



Crítica ao ativismo exceptivo que confronta a democracia normativa: aspectos disfuncionais nas decisões judiciais

Maria da Graça Marques Gurgel ¹
Plínio Régis Baima de Almeida ²

Resumo

No Brasil, o fenômeno da judicialização da política ultrapassa alguns limites da compreensão comum da Constituição da República de 1988. O Judiciário brasileiro em algumas decisões, sobretudo as de natureza político-constitucional, constrói normas gerais que se afastam da compreensão material comum, parecendo ir ao encontro de outras razões presentes na atual política. Neste estudo, apontam-se alguns casos desse desvio, o qual se crê afrontar a democracia textual. É que, ao estabelecer políticas com normativas gerais exceptivas à efetivação da democracia textual, ou mesmo em desencontro com os princípios políticos que lhe referenciam, adota-se o ativismo que aqui se questiona.

Palavras-chave: Judiciário brasileiro, Ativismo Exceptivo, Desvios à Democracia.

Crítica al activismo excepto que confruta la democracia normativa: aspectos disfuncionales en las decisiones judiciales

Resumen

En Brasil, el fenómeno de la judicialización de la política sobrepasa algunos límites de la comprensión común de la Constitución de la República de 1988. El Judiciario brasileño en algunas decisiones, sobre todo las de naturaleza político-constitucional, construye normas generales que se alejan de la comprensión material común, pareciendo ir al encuentro de otras razones presentes en la actual política. En este estudio, se apuntan algunos casos de esa desviación, el cual se cree afrontar la democracia textual. Es que, al establecer políticas con normativas generales excepcionales a la efectividad de la democracia textual, o incluso en desencontro con los principios políticos que le referencian, se adopta el activismo que aquí se cuestiona.

Palabras llave: Judicial brasileño, Activismo Excepcional, Desviaciones a la democracia.

¹ Doutora em Teoria do Direito pela UFPE. Professora da graduação e da pós-graduação (mestrado) da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Pesquisadora no Diretório de Grupos CNPq, vinculada à Universidade Federal de Alagoas. Maceió, Alagoas, Brasil. gracagurgel@uol.com.br.

² Doutorando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Professor Titular do CESMAC. Membro do Instituto Latino-Americano de Estudos sobre Direito Política e Democracia. Procurador do Município de Maceió, Alagoas, Brasil. pliniobaima@hotmail.com.

Criticism of exceptive activism confronting normative democracy: some dysfunctional aspects in judicial decisions

Summary

In Brazil, the phenomenon of the judicialization of politics goes beyond some limits of the common understanding of the Constitution of the Republic of 1988. The Brazilian judiciary in some decisions, especially those of a political-constitutional nature, builds general norms that deviate from common material understanding, appearing to go to Other reasons present in the current policy. In this study, some cases of this deviation are pointed out, which is believed to confront textual democracy. It is that, in establishing policies with general norms that are exceptional to the effectiveness of textual democracy, or even in disagreement with the political principles that refer to it, the activism that is questioned here is adopted.

Key words: Brazilian judiciary, Exceptional Activism, Deviance to Democracy.

1 Descrição do problema

No Brasil, o fenômeno do ativismo judicial tem apresentado problema sob o ângulo jus-político constitucional da segurança jurídica e do processo democrático formalmente instaurado com a Constituição brasileira de 1988.

O presente trabalho se debruça sobre os reflexos do ativismo exceptivo. Desde logo, faz-se uma diferenciação desse fenômeno com o que se chama de judicialização da política. Isso porque não se trata neste momento de indagar acerca do aumento de demandas políticas perante o judiciário, o que pode ser compreendido como um sintoma do déficit político-social. Este é um assunto importante relacionado ao tema, no entanto não é o objeto do presente estudo.

No presente recorte o interesse são as respostas do judiciário, que tomam a forma de um decisionismo complicador aos direitos fundamentais, presentes nas sentenças de juízes e acórdãos dos tribunais sob a influência do pensamento dominante do STF-Supremo Tribunal Federal, que é o pragmatismo na vertente do realismo. Como se verá adiante, a crítica à essa hermenêutica sob o aspecto de sua dogmática afigura-se procedente. Porém, na esteira deste trabalho, o decisionismo provindo de modo verticalizante, ou seja, do ápice da estrutura do judiciário brasileiro até sua base de jurisdição, parece tratar o direito político sob o referido modelo aparentemente despolitizado.

Decorrente dessa hipótese é que se intui que, em importantes decisões que vão ao encontro do *hardcore* do sistema constitucional, que é o processo democrático e são os textos constitucionais dos direitos (sentido amplo), as respostas judiciais não são boas para o jurídico, nem para o político, no sentido constitucional da edificação da democracia.

Trata-se de um ativismo cujo desencontro com o direito político-constitucional é representado por condicionantes autônomos, por vezes personalistas. Esses condicionantes, sob lentes de maior alcance, são identificados como deslocados da sua fonte constitucional material, o que é feito quando da emissão da sentença ou acórdão: razão de também ser chamado de ativismo judicial exceptivo.

O título procede da analogia com a categoria do estado de exceção. Categoria que vira e volta ameaça o cenário latino americano, conferindo uma extensão do autoritarismo das pretéritas ditaduras.

De modo que o atuar de alguns juízes (singular ou membro de cortes superiores) aparta-se de importantes referências textuais, valorativas e, sobretudo, histórico-materiais, desprezando-se as fontes históricas.

Assim, matérias como direitos humanos fundamentais, expressos ou não expressos (SARLET, 2001, p.92), divisão de poderes, federalismo e partidos políticos passam por esse modo operativo, o qual já de há muito veio a ser identificado e criticado.

Junto ao STF, por exemplo, as causas mais presentes com as questões que envolvem situações dos servidores públicos, principalmente aqueles de carreira jurídica, têm atraído a modulação dessas situações a valores próximos à doutrina neoliberal do Mercado.³ A redução de complexidades sociais não toma as questões que o Estado objetiva no seu artigo 3º da Constituição, ao "enxugar" a pauta de demandas subjetivas por direitos fundamentais e assim propiciar resoluções não do campo político do direito positivo, mas externas a esse campo.

Tais resoluções passam a operar de um modo discursivo, aparentemente "despolitizado". Com isso dificulta-se o seu desvelamento, porquanto nem sempre é fácil se alcançar nesses discursos todos os aspectos históricos-material da inibição das demandas e mesmo das estratégias procedimentais para evitar suas pertinentes controvérsias.

