ser fiel ao texto da Constituição, cuja leitura não se faz por tiras (GRAU, 2002, p. 34²⁰; GRAU, 2016, p. 86-87) nem de forma descontextualizada dos valores protegidos pela Carta.

E a última palavra a respeito²¹, ao menos no nosso sistema jurídico, cabe ao Judiciário, cujos integrantes têm por missão o dizer o direito no caso concreto com força de coisa julgada.

¹⁹ Art. 3º da CR – “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁰ Eros Roberto Grau, que revisitou seus ensinamentos constantes do livro *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* em edições posteriores da obra (como a de 2016, a que fizemos referência), sede em que revelou seu medo com o uso indiscriminado de princípios por juízes para fundamentar suas decisões em detrimento das regras previstas na legislação parlamentar (2016, p. 140-141), com muita propriedade expõe: “[...] a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, 2002, p. 34).

²¹ Goste-se ou não, a última palavra sobre o Direito na solução de disputas tem de ser dada por alguém, e em prazo razoável, condição *sine qua non* para que o Estado garanta a segurança jurídica, valor indispensável para que haja um mínimo de previsibilidade no agir social, do que depende a eficiente produção e circulação de riquezas no viver em conjunto. Sobre segurança jurídica, além das pioneiras e imprescindíveis lições de Almiro do Couto e Silva (2015), vale a consulta à obra coletiva coordenada por Cármen Lúcia Antunes Rocha denominada *Constituição e segurança jurídica* – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence (2009).

3. A legitimidade do Poder Judiciário como guardião da Constituição

Com o propósito de proteger o interesse da sociedade como um todo, que só é prestigiado na medida em que cada um dos seus cidadãos se vê protegido seja em face do Estado, seja de seu compatriota, surge a jurisdição constitucional e a figura do Tribunal Constitucional como pedras de toque da engenharia institucional adotada por Democracias em diversas partes do globo.

A ideia de que **tanto a maioria como a minoria devem ter representação no exercício do poder estatal** é própria do Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de alternância no governo entre as forças políticas de diferentes matizes, não se podendo cogitar, sob pena de flerte com o totalitarismo, na eliminação do outro.²²

Para assegurar o funcionamento do Estado nesses moldes existe a representação proporcional na Câmara dos Deputados e o Poder Judiciário, **órgão contra majoritário**²³, imparcial e independente, cuja cúpula é o Supremo Tribunal Federal, Corte com função precípua de interpretar a Carta Política.

Embora tanto Executivo, Legislativo e Judiciário tenham a missão de zelar pelo compromisso assumido pelas forças políticas plurais que estavam representadas quando da assembleia constituinte, sempre existe o risco de os dois primeiros, fortalecidos por um resultado expressivo nas urnas, tentarem impor a vontade da maioria que os elegeram aos demais, cujos direitos e interesses passam a não ser mais ouvidos junto ao núcleo do governo formado.

²² Algumas observações fundamentais sobre esses e outros critérios para que um regime democrático seja considerado como “de qualidade”, ver RANIERI (2014). Destacamos breve passagem da reflexão da autora: “A democracia nas complexas sociedades de massa contemporâneas exige cidadãos ativos, capazes de formular e expressar suas preferências a seus concidadãos, governantes e representantes. Exige, também, que os cidadãos tenham suas preferências consideradas por seus representantes e governantes na determinação de políticas públicas e ações governamentais, sem discriminação de conteúdo ou fonte da preferência. Um regime democrático, portanto, é aquele que tem capacidade de responder e ser responsável pelas preferências de seus cidadãos, todos, sem exceção, considerados politicamente iguais” (RANIERI, 2014, p. 300) (g.n.). Sobre o tema ver ainda DAHL (2015, p. 85 e ss.).

²³ Entre os diversos autores que destacam a importância da Corte Constitucional como instituição necessária para assegurar os direitos das minorias contra a opressão de maiorias, ver, por todos, Dworkin (2008, p. 167 e ss.).

Exatamente neste cenário, encontra eco o questionamento da legitimidade com que cada um dos poderes constituídos exerce seu papel de guardião da Constituição.

Entendendo-se Democracia Representativa como um regime de governo através do qual o povo exerce o Poder por seus representantes, pode-se extrair a leitura de que os escolhidos no escrutínio são os únicos titulares da prerrogativa de ditar os rumos da nação.²⁴

Segundo tal ótica, uma lei votada pelo Parlamento e sancionada pelo Executivo corresponderia a uma manifestação de vontade da própria população, que não poderia encontrar obstáculos impostos por outro poder cujos membros não fossem dotados da mesma legitimação dos deputados e senadores, ou seja, o voto.