Ao suprimir a dialética possível com teorias reveladas como instrumentais, há uma espécie de descolamento tópico dos problemas expostos que torna permissivo que o conteúdo das decisões manipule argumentos morais, fora da expectativa da tradição do Direito e mesmo descreditando os valores do texto expresso. Tais decisões denotam pouca reflexão e discussão no contexto de suas fontes, o que importa em produzir um descontrolo sob o ponto de vista da adequação material do caso em análise.

Por exemplo: decisões que alteram procedimentos que protegem a soberania popular mediante a intervenção do Senado Federal e com tal alteração modulam efeitos que não com-

³ Acerca dos valores da política neoliberal para o judiciário ver as Resoluções do Banco Mundial de números: 19/1997; 24/2007 e, principalmente a de no. 319 -S de 1996.

patibilizam o acesso à jurisdição por outros legitimados que, com a alteração, ficam impedidos de terem acesso à jurisdição ainda que tragam novos fundamentos.

Trata-se de decisões que a constituição como referência do direito político proveniente do acordado em Assembléia Constituinte é substituído por um discurso político generalizador de um ou um grupo de “soberanos”. Assim chamado porque perfila uma construção inidônea não apenas por não corresponder a expressão literal do texto, mas por não permitir a prevalência dos valores presentes com o programa e o âmbito normativo, na expressão de Müller (2000, p.63 e ss.). Nos escritos seguintes ilustra-se com exemplos esta descrição.

Alguns estudiosos desse funcionamento chegam a afirmar que se trata de um atuar “neutralizador” às “[...]situações de intersubjetividade e contextualização[...]” ou seja, um modo de se validar discursos jurídicos (FERRAZ JR, 2002, p.182) privilegiando-se uma racionalização recorrente à simplificação e à diminuição de demandas subjetivas.

Sob a camuflagem desse tipo de neutralização de expectativas, o tema da exceção permanente retoma a ideia schmittiana de poder soberano, de poder absoluto, face a descontinuidade regular do ordenamento jurídico. O poder cuja descrição releva que seu titular chama a si competências de modo absoluto, sem ser devidamente onerado a justificar sua escolha, principalmente quando representa nessa “soberania” o nível mais elevado da estrutura do judiciário.

Exerce assim um protagonismo fático que se amplia às esferas dos demais poderes, e assim o faz em sintomático desprezo aos condicionantes da política constitucional e de suas complexidades. Tal atuar discrepante da tradição jurídica constitucional, do seu sistema de valores e dos importantes resquícios da presença histórica do povo constituinte conduz a *summa potestas* de um poder.

Afinal, não se trata de uma atualização da constituição à realidade, não guardando semelhança com a mutação constitucional. É sim a criação de um ato normativo que substitui a competência afeta aos demais poderes, seja o legislativo, seja o executivo, seja o povo constituinte, seja o controle societal que se projeta da própria constituição no Estado Democrático de Direito.

Adriano Sant’Ana Pedra traduz essa invasão como uma ameaça, nos termos seguintes: “Os efeitos provocados pelas mutações inconstitucionais variam em grau e em profundidade, na medida em que destroem a vida das normas constitucionais. Podem provocar mudanças temporárias ou permanentes e até suspender os efeitos da norma constitucional em flagrante desrespeito com a Constituição”. (2010, p.7-36)

Carl Schmitt, para afirmar que se trata de uma questão de competência fundamentada na política e em algumas das filosofias sobre o Estado Moderno (Bodin e Puffendorf), descreveu a titularidade do soberano no estado de exceção, assim: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, e acrescentou que: “[...]no sentido jurídico-estatal, não se apresenta nenhuma competência. [...]Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão como ocorre na prática da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente [...]” (2006, p. 7-8).

Com essa explicação, compreende-se que o poder judiciário brasileiro em algumas decisões ameaça a jurisdição constitucional com um ativismo exceptivo. Este não decorre de *error in iudicando*, mas de uma crença instrumental que é útil para minimizar a complexidade em casos de demandas por direitos, também útil para ampliar seu poder e se blindar de controles que possam censurar esse modo operativo, ainda que a custa de prejuízos ao processo democrático.

De tal modo que contribuir a percepção dessa descrição com toda a simbologia que representa pode permitir uma contracultura no meio jurídico. Um contra poder que exerça um controle doutrinário, político e educativo contra essa prática, desde que a análise do discurso da jurisdição constitucional desvele manipulações que obstruam os valores constitucionais.

O Direito é um meio comunicacional cuja pretensão é de aparentemente evitar os condicionantes da política comum ou ordinária; que eles se sobreponham aos direitos (sentido amplo). Neste trabalho há um pequeno inventário de exemplos que, do ponto de vista democrático, pontua algumas funções consideradas como inadequadas ao poder judiciário e analisa alguns casos que entendem que seus gravames à democracia são amostras suficientes à hipótese deste pequeno estudo.

Sem dúvida, trata-se de uma perspectiva ética ou de moral social, porque se entende que essa visão está presente nos embates já providos por conquistas sociais no âmbito de direitos humanos fundamentais. A humanidade está sempre necessitando de razões para ter esperança nas transformações para um mundo melhor, ainda nos valores históricos da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

As palavras de Marcelo Figueiredo e, mais adiante, de Paulo Bonavides são registros concitadores de ética ou moral social que aqui tem o despojamento da esperança que, no fundo, nada mais é do que a expectativa da efetivação desses ainda emblemáticos direitos.

O intérprete constitucional deve estar atento a fim de aplicar o Direito ao caso concreto a partir dos *standards* morais vigentes no sistema constitucional, afastando o quanto possível a sua personalíssima concepção a propósito do tema enfocado. Em algumas decisões fica evidente que, a pretexto de inter-

pretar o Direito, o juiz infunde sua convicção, fazendo do Direito um jogo de opiniões éticas e morais suas, totalmente desvinculadas do sistema onde está inserido (1999, p22).