A prevalecer tal concepção, o próprio controle acerca da constitucionalidade das leis que entre nós cabe aos órgãos do Poder Judiciário, cujos membros não são selecionados por sufrágio popular, seria de legitimidade duvidosa.²⁵

Nada obstante, ao menos segundo o regime jurídico que se extrai da Constituição de 1988, o desenho institucional estabelecido para o Poder Judiciário, assim como ocorre em outros países (como França, Itália e Alemanha), confere-lhe legitimidade que independe do voto popular.

A previsão da existência de um poder cujos membros são dotados das garantias de **vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos**, com função de **assegurar, com independência, a aplicação da Lei Maior** e da legislação infraconstitucional, corresponde a um contraponto ao perigo de uma ditadura da maioria que, imagina-se, não representaria avanços significativos quando comparada ao despotismo de uma minoria no que concerne à tutela dos direitos fundamentais de todos e de cada um dos membros de uma coletividade.

²⁴ Na verdade à vista dos numerosos instrumentos de participação direta da população no exercício da função pública previstos em nosso ordenamento constitucional, fenômeno que tende a ser potencializado na linha do quanto exposto por Ranieri (2014), hoje se costuma designar nossa democracia como semirrepresentativa.

²⁵ Importante destacar no ponto que nem sempre no nosso sistema constitucional coube ao Poder Judiciário a última palavra sobre a constitucionalidade das leis. Vide art. 96 da Constituição de 1937, pelo qual, declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, o presidente poderia submetê-la novamente ao Parlamento, caso esta fosse necessária ao bem do povo ou à promoção de interesse nacional de alta monta, sendo que se houvesse voto de 2/3 de cada uma das casas a decisão do Supremo ficaria sem efeito.

A legitimidade dos juízes para o exercício desse poder decorre da própria Constituição (arts. 92 a 126 da CR), sendo que, ainda que não eleitos, estes são selecionados por **concurso público de provas e títulos**, garantindo-se o acesso à carreira àqueles que se destacam por seu mérito em tais exames.

Tal forma de composição do Judiciário introduz um elemento aristocrático²⁶ no governo do Estado, que pode ser tido como uma espécie de regime misto, conjugando os elementos aristocrático e “democrático”²⁷.

Evidente que ter a última palavra acerca da interpretação da Constituição, inclusive com a possibilidade de fazer juízo de constitucionalidade sobre emendas ao texto original da Carta²⁸, confere ao STF um **poder relevante** no nosso Estado, que, por isso, deve ser **exercido com responsabilidade**, sob pena de fragilização da relação entre os poderes constituídos.

Assim como ocorre com qualquer outra pessoa que detenha o encargo de exercer Poder em prol da coletividade, a legitimidade dos juízes em sua tarefa de assegurar a supremacia da Constituição deve ir para além da regularidade da forma pela qual estes foram investidos em seus cargos, envolvendo também o **modo pelo qual a jurisdição constitucional concretiza-se no dia a dia dos Tribunais**.

As críticas ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, em especial pelo seu órgão de cúpula, e a insuficiência dos meios hoje existentes para garantir melhor qualidade do desempenho dessa função são bastante amplas e, entre nós, nos últimos anos passaram a ser abrigadas sob o vago rótulo de *ativismo judicial*.

Insere-se, nesse contexto, a crítica doutrinária quanto à Corte Suprema não se limitar a fazer um juízo de legislador negativo, reconhecendo a inconstitucionalidade de leis (LOPES, 1994, p. 261), passando, cada vez mais, a invadir a seara própria do legislador e do gestor

²⁶ Aristocrático não em um sentido pejorativo, mas de grupo de pessoas que se destacam das demais pelo conhecimento ou mérito.

²⁷ Considerando o adjetivo “democrático” como sinônimo de votado pelo povo, o que nos parece uma visão estreita da ideia representada pelo vocábulo. O acesso a cargos públicos por concursos transparentes, competitivos e de livre acesso a qualquer do povo que preencha os requisitos previstos na lei e no respectivo edital para tanto, não deixa, a nosso ver, de ser democrático, já que adota critério de seleção constitucional e razoável para os fins a que se propõe (no lugar de outras opções como o sorteio ou a eleição, cuja adequação para escolha daqueles que terão por missão garantir a aplicação do Direito – o que, entre nós, exige um amplo conhecimento do direito positivo vigente – é, no mínimo, duvidosa).

²⁸ Fenômeno que a doutrina aponta como raro no direito comparado.

público, “criando normas” onde estas (ainda) não existem, bem como fazendo interpretações sem prestigiar adequadamente os textos da Constituição e das leis parlamentares postos à sua apreciação, ou então o espaço decisório que deveria ser reservado aos administradores eleitos pela população para conduzir o aparato burocrático estatal.

Sobre esses dois pontos relativos à atuação do STF, entre tantos outros que são indicados como importantes para a melhoria dos trabalhos da corte²⁹, teceremos algumas observações.