Paulo Bonavides, pouco mais do que 10 anos de promulgada a Constituição brasileira de 1988, preocupava-se se o judiciário no processo democrático iria ter um papel de contra poder, reafirmando o seu compromisso com a democracia:

Tem o Judiciário, de conseguinte, um compromisso com o Estado democrático de Direito, e o medo não há de fazê-lo recuar. É caminho da honra que a ética da democracia lhe traça, honra depositada nos valores constitucionais, cuja defesa cabe a essa magistratura como a mais augusta e espinhosa de suas missões, em todos os tempos. A ditadura quer instalar-se no País silenciosamente, antes de revestir formas ostensivas e definitivas de tomada do poder. Mas se o Judiciário cumprir a tarefa de salvaguarda da Constituição, a democracia sobreviverá, e a sociedade das gerações futuras ser-lhe-á imensamente agradecida. (BONAVIDES, 1999, p. 65)

De outro modo, a análise de Jessop em artigo que analisa a modernidade clássica de Poulantzas em sua obra terminal traz à luz a importante contribuição desse autor ao estudo do Estado capitalista. Sob a perspectiva do seu papel nas relações sociais quando a Democracia não obtem por seu modo flexível deter as crises do capitalismo e apela ao papel estatal autoritário.

Segundo Jessop, o estatismo autoritário na análise feita por Poulantzas foi “notavelmente presciente”, no que completa com as palavras seguintes:

A análise de Poulantzas [...] quando escrita pela primeira vez há cerca de 25 anos. As várias tendências que ela identificou em O Estado, o poder e o socialismo e que subsumiu na rubrica geral de “estatismo autoritário” têm-se tornado, desde então, cada vez mais claras como respostas para a crescente crise política no bloco do poder, para a crise de representação no sistema político, para as crises de legitimação e do Estado associadas às falhas gêmeas do Estado intervencionista posterior à II Guerra Mundial e à guinada neoliberal e o crescente desafio à primazia do Estado territorial nacional pela globalização. Deveríamos notar particularmente o declínio continuado do parlamento **e do império da lei**; a crescente autonomia do poder Executivo; a importância aumentada dos poderes presidenciais ou chancelerescos; a consolidação dos partidos autoritários e plebiscitários que largamente representam o Estado para as massas populares e – algo negligenciado por Poulantzas – a “mídiatização” da política, com os meios de comunicação de massa desempenhando um crescente papel na formatação dos imaginários, programas e debates políticos. Uma grande ênfase em temas de segurança nacional e policiamento preventivo associada à assim chamada guerra contra o terror em casa e no exterior também reforçam o ataque aos direitos humanos e às liberdades civis. (JESSOP, 2009, p. 131-144.)

A correção da democracia dos desvios mencionados faz-se interna aos poderes constituídos e externa pelo controle da sociedade política, principalmente aquela sociedade em que os

indivíduos dos setores organizados sacrificam a sua vida privada para combater os males sociais. Portanto, faz-se com todos os poderes estatais, como já divisava Poulantzas em face da democracia social. De modo que a despeito de outras formas externas de intervenção, confere-se ao implemento da democracia um aperfeiçoamento dos poderes e de suas funções. Talvez assim se possa mencionar que o direito cumpre uma tarefa de relevo quando a própria democracia o requisita (JESSOP, 2009, p. 131-144.)

Não se desconhece que no Brasil a democracia é ainda formal e que, por tal, não possui a pungência política materializada pela participação popular, principalmente a participação direta. Esse retardamento ao *status activus* muito influi na luta por direitos e na reafirmação da democracia na esfera pública.

Assim, pontuam-se três considerações gerais que despertam a problemática do ativismo exceptivo que aqui se almejou recortar. A **primeira**, quando injustificadamente sublima-se o poder constituinte (e, com isso, o povo constituinte). Desconsideram-se os procedimentos democráticos previstos e suas razões de ser. Não devemos nos esquecer que, no âmbito político, os procedimentos constitucionais fundamentam a segurança jurídica de direitos contra arbítrios e desvios do poder. A **segunda**, quando o judiciário converte sua criação judicial, ou norma de decisão aplicada ao caso concreto, impondo normas gerais exceptivas, ignorando as razões fáticas que contribuíram à constitucionalização de direitos subjetivos e objetivos. A **terceira** situação diz respeito à neutralização da soberania popular ou do povo, que é feita com a abstração, o quanto possível, do controle político da sociedade, como na "jurisdição *suma potestas*".

Ao encontro dessa crítica, Gilberto Bercovici⁴ remete a três aspectos importantes: a(s) Teoria(s) da Constituição despolitizada(s); ao enredo do constitucionalismo afetado por essa despolitização, bem como as jurisdições político-instrumentais que não se vinculam com a materialidade histórico-constitucional.

Esses aspectos são de grande importância epistemológica e sociológica, pois, por intermédio da linguagem, do deslocamento situacional dos valores em jogo, cometem discursos capazes de afrontar os textos constitucionais, cujos direitos fundamentais foram conquistas que se remetem às lutas populares.

São as chamadas decisões "neutralizadoras" da politicidade presente no direito constitucional. Assim, quando o autor referenciado menciona que há um Estado Constitucionalista sem Estado, seguindo a analogia da metáfora de Heller na crítica ao positivismo normativis-

⁴ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In. **Lua Nova**. São Paulo. n.º 61. 2004. p. 5-24.

ta⁵, e vem a afirmar que a jurisdição constitucional se converte no "cume da soberania", o autor nos remete a uma prática que ignora as relações político-sociais subjacentes. Ignora, igualmente a toda "[...] lógica das situações concretas históricas de cada país".⁶

A nosso juízo, reafirma-se a posição de que, mais que violar o texto, é a própria soberania do povo que lutou por direitos que é violada e substituída por decisões "despolitizadas". Questionar, portanto, o ativismo exceptivo é também questionar se seus fundamentos quebram o pacto aquiescido pela população brasileira, quando da constituinte de 1987, e se alimenta de interesse individual em prol de determinada classe.

No Brasil é insofismável que, ao lado de outras tantas constituições pós- ditatoriais, o poder constituinte formulou diretivas ou programas em torno do Estado líbero-social. E o fez como o resultado das fortes tensões e implicações do *continuum* do passado e dos avanços exigidos pela população, concertados na Assembleia Constituinte.

No entanto, como afirmado, essas diretivas plasmadas no texto não deixam dúvidas que há um sistema de valores, cuja violação inverte a lógica democrático-constitucional.

2 Justificativa da problematização descrita

Em face da Constituição brasileira, compete ao poder judiciário, segundo o artigo 102 da Constituição Federal da República, a guarda da constituição. Apesar dessa declarada norma constitucional, observa-se que o poder judiciário representado por seu órgão de cúpula tem decidido em aspectos reveladores do que se chama de ativismo exceptivo.

Sob o escopo de ajuste racional e realista, dessa forma, a jurisdição feita pelo Supremo flui aos novos valores e funções resultantes das regulações de instituições privadas multilaterais voltadas para o Mercado, com implicações em gestão processual e diminuição de suas complexidades. Trata-se de um material doutrinal e propagandístico divulgado no meio do judiciário brasileiro, acessível igualmente aos órgãos associativos de classe.⁷

Consequência disso é que se atribui parte desse atuar como uma espécie de pensamento dominante, sobre o qual apenas uma parcela do judiciário é mais crítica.⁸

Essa atribuição de que parte desse atuar é influenciada por esse pensar é captada pela observação das razões invocadas, para tornar racional o discurso presente nas decisões. Veja-

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., p. 22.

⁷ Resolução do Banco Mundial para o Judiciário da América Latina.Doc. técnico ,319 S Jun/1996.

⁸ A exemplo da Associação dos Juizes para a Democracia.

se adiante uma ação que no Brasil provou forte reação de juristas especialistas em Hermenêutica, Teoria da Constituição e Teoria Crítica.

Na Ação de Reclamação nº4335-5/AC perante o STF, demandada em face de caso concreto por parte da Defensoria Pública contra decisão judicial emanada de juiz singular que julgou incidentalmente uma arguição prejudicial à ação principal, tem-se um exemplar modelo do chamado ativismo exceptivo praticado pelo Ministro Relator do processo e seguido pela maioria do plenário⁹: o julgamento foi fustigado pela doutrina pátria e mesmo pela estrangeira em face da decisão ter violado a letra do artigo 52, inciso X da Constituição brasileira, evidenciando um propósito utilitarista e aparentemente fungível a uma teorização que tornou o procedimento descrito como inexistente, ao ignorá-lo completamente.

Por este artigo, positivado desde a Constituição brasileira de 1934 até a atual, é regrado o procedimento de controle político de constitucionalidade por parte do Senado Federal.

O Senado Federal é um órgão político eleito pelo povo, representativo dos Estados da Federação brasileira. Seu poder de representação é exercido no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Trata-se do procedimento em que realiza um juízo de valor político por ocasião da declaração de inconstitucionalidade da lei, aplicada ao caso concreto em questão. Isso ocorre após o ofício, juntamente com o Acórdão, ser encaminhado pelo STF ao Senado Federal para que a norma impugnada de modo incidental obtenha o juízo político desse órgão representativo.

De modo que, se a juízo do Senado for considerada uma lei que importe em inconstitucionalidade, caberia ao Senado suspender do ordenamento jurídico, não mais produzindo eficácia a partir dessa suspensão. É importante registrar que a lei considerada inconstitucional foi invocada *incidenter tantum* (incidentalmente) e não como causa de pedir da ação principal. Afinal, trata-se de uma questão cujo móvel não foi o controle de constitucionalidade.

A ação julgada por um juiz singular foi seguida da Reclamação de uma das partes por intermédio da Defensoria Pública. O Julgamento dessa ação de Reclamação feita perante o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰ revelou ao seu tempo uma decisão operante de questioná-

⁹ O STF é composto por 11 Ministros oriundo de carreiras jurídicas. Para o julgamento de ações relativas a controle difuso de constitucionalidade vige o princípio da maioria absoluta. No caso em tela, 06 ministros decidiram a questão.

¹⁰ A Reclamação é o instrumento processual que confere junto ao STF a competência dessa corte consoante estabelecido no artigo 102 da Constituição brasileira. Almeja-se garantir a autoridade das decisões do citado órgão, desrespeitadas ou descumpridas por autoridades judiciárias ou administrativas. A Reclamação é também utilizada em face de descumprimento das súmulas vinculantes editadas pelo Plenário do STF, dado o seu efeito vinculante. Hoje em dia há um grande quantitativo dessas ações. No caso da Reclamação os dados do STF apontam para a existência de cerca de 37.006 demandas distribuídas. Consultar: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em 21.02.2017.

vel efeito para o processo democrático brasileiro. Trata-se de um exemplo de ativismo excepcional construído judicialmente, em que a crítica doutrinária de Streck, Mont'alverne de Lima e Cattoni de Oliveira¹¹ debruçou-se sobre a decisão da Reclamação, apontando violações direta e indireta à Constituição praticada sobre o novo “paradigma hermenêutico” pelo STF¹². Explicaram esses juristas que, a despeito do sistema constitucional ser misto e ainda fazer a diferença entre os dois tipos de controle de constitucionalidade (incidental e concentrado), a decisão da Reclamação 4335-5/AC deu efeito *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*¹³, ou seja, decidiu em face de controle difuso como se controle concentrado fosse.

Para alguns dos membros do STF houve uma nominada “mutação constitucional”, da qual somamos aos juristas discordantes os aspectos que tal mudança de matriz disciplinar ocorre em desrespeito ao princípio estruturante da soberania popular, do regime democrático e do direito fundamental ao devido procedimento legal. Com isto, o controle político expresso não foi cumprido tampouco reconhecido, que se quis banir as possibilidades de concentração de poder e de conseqüente ameaça ao regime político positivado.

O primeiro porquanto o papel do Senado Federal não é de apenas ser comunicado pelo STF para a ciência da decisão da corte constitucional, como argumentado. Muito ao contrário, há um procedimento em que esse órgão político faz um juízo igualmente político sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade nesse tipo de controle. Na perspectiva deste escrito, a decisão cometeu reprovável ultrapassagem dos seus limites de competência e o fez com redução do seu dever constitucional de otimizar direitos e prevenir desvios de poder. Outro aspecto é que, além da violação direta à Constituição, potencializam outras violações: a decisão do STF, que é um órgão formado por 11 ministros indicados pelo Presidente da República do Brasil, foi tomada por maioria simples, porém, com efeitos contra todos, o que significa que foi obstativa de outras demandas subjetivas.

Consequencia disso é que o direito de acesso à jurisdição, outro direito fundamental, por via reflexa, é violado. Isso porque a preservação do controle difuso é a garantia que possibilita que a mesma demanda, com outros fundamentos questionáveis, seja ajuizada por não fazer

¹¹ Ver artigo dos juristas **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação Constitucional, Limites da Legitimidade da jurisdição Constitucional.** em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72_45-68. Capturado em 16.02.2017; Tb.NERY Jr., Nelson. **O Senado Federal e o Controle Concreto de Constitucionalidade de Leis e de Atos Normativos: Separação de Poderes, Poder Legislativo e Interpretação do CF 52 X.** In Revista de Informação Legislativa Brasília a n47 n187.JUL/SET,2010.p193-199.