4. Notas sobre o chamado ativismo judicial

Apesar de haver registro do uso da expressão “ativismo judicial” desde meados do século XX (TERAOKA, 2015, p. 116), foi nos últimos anos que esta ganhou a predileção de muitos dos nossos estudiosos do Direito para veicular censura a uma atuação supostamente voluntarista dos magistrados na aplicação da Constituição, desbordando os limites imaginados para tanto na solução das questões levadas pelas partes às cortes (RAMOS, 2010, p. 32 e ss.³⁰).

Destacamos uma das propostas de se definir tal vício no exercício da função jurisdicional, conforme lição de Elival da Silva RAMOS:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata de exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional)

²⁹ Para ficarmos em outra crítica fundamental que não conseguiremos desenvolver neste espaço, vale a referência à necessidade de uma redução significativa dos processos que chegam ao STF, o que inviabiliza que a Corte decida em prazo razoável as matérias constitucionais de maior relevo para o país (para o que seria importante, por exemplo, a redução do foro privilegiado para um número restrito de autoridades da República, sem o que, por sua vez, o próprio julgamento em prazo razoável de crimes cometidos por políticos e funcionários públicos de alto escalão – que não necessariamente envolvem matéria constitucional – também resta prejudicado).

³⁰ Tratando especificamente do tema do mau exercício da função jurisdicional sob tal alcunha, além do livro *Ativismo judicial* de Elival da Silva Ramos (2010), confira-se, por exemplo, as obras coletivas *Ativismo judicial e garantismo processual*, coordenada por Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (2013) e *Estado de Direito e ativismo judicial*, com coordenação de José Levi do Amaral Júnior (2010).

que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o “núcleo essencial” das funções típicas constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116-117)

Uma das leituras possíveis dessa crítica doutrinária seria a ideia de que o Executivo e o Legislativo têm funções típicas que lhes são conferidas pela Constituição, no âmbito das quais os membros daqueles Poderes devem tomar decisões que dependem mais ou menos de sua avaliação subjetiva, a qual não poderia ser substituída pela apreciação também subjetiva dos integrantes do Judiciário.³¹

O temor quanto ao abuso no exercício do controle judicial sobre as demais funções estatais ainda encontra ressonância nas fórmulas “*governo de juizes*” ou então “*governo dos homens das leis*” (no lugar do “*governo das leis*” – (ALMEIDA e ZAGO, 2014, p. 101³²)).

A preocupação, de fato, justifica-se.

Mas talvez não nos termos em que esta é normalmente formulada pelos estudiosos que tratam o tema.

4.1. Decisão para além do texto legislado

Se cabe ao Legislativo fazer as leis e ao Executivo realizar atividades em conformidade com estas leis (e com a Constituição³³), o controle de ambas as competências, quanto à sua aderência constitucional, cabe em última instância ao Judiciário.

³¹ Na feliz síntese Thiago Teraoka: “[...] a essência do ativismo judicial está em desconsiderar uma decisão proferida por outro Poder, havendo uma solução legislada, teoricamente possível e razoável pela interpretação do texto constitucional” (TERAOKA, 2015, p. 117).

³² Sobre essa imagem só fariamos uma ressalva: o governo sempre é dos homens (e mulheres), segundo a interpretação que estes fazem das leis, seja em atividades de execução dos seus comandos, seja na missão do respectivo controle.

³³ Nossa visão sobre a vinculação da Administração diretamente à Constituição, em especial no que diz respeito à prestação eficiente de serviços públicos de saúde, pode ser conferida em CUNHA FILHO (2015).

A missão de controle de juridicidade da atuação de legisladores e gestores, para ser efetiva, não admite vácuos, espaços imunes à fiscalização.

Dessa assertiva extraímos pelo menos dois desdobramentos.

Quanto à *função legislativa*, não acreditamos que o legislador tenha maior liberdade criativa que o juiz (como defendido por RAMOS, 2010, p. 119).

O que se passa é que as atribuições de cada qual são diferentes.

Um exerce a competência de criar algo novo e o outro aprecia se esse *criar está ou não conforme o regime previsto constitucionalmente*, seja em termos processuais, seja em termos materiais.

Enquanto um parlamentar deve, após avaliar a constitucionalidade de uma ideia, transformá-la em um projeto de lei, submetendo-a ao trâmite necessário para sua aprovação na casa legislativa, ao Judiciário cabe normalmente o controle *a posteriori* do produto de tal esforço, às vezes quando já se sabe de alguns resultados indesejáveis da nova legislação na realidade, o que pode contribuir para conclusão diversa da parte do magistrado no que diz respeito à compatibilidade entre texto aprovado pelo Parlamento e a Constituição.

Quanto à *função administrativa*, para o que se aplica, com as adaptações necessárias, o que foi dito acerca da legislativa, tem-se que o **Direito exigido do controlado pelo controlador deve ser exatamente o mesmo que é aplicado pelo controlado no desempenho das competências que lhe são conferidas por lei.**

Assim, entendemos que o administrador (controlado) tem, em princípio, liberdade que não é nem maior nem menor do que a do juiz (controlador) para extrair dos textos normativos que regem suas atividades comandos que, compatíveis com a Constituição, permitam-lhe perseguir o bem comum.

Fixado esse ponto (da mesma extensão e do mesmo parâmetro - Constituição - das atividades de legislação/execução e controle), vejamos se há abuso do Judiciário quando este se afasta, em suas decisões, da leitura gramatical dos textos normativos aprovados pelo legislador constituinte ou ordinário.

Aos juízes incumbe, quando provocados por alguém que entenda que determinado ato normativo ou de execução padece de vício de constitucionalidade, oferecer uma resposta a tal questionamento,

com base na interpretação que estes extraem da redação da Carta Política.³⁴

A exegese da Constituição, como já pontuamos linhas acima, tem um caráter constitutivo de significado (GRAU, 2002, p. 22), para o qual a **repercussão do ato combatido na realidade deve ser uma das principais considerações a serem feitas pelo intérprete** (ao menos sob a perspectiva daqueles que entendem que o Direito não é um fim em si mesmo, mas, sim, um meio de disciplinar adequadamente as condutas humanas na cooperação necessária ao viver em sociedade).

Partindo de tais premissas, não vemos fundamento para as críticas quanto à prolação de decisões judiciais que se afastem dos textos legislados.

Isso inevitavelmente vai ocorrer, como sempre ocorreu³⁵, seja pelas dificuldades de clarividência dos parlamentares constituintes e ordinários quanto à melhor solução a ser adotada no futuro pelos destinatários de seus comandos (HART, 2001, p. 141 e ss.; BARNES, 2012, p. 278 e ss.), seja por graus de indeterminação próprios da linguagem que veicula os textos normativos (HART, 2001, p. 139 e ss.³⁶; BARROSO, 2013, p. 335), seja pelo fato de o Direito corresponder a um sentido de dever ser, que se extrai de diversas fontes (LIMA, 1936, p. 381 e ss.; BARNES, 2012, p. 259 e ss.³⁷), que não se resumem ao texto da lei e da Constituição.

³⁴ E como se sabe, provocado o Poder Judiciário a resolver uma disputa, este não pode simplesmente se omitir em razão de ausência de texto legal expresso a disciplinar uma matéria. É o que se conclui do art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

³⁵ Como bem pondera Jean Cruet, antes de o Legislador disciplinar uma conduta, normalmente esta foi primeiro reconhecida pelo costume e pela jurisprudência (CRUET, 2008, p. 22).

³⁶ Note-se que a indeterminação da linguagem de um texto normativo pode ser tanto acidental como proposital, sendo exemplo deste último caso as *cláusulas gerais* presentes no direito positivo (como os termos boa fé e equidade, presentes em vários dispositivos legais do país). Sobre a relação de tal técnica legislativa e ativismo, confira-se *Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro*, de Tânia Mara Ahuallí e Jaqueline Sena (2013), que acerca do tema concluem: “[...] o ativismo judicial pode ser compreendido com o agir proativo do magistrado, avesso a legalismos que possam provocar injustiças, atento à possibilidade de descompasso entre expectativas sociais e direito positivado, que conduz o processo de forma a atenuar as assimetrias existentes entre as partes, e que está, sobretudo, atento ao fato de que conferir concretude à ordem constitucional significa interpretar as normas legais e até mesmo as normas constitucionais pautado pelo sistema de valores positivados na Carta Cidadã de 1988, sobretudo com vistas à realização da dignidade da pessoa humana” (AHUALLÍ e SENA, 2013, p. 349).

³⁷ O tema das fontes do Direito encontra várias visões, a depender no autor consultado (e do conceito para que se dê ao vocábulo “fonte”). Queiroz Lima, por exemplo, relaciona como fontes do Direito a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina (LIMA, 1936, p. 381). Javier Barnes apresenta as fontes

Dessa maneira, se por *ativismo judicial* entender-se qualquer pronunciamento do Poder Judiciário que não reproduza a *letra fria* da lei ordinária ou constitucional, buscando a adequação dos seus textos com *seus fins sociais e as exigências do bem comum*³⁸, para o que se presume a indispensável avaliação dos impactos do sentido defendido para um diploma na vida das pessoas, acreditamos que a elegante expressão não possui maior utilidade prática.

4.2. Respeito à discricção do Executivo e à opção política do Legislativo

Por outro lado, se por ativismo judicial entende-se a desconsideração por parte do juiz constitucional de escolhas razoáveis feitas tanto por legisladores como por gestores, o termo revela um alerta que de fato desperta preocupação.