¹² STF é a sigla da corte constitucional brasileira, sendo essa sigla utilizada neste sentido a partir deste parágrafo.

¹³ Efeito *erga omnes* é um efeito jurídico que se projeta de uma decisão judicial para todas as pessoas. Efeito vinculante é o que vincula a compreensão dada pelo Tribunal judiciário a todo o judiciário e a administração. O efeito *ex tunc* é o efeito dado a decisão que se protraí ao tempo da criação do ato normativo considerado inconstitucional, sendo a regra no controle tipo difuso. Há porém, exceções .

coisa julgada material. (BERCOVICI, 2013, p. 305-325). Uma espécie de autonomia e protagonismo em que a corte constitucional se superpõe aos poderes.

Sua indiferença a tais aspectos não é declarada. Assim, não se cogitam de razões práticas eficientes à demanda subjetiva, ao acesso à jurisdição constitucional. Talvez em outra situação lhe fosse garantida validade com a interposição do poder legislativo, no caso o Senado, porquanto poder legitimado pelo voto popular (NERY JR, 2010, p.139-199). Como observado por Nery Jr (2010, p193-199), os efeitos, marcadamente extensivos protagonizados na referida ação, não respeitaram sequer a expressão literal do texto, solapando os limites da jurisdição em plano constitucional. Por outra parte, as opiniões declaradas por alguns dos ministros da corte e transcritas pelo autor citado defendem esse modo de operar.

É de se indagar, todavia, qual a força normativa da constituição, como questiona Nery Jr. (2010, p. 193-199), ao refutar a racionalização daquela Corte constitucional. Aquí, faz-se coro com essa crítica para também questionar qual a força normativa do povo constituinte, cuja competência de guardião de sua soberania igualmente serve de fundamento constitucional.

Por outra parte, a própria discussão e o quórum de votantes da corte podem exercer essa política de dominação absoluta dos direitos, por intermédio da jurisdição última, sobre a qual não cabe qualquer controle? ¹⁴

Adeodato, ao analisar os problemas de discursos na dogmática, reforça que existem problemas análogos no âmbito da dogmática constitucional que envolvem contradições e ambivalências (2006, p. 231). Mais uma vez, a doutrina expõe a manipulação decisória em situação de incoerência, apesar dos discursos em prol da coerência e racionalidade. O mencionado jurista, sobre o artigo 52, X, explica que o STF sempre oficiou ao Senado para que este órgão emitisse Resolução sobre a lei considerada inconstitucional no controle incidental, porém “[...] até meados de 1974, quando o parecer do ministro Rodrigues Alckmin inicia a posição do STF, hoje dominante, no sentido de não officiar ao Senado”. No entanto anotou o filósofo que a corte referenciada adota posição diametralmente oposta à posição identificada como dominante. E cita o mandado de injunção no Recurso Extraordinário, no.116.121-3/SP. São estas suas palavras.

[...] a posição contraditória de que o art.52, X, é obsoleto e de cunho meramente histórico, tomando por base uma “concepção de separação de poderes hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada”, para depois se afirmar que a

¹⁴ Veja-se também a análise feita por Igor de Araújo Vilella, sob o título: **Análise do Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4335-5/AC**. Em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14679. Acesso em 21.02.2017.

tese, já comentada acima, segundo a qual o STF deveria decidir , excepcionalmente com efeitos genéricos, sobre o mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais” e configuraria uma prática que” não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de poderes e com o princípio da democracia.”

Essa observação vem ao encontro do sentir deste trabalho, por transparecer que, junto com o interesse de diminuir demandas em que incidentalmente se questiona lei inconstitucional, há também interesses em disciplinar o âmbito de efetividade de alguns direitos e garantias para alguns segmentos sociais. Isso já é feito com o Mandado de Injunção, sobre o qual recai uma compreensão que se contrapõe ao entendimento evocado na Constituição vigente. Tal garantia expõe o atuar político para além da política constitucional, permissivo aos poderes descumpridores dos seus deveres constitucionais

Essa práxis reaparece em outros julgados e contradita o papel do STF de guardião constitucional, tornando-o um mito questionável. Assim, ao mesmo tempo em que seu poder se estende, invadindo esferas fora de sua competência, a sua função de "otimizador" no âmbito dos direitos fundamentais resvala, em muitas oportunidades, com sua própria omissão desse dever.

Isso porque permanece o ativismo exceptivo como " jogo particular" a que Pierre Bourdieu se refere em uma específica entrevista sobre o campo político do microcosmo social do Direito. Em suas palavras: “[...]as condições sociais do funcionamento do campo político é como um lugar em que certo número de pessoas, que preenchem as condições de acesso, jogam um jogo particular do qual os outros estão excluídos”.¹⁵ Nessa mesma entrevista, Pierre Bourdieu apresenta uma alternativa a esse jogo que é o contra poder.¹⁶

No âmbito do Direito, a teoria crítica, que, em sentido amplo, significa uma leitura dialética e inspirada em Marx, avança ao desocultar as ideologias presentes nos atos humanos praticados no exercício de poder. É dizer, ao desocultar as exclusões do campo político, investiga a presença da luta de classe. Pois, ainda que se compreenda os direitos fundamentais como uma metódica na redistribuição do poder político (BARRAGÁN, ROMERO e SANZ,

¹⁵ **Entrevista de Bourdieu a Philippe Fritsch.** Rev. Bras.Ciênc.Polít. no.5 Brasília Jan./July 2011. Capturada em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522011000100008 Data:20/02/2017

¹⁶ Philippe Fritsch ao entrevistar Bourdieu sobre o tema do “campo político” ouve do sociólogo sua explicação de microcosmo social, numa referência feita ao Direito: “[...]é um conceito aparentemente muito próximo da intuição ordinária [...] permite construir de maneira rigorosa essa realidade que é a política ou o jogo político[...].e, como todos sabem, nas ciências sociais, a comparação é um dos instrumentos mais eficazes, ao mesmo tempo de construção e análise.[...] Nele se encontrara um grande número de propriedades, relações, ações e processos[...] um campo é um microcosmo autônomo”. Rev. Bras.Ciênc.Polít. no.5 Brasília Jan./July 2011. Capturada em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522011000100008 Data:20/02/2017.

2011, p. 185-205), a teoria crítica percebe a obstrução aos vulneráveis, segmentos mais carentes da implementação dos direitos fundamentais.