A nosso ver, a questão que se coloca é a da divisão de papéis e de harmonia que deve existir entre ação “executiva” (de fazer leis e de realizar atividades conforme as leis) e a do respectivo controle de constitucionalidade.

Assumindo a Constituição como padrão de juridicidade que deve valer para a atuação de todos os órgãos estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), **espera-se do controle deferência com relação às opções feitas pelo controlado sempre que estas, devidamente motivadas, não violem claramente uma interpretação razoável que se extraia da Lei Maior.**

Logo, no contexto de políticas públicas, ou seja, da definição de ações governamentais contínuas dirigidas à concretização de objetivos a médio e longo prazos da organização política, em princípio há larga margem de liberdade para Legislativo e Executivo definirem suas ações, desde que garantido um **nível de eficácia mínimo que se**

como tudo o que permita ao juiz ou ao administrador resolver um caso (ao que acrescentaríamos justificar uma decisão) (BARNES, 2012, p. 271). Nessa acepção, ao rol de Queiroz Lima agregaríamos, pelo menos, a Constituição e os precedentes administrativos, com relação aos quais a Administração tem o dever de guardar coerência e os administrados têm, em princípio, o direito de tratamento isonômico tomando por parâmetro o que foi já fora apreciado em favor de outro cidadão.

³⁸ O que entre nós, aliás, é exigência do direito positivo, como se extrai do art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

entenda exigível por parte dos cidadãos em face do aparato estatal³⁹.

Na dúvida quanto à constitucionalidade de uma medida que posua disciplina expressa em texto constitucional, legal ou mesmo regulamentar, em princípio esta deve prevalecer, já que corresponderia à escolha legítima feita por órgão com competência para tanto.⁴⁰

Sem prejuízo, não é prerrogativa do Estado o agir despropositado (que exija do particular constrangimento em sua liberdade sem utilidade pública que assim o justifique) ou o não agir, sobretudo quando este for fundado em alegação retórica de falta de verbas⁴¹ (o que ocorre quando a afirmação vem desacompanhada de demonstração contábil a respeito).

Ao tentar procurar o difícil equilíbrio entre tutela de direitos individuais e interesses gerais a serem perseguidos pelo Estado em prol de todos, o **encarregado da jurisdição constitucional tem o ônus argumentativo de enfrentar suficientemente as razões dadas pelo legislador ou pelo gestor para o ato impugnado**, não podendo simplesmente desconsiderá-las lançando mãos de princípios vagos como única razão de decidir.

³⁹ Nossa visão sobre o controle de constitucionalidade feito por todas as instâncias do Judiciário quanto à prestação de serviços públicos de saúde, ver o nosso *Vinculação da administração à constituição* – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde (CUNHA FILHO, 2015, op. cit.). Esse “nível de eficácia mínimo” pode ser tido como outro nome para o “mínimo existencial” empregado pela doutrina especializada, questão que, assim como a sua contraface da “reserva do possível”, geralmente arguida pelo Estado para justificar não atendimento a pretensões que lhe são formuladas pelos cidadãos, não encontra resposta em abstrato, mas só na análise de casos concretos submetidos ao controle judicial. Também tratamos do tema em outro ensaio denominado *Judicialização da saúde* – algumas considerações sobre causas e limites (prelo, com previsão de publicação em 2016). Sobre o assunto ver ainda SARMENTO (2016, p. 228-234). Destacamos passagem: “[...] embora reconheça uma forte prioridade estatal na realização de gastos atinentes ao mínimo existencial, não concordo com a tese de que, em relação a ele, seja absolutamente inoponível a reserva do possível. De todo modo, estando em jogo o mínimo existencial, justifica-se um escrutínio muito mais rigoroso do Poder Judiciário sobre as escolhas alocativas e desalocativas dos poderes públicos para que se verifique sua compatibilidade com prioridades que derivam da própria Constituição” (SARMENTO, 2016, p. 233).

⁴⁰ Ricardo Dip, constatando perigos tanto no *juiz garantista* (que prestigia a lei escrita indiferentemente ao seu sentido de justiça) como no *juiz ativista* (que despreza o conteúdo da lei em seu processo decisório), propõe uma postura de meio termo a ser adotada pelo juiz diante de casos complexos, a qual imaginamos que é próxima da defendida neste ensaio: a do “juiz equitativo que, em princípio, observa a lei escrita e a costumeira e delas apenas se afasta quando elas se avessam da lei natural ou quando, por deficiência da norma, não se aplicam justamente ao caso em que se situa o objeto terminativo do direito: a ‘*res iusta*’. Trata-se aí do juiz que almeja ser justo e prudente; não do juiz que se tem por boca da lei, nem a do decisor que, ventríloquo, é mera voz do árbitro” (DIP, 2013, p. 553).

⁴¹ Rechaçando esse tipo de argumentação quando feita de forma leviana, ver MURDA (2015, p. 130-131).

Nesse ponto, é que se impõe a REALIDADE (BARROSO, 2013, p. 159/161), como destacado em mais de uma oportunidade neste ensaio.

O princípio de conteúdo determinável (como dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, individualização da pena, etc.) associado a dados da experiência fenomênica, que revelem efeitos trágicos de uma dada opção legislativa ou executiva a valores de índole constitucional, pode ser motivo bastante para a declaração da respectiva inconstitucionalidade e, longe de significar arbítrio dos juízes no manejo da jurisdição constitucional, na verdade chama os membros dos demais Poderes às suas responsabilidades com os efeitos concretos de suas políticas, ao dever de terem em conta direitos e expectativas de todos e de cada um dos cidadãos que vivem sujeitos à sua autoridade.

Lançadas tais bases, vejamos duas decisões não unânimes do STF que despertaram discussão na doutrina, que em parte tachou de *ativista* os posicionamentos adotados.

4.2.1. § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06

Um exemplo de decisão, que a nosso ver desconsiderou escolha razoável feita pelo legislador quanto à política de combate às drogas, é a interpretação dada pelo STF ao dispositivo que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no chamado tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/06⁴²).

Confira-se a ementa do HC nº 97.256/RS, julgado em 01/09/2010:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da

⁴² § 4º do art. 33 da Lei 11.343/16, em sua redação original, previa: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (g.n.).

resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-resocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento di-

ferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. **5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da conivência em causa, na concreta situação do paciente (STF – Pleno – Min. Rel. Ayres Britto – HC nº 97.256/RS – data do julgamento 01/09/10) (g.n.).**

O que se extraía do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas era a seguinte mensagem: caso alguém seja condenado por tráfico, ainda que primário e que não se engaje em atividades criminosas, terá de passar algum tempo atrás das grades.

Logo, ao declarar que tal dispositivo é inconstitucional por violar o *princípio da individualização da pena*, entendemos que a Corte Constitucional desconsiderou um propósito legítimo do legislador, a saber: o de buscar sinalizar para a população que, ainda que o tráfico seja praticado por quem ostente condições pessoais que lhe são favoráveis, a resposta para tal conduta será a pena privativa de liberdade, o que supostamente dissuadiria pessoas a se entregarem a tais práticas⁴³.

⁴³ No sentido de tal decisão ter sido *ativista*, contrariando texto expresso de lei e criando para os réus benefícios não previstos na legislação, ver Teraoka (2015, p. 122-123).

Pelos elementos apontados pelos julgadores na ocasião, não identificamos razões graves o bastante para que a opção feita pelos representantes do povo na promulgação da lei pudesse ser simplesmente rejeitada por alusão a princípios, sem uma maior preocupação em se demonstrar o desacerto completo da previsão legal combatida para que se alcançasse os efeitos na realidade que justificaram sua formulação.

Nesta situação em particular, contudo, o próprio Legislativo acabou por aderir às razões apontadas pelo STF no referido julgamento, tanto que fazendo uso da competência que lhe confere o inciso X do art. 52 da CR⁴⁴, o Senado emitiu resolução suspendendo a eficácia da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006⁴⁵.

4.2.2. Prisão após condenação por órgão colegiado

O Supremo Tribunal Federal, que tradicionalmente entendia que a prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não violava o princípio da presunção de inocência (TERAOKA, 2015, p. 120⁴⁶), alterou sua jurisprudência para exigir irrecorribilidade de tal título executivo antes de levar-se alguém ao cárcere.⁴⁷

Em 2016, de forma não unânime, a Corte Constitucional voltou ao seu entendimento anterior, em interpretação sensível aos efeitos nefastos que sua “posição garantista”⁴⁸ representava para um sistema penal

⁴⁴ Art. 52 da CR – “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Tal comando, de tão pouco uso no constitucionalismo brasileiro, acaba por levantar dúvidas quanto à possível mutação constitucional que teria ocorrido (ou tenderia a ocorrer) quanto à sua aplicabilidade no nosso sistema jurídico (TERAOKA, 2015, p. 126-129).

⁴⁵ Resolução nº 5/2012.

⁴⁶ Sobre a jurisprudência consolidada no STF acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ver os diversos julgados colacionados pelo Min. Teori Zavascki no seu voto no HC nº 126.292/SP – item 3, p. 5-7, sobre o qual teceremos considerações a seguir. Na mesma linha caminhava a jurisprudência do STJ, inclusive com entendimentos sumulados a respeito. Confira-se, sobre tal aspecto, o teor da súmulas 9 e 267 da referida corte. Súmula 9: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Súmula 267: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

⁴⁷ A alteração de entendimento pelo STF ocorreu com o julgamento do HC nº 84.078/MG, em 2009, por votação de 7 x 4, quando se passou a considerar o trânsito em julgado da sentença penal condição para execução da pena.