De fato, a redistribuição de poder político, tendo como anteparo as conquistas sociais da humanidade, desenha um modelo de resistência e de correção no âmbito das decisões político-constitucional. Afinal, as lutas em prol da democracia pós-ditatorial têm suas materialidades históricas atestadas nas novas constituições latino-americanas. Mas esse atestado somente é legítimo e eficaz com o exercício do direito político de controle social que melhor dá sentido político aos direitos e que com aqueles se entremeia.

3 Servos da política ou guardiões da Constituição?

Desde o início da movimentação política que culminou no processo de *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff, e principalmente após a sua remoção, o povo brasileiro vem vivenciando uma série de medidas governamentais que, a par de um discurso pautado na questão econômica, na governabilidade e na “modernização legislativa”, está atingindo direitos sociais historicamente conquistados.

É exemplo dos mais expressivos dessas medidas de contenção e de restrição dos direitos fundamentais sociais no Brasil a promulgação da Emenda Constitucional 95/2016, resultado da aprovação das PEC’s 241/55, que implementou o teto para os gastos públicos federais.

Ainda que com o objetivo eufemístico de “instituir um novo regime fiscal no âmbito dos Orçamentos fiscal e da Seguridade Social da União”, a referida emenda estatuiu um novo regime fiscal restritivo com vigor para os próximos 20 (vinte) anos, a contar da data de sua promulgação. Na prática, a emenda já está sendo responsável pelo refreamento de gastos e investimentos públicos, impactando negativamente nos serviços públicos sociais, a exemplo dos serviços de educação e saúde públicas, e atingindo com mais gravidade os mais necessitados.

A “exceção” ou o “estado de exceção” já não se identifica somente com os inabituais períodos de guerra interna e externa, mas também, como bem acentua Zedán, com “[...] as legislações que restringem de maneira considerável os direitos dos cidadãos que o modelo de Estado democrático liberal prometia resguardar [...]” (ZEDÁN, 2013, p. 50). Nesse sentido, a referida Emenda Constitucional 95/2016 se encaixa no exato termo da “exceção” proposta. Não obstante, a afirmação de Marcela Chahuán Zedán restaria intocável não fosse ela cotejada sob a perspectiva do exercício da atividade jurisdicional no atual momento do constitucionalismo brasileiro.

É que afastada a produção do direito exclusivamente mediante lei, mesmo que mantida, em tese, o monopólio estatal de produção normativa (ótica monística), reconhecendo igualmente o Judiciário enquanto fonte para a produção de normas jurídicas, tem-se de igual modo na atividade jurisdicional a potência necessária não só para reconhecer direitos fundamentais, mas também para restringi-los. Acrescentada a essa força um *modus operandi* cuja produção jurídica depende muito da convicção pessoal do julgador, o que demonstra a tradição opinativa e personalista do Judiciário brasileiro (RODRIGUEZ, 2013, p. 15), pode-se pensar agora em uma identificação da “exceção” proposta com a prática judicial.

O excepcional da atividade jurisdicional acaba, nesse contexto, por se desdobrar na junção do reconhecimento da produção normativa judicial, na tradição opinativa do Judiciário brasileiro e no forte elemento ideológico presente no intérprete/aplicador, cuja formação, na sua maioria, repousa sobre a perspectiva econômica capitalista (CARMO; LIMA; QUEIROZ, 2016, p. 151-163). Dão contornos finais, ainda, a tendência neoconstitucional que fomenta uma espécie de “liberdade criativa do juiz” na solução judicial e a fé quase pueril na chamada autocontenção judicial, que seria o principal instrumento de contenção ou de controle dos excessos praticados pela magistratura.

Diante de um cenário tão propício, como exigir do Judiciário o respeito ao texto constitucional se a ele se concede como limite, enquanto intérprete na solução constitucional, a sua própria imagem, o seu próprio senso de limite?

Nesses termos, como enxergar compatibilidade de tamanha liberdade, encenado por expressões como “decido conforme minha consciência” e “liberdade criativa do intérprete”, com a perspectiva de Estado desvelada pelos princípios republicano e democrático?

Não à toa se credita ao Judiciário brasileiro o exercício de um ativismo judicial particular, um ativismo judicial “à brasileira” (VERÍSSIMO, 2008, p. 407-440), que, nas palavras de Bercovici, tem servido ao ativismo ampliado dos tribunais “[...] muito mais para preservar a ordem de mercado e limitar o poder de atuação do Estado do que para garantir ou ampliar direitos fundamentais [...]” (BERCOVICI, 2013, p. 335).

O livre exercício do poder político por membros do Judiciário, camuflado sob a irreal perspectiva humanitária desse modelo de ativismo, acaba por promover inautêntica premissa de que Judiciário não é Estado, sendo este (Executivo e Legislativo) o grande vilão das mazes que atingem a sociedade brasileira, enquanto aquele, virtuoso e partidário do povo, luta em favor dos mais cândidos interesses, dramatizando-se, com isso, um falso conflito maniqueísta Judiciário/Estado, aliás, que muito se assemelha àquele aparente conflito protagonizado entre Estado e Mercado, tão duramente criticado por Jessé Souza (2015).

Apartado da noção de Estado, o qual seria responsável pela epidêmica corrupção e pela inefetividade constitucional, e se apresentando como líder providencial, iluminado, o Judiciário brasileiro, convencido do propósito de corrigir a ordem vigente das coisas, vem patrocinando desvios ao atual modelo constitucional democrático.

A decisão proferida por uma juíza de primeiro grau do estado do Rio de Janeiro reflete bem essa tendência autossuficiente do Judiciário brasileiro. A referida magistrada determinou uma espécie de “busca e apreensão coletiva” em residências situadas na comunidade Cidade de Deus, ou seja, sem que houvesse na sua decisão a discriminação específica sobre quais residências deveria a polícia vasculhar, sob a justificativa de que “em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública [...]”¹⁷.

Ciente da anomalia de sua decisão, a juíza justifica-se, com aparente naturalidade, estar-se diante de algo extremo que, por isso, reclamaria medida igualmente excepcional. E como toda exceção, colocou-se à margem da democracia constitucional, contrariando direitos e garantias fundamentais dos moradores daquela comunidade, postando-se como constituinte ao adotar prática não inclinada com os preceitos da nossa Constituição e ignorando a soberania popular regente numa democracia, ao declarar de próprio punho a ocorrência de um estado de necessidade extremo.