⁴⁸ Adjetivo “garantista” usado aqui com a conotação que lhe é dada a palavra por Ricardo Dip: “[...] o garantista aferra-se ao mundo do direito posto (mormente da lei), como se nesta horizontalidade

que, entre nós, não tem o efeito dissuasório, que é sua própria razão de ser, em especial no que se refere à criminalidade de colarinho branco⁴⁹.

Éis a ementa do HC nº 126.292/SP, julgado pelo STF em 17/02/16:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5o, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (STF – Pleno – Min. Rel. Teori Zavascki – HC nº 126.292/SP – data do julgamento 17/02/16).

A discussão principal a respeito do tema que se instaurou na Corte Constitucional foi a melhor interpretação para a **literalidade do inciso LVII do art. 5º da CR**, que entre nós enuncia a garantia da presunção de inocência assegurada aos acusados no processo penal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

estivesse resumida e antecipada a experiência integral do justo; supõe que as coisas da realidade sejam construídas por normas no mais das vezes escritas, e que essas normas têm o poder de desconstruir as realidades que lhes sejam opostas ou até ignoradas. Por isso não faltarão mesmo junaturalistas garantistas (ou positivistas, por paradoxal que seja dizê-lo). São pessoas que se nutrem de letras e vírgulas, entre elas pensando dissolver todas as coisas e, por elas, resolver todas as controvérsias. Transcendência horizontal, é verdade, mas que não vai além de ser uma imanência, em geral, com artefatos humanos (de que as leis dos homens, tanto que determinativas, não passam de ser [...])” (DIP, 2013, p. 551-552) (g.n.).

⁴⁹ Vide os dados estarrecedores divulgados no âmbito da operação Lava Jato da Polícia Federal, conforme se extrai do site do Ministério Público Federal: “Os procuradores da República que atuam no caso ofereceram 36 acusações criminais contra 179 pessoas pelos crimes de corrupção, organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. Os crimes envolvem pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões, sendo que R\$ 2,8 bilhões já foram recuperados pelo MPF, que também pediu o ressarcimento de R\$ 14,5 bilhões na Justiça” (disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/site-sobre-a-operacao-lava-jato-ultrapassa-1-milhao-de-acessos>>, acesso em: 07 nov. 2016, às 21:30). Isso, vale dizer, após o resultado do julgamento da Ação Penal nº 470 pelo STF (caso conhecido como Mensalão), que, envolvendo algumas das personagens que hoje também são acusadas pelos procuradores da Lava Jato, fora vista por alguns como “*ponto fora da curva*” na jurisprudência da Suprema Corte, que teria sido supostamente muito rigorosa na ocasião.

Se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não foram poucas as vozes que, **apegadas ao texto** do dispositivo constitucional em questão, defenderam arduamente que nenhuma consequência penal poderia colher o réu antes do julgamento do último recurso interposto pela defesa perante a Corte Constitucional.⁵⁰

Acreditamos que a referida conclusão, se considerada apenas a sua racionalidade enquanto discurso, sua compatibilidade em abstrato com a linguagem de outros textos normativos, é uma das possíveis para responder a indagação que fora posta ao STF.

Como se o Direito pudesse criar um mundo paralelo, completamente indiferente aos seus efeitos na vida das pessoas, cria-se uma ficção: a pessoa que fora flagrada cometendo um crime ou na posse de produto do ilícito é considerada inocente até que a mais alta corte do país dê seu veredito final sobre o caso. O mesmo vale para quem confessa o delito ou então que já fora condenado em **sentença proferida por juiz de primeira instância, ato que pressupõe a convicção do magistrado quanto à certeza da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, bem como de sua autoria.**

No julgamento do HC nº 126.292/SP, contudo, outra linha de argumentação prevaleceu, tendo por base dois elementos que nos parecem fundamentais: 1) recurso especial e extraordinário, no nosso ordenamento jurídico, não tem efeito suspensivo nem se presta (ou não deveria se prestar) à análise de matéria de fato e 2) não se ter notícia de qualquer país do mundo em que o cumprimento da pena de qualquer condenado em processos penal tenha de ser referendada pela Corte Constitucional⁵¹ (o que, convenhamos, seria factualmente impossível).

Tais dados, aliados aos efeitos perversos à efetividade do nosso sistema processual penal, advindo do abuso no manejo de recursos extremos apenas para postergar artificialmente o advento do trânsito em julgado nas respectivas ações⁵², levaram à superação do precedente estabelecido no HC nº 84.078/MG.

⁵⁰ Ressalvada a possibilidade de decretação de prisão preventiva quando preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)” (redação dada pela Lei nº 12.403/2011).

⁵¹ Vide considerações feitas pelo Min. Teori Zavascki no seu voto no HC nº 126.292/SP, p. 10 e ss., para o que se valeu de pronunciamentos anteriores de outros ministros da Suprema Corte.

⁵² Conforme Min. Teori Zavascki no seu voto no HC nº 126.292/SP, p. 17 e ss.

Na nossa opinião, dados os pressupostos sustentados neste ensaio, com acerto (já que com Justiça⁵³).

5. Conclusão

Certamente a descrição em abstrato de qualquer sistematização acerca do *dever ser* atinente à jurisdição constitucional é sempre desafiada quando o juiz é defrontado com dramas humanos a reclamar solução diversa das até então dadas pelo Legislativo ou pelo Executivo para uma dada atividade estatal.

Nesse ponto, comungamos da mesma dificuldade quanto à clarividência que acomete os legisladores (e o ser humano em geral).

Todavia, se pudéssemos identificar ao menos um porto seguro nessa empreitada, acreditamos que este seria o seguinte: **nunca se pode perder de vista que a razão de ser última de toda a ordem jurídica é o indivíduo**, e o seu acesso ao Judiciário, em caso de violação ou ameaça de violação a direito, é expressamente previsto no inciso XXXV do art. 5º da CR.

Os juízes podem errar em tal mister?

Não há dúvidas que sim.

Mas a nosso ver, as chances de equívocos cometidos pelos magistrados reduzem-se sensivelmente caso estes busquem conferir à legislação interpretação que conduza seus aplicadores à produção de resultados adequados e úteis à convivência das pessoas no viver em coletivo, recusando divagações que não se prestem a outro fim que a um debate estéril quando não lesivo aos melhores interesses da nossa sociedade.

⁵³ Um último ponto digno de nota sobre o julgamento do HC nº 126.292/SP foi a referência dos ministros aos números (ínfimos) de recursos extremos efetivamente providos pelo STF e, em especial, que redundaram em absolvição do acusado, como mais uma razão a não justificar que se condicione qualquer cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Destacamos, a respeito, trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso no HC nº 126.292/SP: “No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões” (p. 33 do acórdão).

Bibliografia

AHUALLI, Tânia Mara; SENA, Jaqueline. Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 329-350.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91-103.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. O Constitucionalismo. In: TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. *Estudos de direito constitucional – homenagem à professora Monica Herman Salem Caggiano*. São Paulo: IELD, 2014. p. 253-267.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio P. de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 295-310.

BARNES, Javier. Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del derecho administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma del derecho administrativo, 2.0*. Sevilla: Global Law Express, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAENEGEM, R. c. van. *An historical introduction to western constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONIER, Jean. *Essais sur les lois*. Paris: LGDJ, 2014. (primeira edição de 1995).

_____. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. 3. ed. (sem tradutor mencionado). Leme: Edijur, 2008. (original de 1908, disponível em: <<https://archive.org/stream/laviedudroitel00cruegoog#page/n12/mode/2up>>, acesso em: 19 jan. 2016, às 00:15 - obra digitalizada).

CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382-404.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Vinculação da administração à Constituição - alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura* – Direito Constitucional, ano 16, n. 40, p. 9/20, abr.-jun. 2015.

DAHL, Robert A. *On democracy*. 2. ed. New Haven/London: Yale University Press, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição & constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DIP, Ricardo. Ativismo e garantismo: novos nomes de positivismos antigos. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 547-553.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2007. (obra original de 1923).

DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. Boa administração é aplicar a Lei Fundamental de ofício. In: SOUZA, Arivaldo S. de et al. (Coord.). *Direito tributário – estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 807-828.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LASSALE, Ferdinand. *Qu'est-ce qu'une constitution?* Arles: Sulliver, 1999. (primeira edição de 1896).

LEAL, Roger Stiefelmann. O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário. In: HORBACH, Carlos B. (Coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia – homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 589-610.

LIMA, Eusébio de Queiroz. *Sociologia jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freiras Bastos, 1936.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, p. 255/266, maio-jul. 1994.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*, I. Paris: Gallimard, 1995.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas – o controle judicial e o papel das funções essenciais da à justiça*. Curitiba: Prismas, 2015.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Tradução de Artur Guerra. Lisboa: Relógio D'Água, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANIERI, Nina. A qualidade da democracia – considerações teóricas. In: TORRES, Viviam de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem (Org.). *Estudos de direito constitucional – homenagem à professora Monica Herman Salem Caggiano*. São Paulo: Ield, 2014. p. 297-312.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica* – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

ROSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.

ROUVILLOIS, Frédéric. *Libertés fondamentales*. Paris: Flammarion, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana* – conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. (tese de 1932).

_____. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b. (primeira publicação em 1929).

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação constitucional e ativismo judicial. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura* – Direito Constitucional, ano 16, n. 40, p. 115-130, abr.-jun. 2015.