Situação que se enquadra nesses desvios aqui apontados foi a decisão do juiz federal Sérgio Moro que determinou a prisão temporária de investigados no transcurso da operação policial largamente conhecida como “Operação Lava Jato”.

A lei que dispõe sobre o instituto da prisão temporária (Lei n.º 7.960/89), espécie de prisão cautelar admitida no direito penal brasileiro, prescreve, no artigo 2º, a necessidade de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público para a sua decretação pelo juiz¹⁸. Por se tratar a prisão de uma exceção à liberdade e o instituto da prisão temporária uma exceção à presunção de inocência (ou ao princípio da não culpabilidade), a deci-

¹⁷ O fato foi amplamente noticiado, a exemplo de: FÁBIO, André Cabette. Busca e apreensão coletiva: o debate sobre o estado de exceção no Rio. *Jornal Nexo*. 30 nov. 2016. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/30/Busca-e-apreens%C3%A3o-coletiva-o-debate-sobre-o-estado-de-exce%C3%A7%C3%A3o-no-Rio>>. Acesso em 15 fev. 2017. Ver ainda: Mandado de busca “coletiva” na Cidade de Deus e desocupação “com força policial” na UFRJ, judiciário em ação. *Esquerda Diário*. 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.esquerdadiario.com.br/Mandado-de-busca-coletiva-na-Cidade-de-Deus-e-desocupacao-com-forca-policial-na-UFRJ-judiciario-em>>. Acesso em: 15 fev. 2017; CORRÊA, Hudson. Justiça autoriza revista coletiva em favela do Rio. *Revista Época*. 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2016/11/justica-autoriza-revista-coletiva-em-favela-do-rio.html>>. Acesso em 15 fev. 2017.

¹⁸ Veja-se o que diz o dispositivo: “Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

são que a decreta deve estar revestida de todos os cuidados, principalmente quanto ao que dispõe o legislador infraconstitucional e o Constituinte.

No caso em análise, a autoridade policial requereu a prisão preventiva de investigados na operação policial “Lava Jato”, contando com manifestação favorável do Ministério Público Federal. Diferente da temporária, a prisão preventiva, prevista no artigo 312 do Código Processual Penal, é instrumento processual que pode ser utilizado pelo magistrado durante um inquérito policial ou em uma ação penal, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua fundamentação.

Permite-se ao magistrado a decretação da prisão preventiva de ofício, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Penal. Quanto à prisão temporária, como já afirmado, sua decretação *ex officio* não é admitida, ou seja, só poderá o juiz se manifestar a respeito de sua aplicação quando efetivamente requerida pelo Ministério Público ou por autoridade policial.

O juiz Sérgio Moro, diante do requerimento da prisão preventiva, assim se manifestou:

Entretanto, reputo nesse momento mais apropriada em relação a eles a prisão temporária, como medida menos drástica, o que viabilizará o melhor exame dos pressupostos e fundamentos da preventiva após a colheita do material probatório na busca e apreensão.

É certo que, no curto prazo da temporária, será difícil o exame completo do material pela Polícia, mas é possível que verificações sumárias, aliadas aos depoimentos dos investigados joguem melhor luz sobre o mundo de sombras que encobre a sua atividade¹⁹.

Diante do trecho acima transcrito, pode-se chegar a algumas conclusões: a) o magistrado não vislumbrou os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva. Tanto é verdade que se utiliza da prisão temporária para viabilizar “[...] o melhor exame dos pressupostos e fundamentos da preventiva [...]”;

b) ainda que tenha optado pela prisão temporária, afirma que a razão que o levou a decretá-la (“exame completo do material pela Polícia”, aqui possivelmente fazendo referência ao material probatório coletado na busca e apreensão) seria de difícil realização, motivo pelo qual não se entende por que o magistrado, mesmo ciente da baixa efetividade da medida, ainda assim resolveu decretá-la, em nítida depreciação do direito fundamental à liberdade de ir e vir.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, através do Habeas Corpus 360.896. Ao analisar o ato praticado pelo juiz Sérgio Moro, o Ministro relator Felix Fischer afirmou, à toda evidência, não haver qualquer postulação de prisão temporária por autoridade competente:

¹⁹ Decisão transcrita na íntegra do seguinte endereço eletrônico: <https://jota.info/docs/o-despacho-de-sergio-moro-com-a-ordem-de-prisao-de-joao-santana-22022016>, com acesso em 15 ago. 2017.

De maneira que o magistrado singular atuou **de ofício**, quando **não lhe era dado assim proceder**, cumprindo dizer que tal direcionamento legislativo, sobre ser vedada a decretação de prisão temporária **ex officio**, deriva justamente da conformação dada pela legislação processual brasileira ao sistema acusatório, em ordem a que, quando se trata ainda da fase investigatória, **observe o juiz uma certa contenção**.

Não há, de outra parte, uma relação de continência entre a prisão preventiva e a prisão temporária, como se essa última se revelasse um **minus** diante daquela.

O argumento, de resto simplista, de que “quem pode o mais, pode o menos”, não vinga diante de modalidades de prisão distintas, seja quanto aos objetivos, seja quanto aos prazos, e, bem assim, evidentemente, quanto ao modo de seu deferimento²⁰. (Grifou-se)

O Ministro relator ainda fez questão de reiterar, ao final de sua decisão, “[...] **a ausência de qualquer fundamento idôneo, do ponto de vista normativo [...], bem como a inexistência de qualquer aporte jurisprudencial ou doutrinário, que confortasse o entendimento peculiar do juiz [...]**” (grifou-se).

As palavras do magistrado de primeiro grau apresentaram vários sinais de que, no caso concreto, deveria ele optar pela contenção estatal, preservando os direitos fundamentais dos investigados. Não obstante, ainda que não enxergasse os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, conseguiu o magistrado ignorar pressuposto expresso da prisão temporária, e que também serve de limite à sua própria atuação: a obrigatoriedade de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público para a sua decretação.

Não se pode esquecer, ainda, a divulgação de conversas telefônicas da então Presidente da República Dilma Rousseff pelo referido magistrado de piso, em nome de um “bem maior” que, em tese, privilegiava o princípio da publicidade, mas que, a bem da verdade, renegava, de resto, toda a normatividade constitucional. Ainda que pudesse parecer, num primeiro momento, uma “generosidade republicana” do magistrado Moro, o ato praticado, porque à margem da ordem jurídica, revelou-se exceptivo, ilegal e autoritário.

Mais uma vez, fica demonstrado como uma única decisão, ainda que proferida por juiz de primeiro grau de jurisdição, consegue romper com regras basilares do modelo de Estado de Direito Democrático, sob o refúgio retórico inconsequente de que crises políticas e econômicas legitimam tomada de decisão excepcional. A autonomia individual de membros do Judiciário, que é pressuposto para manutenção de sua imparcialidade, não deve, a contrário senso, promover incertezas quanto à isenção política do julgador. A questão básica gira, no entanto, em saber se o aparente “benefício” alcançado supera os custos para a nossa democracia, e a

²⁰ Superior Tribunal de Justiça. Desistência no Habeas Corpus Nº 360.896 – PR; Relator: Ministro Felix Fischer; DJe: 16/08/2016.

resposta já se revela diante do estado de exceção ao Estado de Direito promovido por esse tipo de decisão.

4 À guisa de conclusão

Neste curto trabalho tratou-se do tema ativismo, o qual, em face das competências extensivas que o poder judiciário brasileiro vem adotando na sua práxis, denominou-se de ativismo exceptivo. Trata-se de uma expressão hiperbólica de um tipo especial de ativismo que se diferencia na perspectiva deste trabalho do que se vulgarizou como judicialização da política, embora que se reconheça que com esta se relacione muito próximo.

Ao fenômeno do aumento de casos políticos a serem apreciados na seara judicial atribuiu-se neste trabalho outros aspectos que não tocam diretamente ao ativismo projetado no desenvolvimento deste pequeno esboço que possui como foco o atuar do judiciário brasileiro na atomização que afeta a sua competência constitucional e com aparentes funções adjetivas que não lhe competem.

Considerados os contornos próprios do que seja o ativismo exceptivo, tratou-se de incluir o pensar de alguns juristas críticos a esse problema, seja para embasar o tema, seja para estabelecer um diálogo sobre o fenômeno sob outras perspectivas vistas à luz da teoria constitucional e de seu aporte interdisciplinar.

Conotou-se o protagonismo judicial com uma blindagem `acrítica da intersubjetividade e aos aspectos situacionais presentes nas decisões que não são jurídicos: com os apontamentos necessários que identificam deslocamento tópico do discurso em face dos casos e, ainda com a instrumentalizada neutralidade. Esta última, "invade" (aparentemente de modo obsequioso os demais poderes) quando no ativismo criticado sua interferência é divisada no tripé: sublimação do poder constituinte; violação da segurança jurídico-constitucional como política de proteção de direitos contra arbítrios do poder; neutralização da soberania do povo constituinte.

Esta última, apesar de ser ocultada no discurso veiculado na *construction* do juiz ou tribunal, utiliza recursos linguísticos externos à situação, de modo que a decisão é imune à crítica do leigo e a qualquer outro tipo de controle. O que significa que a extração de seus desígnios se faz com a compreensão da política e do direito político, conotados na decisão jurídica despolitizada.

Tais decisões refletem um monopólio jurídico e político da constituição em face do judiciário de maior instância que é o STF, responsável maior pelo direcionamento dado ao ati-

vismo exceptivo, o qual tem em importantes decisões "corrompido" o sistema jus-político da constituição quando sua jurisdição manipulada contra o sistema de valores expressos e não expressos na constituição referenciada se impõe, bem como na modulação de efeitos genéricos por essa corte ordenados e muitas vezes replicados na verticalizada orientação.

Diante dos casos aqui descritos, o fenômeno do ativismo exceptivo deságua em decisões que solapam o texto constitucional no âmbito dos direitos fundamentais e do seu sistema de valores, construindo em suas sentenças ou acórdãos normas autônomas ou deslocadas do contexto do direito constitucional, não como *error in iudicata*, mas como uma seleção política isolada e argumentada que contraria o processo constitucional brasileiro em face de sua historicidade político-material.

Tudo isso foi suscitado com questionamentos plausíveis de que o atuar do judiciário brasileiro frequentemente se situa como um atuar instrumental à política ordinária predominante e aos seus condicionantes materiais prevaletentes (econômicos, políticos, midiáticos, jurídicos etc.), externos à Constituição.

As decisões presentes amortecem as expectativas originadas das complexidades, ao tempo em que flexibilizam a esfera pública do poder judiciário brasileiro e submete à vontade e à consciência particular do juiz.. Trata-se de uma metódica que se impõe como um pressuposto de poder maior em direção a uma soberania *summa potestas*, examinada neste trabalho como um falseamento da realidade constitucional que confronta texto constitucional, poder constituinte, materialidade histórica e mesmo os demais poderes constituídos e societal.

Flagrantemente tendenciosos, os julgados projetam a parcialidade e os autocentrados pensamentos típicos do decisionismo, o qual, como visto, opera com o uso excepcional de fórmulas jurídicas exceptuantes à normalidade constitucional.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARRAGÀN, Vicente; ROMERO, Rafaele; SANZ, Jose M. El principio de distribución del poder político como guía de la autorregulación participativa. In. **Teoria Crítica dos Direitos humanos.** In Memoriam Joaquín Herrera Flores. Belo horizonte: Fórum, 2011, pp.185-205.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição In. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº.101, Jul./Dez., 2010.p7-36.

_____. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. In. **Lua Nova**. São Paulo. 88. 2013.p. 305-325

_____. Constituição e política: uma relação difícil. In. **Lua Nova**. São Paulo. n.º 61. 2004. p. 5-24.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARMO, Valter Moura do; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino. A ideologia como determinante da hermenêutica jurídica. In. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. UNISINOS, 8 (2), pp. 151-163, maio/agosto, 2016.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p182.

JESSOP, Bob. O Estado, o poder e o socialismo de Poulantzas como um clássico moderno. In. **Revista Sociologia e Política**. V.17, nº 33, pp. 131-144, Jun.2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARCUSE, Hebert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. Tradução de Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

MÜLLER, Friedrich. **Método de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, poder legislativo e interpretação do CF 52 X. In. **Revista de Informação Legislativa Brasília**. nº 47, n 187.JUL/SET, 2010, p193-199.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LeYa, 2015.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional, limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72_45-68>. Acesso em 16.02.2017.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. In. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2), p. 407-440, jul. /dez. 2008.

VILELLA, Igor de Araújo. Análise do voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na reclamação 4335-5/AC. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14679>. Acesso em 21.02.2017.

ZEDÁN, Marcela Chahuán. La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política. In. **Acta Bioethica (Universidad de Chile)**, Chile 19 (1), pp. 49-57, 2013.