

14. ATIVISMO JUDICIAL NA VANGUARDA DO CONSERVADORISMO NO BRASIL

Joana de Souza Machado

Alexandre Aguilár Santos

Anna Flávia Aguilár Santos de Oliveira

Lorena Reis Bastos Dutra

Lucas de Souza Oliveira

Marcos Felipe Lopes de Almeida

Mário José Bani Valente

Rafael Carrano Lelis

Talles Neves Silva Bhering

Palavras-chave: ativismo judicial; política; constitucionalismo popular.

O presente trabalho apresenta resultados parciais, posteriores à primeira edição deste Seminário, da pesquisa sobre ativismo judicial desenvolvida no âmbito do projeto de monitoria da disciplina Poder Judiciário e Política.

Adotando-se o método indutivo de abordagem, a pesquisa analisa recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e constrói diagnóstico de tendência de ativismo judicial de viés conservador do Tribunal. Por ativismo conservador entenda-se a, na semântica adotada pela pesquisa, a leitura construtiva da Constituição a qual restringe âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais, comparativamente à conformação presente no próprio texto constitucional e/ou à conformação construída pela própria jurisprudência brasileira.

A partir da crítica de Ingeborg Maus (2010) à atuação do Poder Judiciário como superego da sociedade, utilizada como um dos principais referenciais teóricos na presente fase da pesquisa, investiga-se como a prática dissimulada de ativismo, ora conservador, ora liberal, pode trazer restrições a direitos e garantias fundamentais.

Maus (2010) é fundamental no questionamento da crença da sociedade na instituição Poder Judiciário, problematizando as razões e consequências de se erigir este Poder ao patamar de bastião da moralidade social, fonte para o enquadramento do que deva ser compreendido como moralmente certo ou errado para a sociedade, supostamente órfã de quaisquer outras referências.

Inicialmente, faz-se necessário delimitar em que conceito de ativismo judicial essa pesquisa vai se pautar, já que o termo é utilizado em múltiplos sentidos, entre eles como sinônimo de judicialização da política. Adota-se, no ponto, uma diferenciação entre esses conceitos. A judicialização da política pode ser apontada como uma consequência da adoção de uma constituição substantiva e garantidora de direitos fundamentais, tal como se configura a Constituição cidadã de 1988. Sendo assim, é necessário e natural que ocorra a judicialização da política em muitos casos, especialmente por conta da ampla disponibilização de remédios constitucionais que apontam justamente para a solução de conflitos sociais diversos, incluídos os de natureza mais coletiva e de impacto político, pela via judicial. A judicialização da política, portanto, corresponde à tendência de se direcionar para o campo judicial conjunto de pautas antes solucionadas em outras vias.

O ativismo judicial, por sua vez, corresponde a um comportamento judicial não necessariamente moldado em resposta à tendência de judicialização, uma espécie de distorção da regular atividade jurisdicional, exorbitância, excesso de atuação do Poder Judiciário (MACHADO, 2008). Cuida-se da atuação judicial que busca um exclusivismo moral, o monopólio pelo poder de dizer o Direito em debates substanciais da sociedade.

A pesquisa realiza estudo de casos, entre os quais, o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o direito de greve, constitucionalmente consagrado (Art. 37, IV). No dia 27 de outubro de 2016, o Plenário do Tribunal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 693456, com reconhecida repercussão geral. Por meio desse recurso discutiu-se a constitucionalidade do desconto de dias sem atividade laboral em razão de greve de servidor público.

O Plenário, por seis votos a quatro, concluiu que a Administração Pública não apenas pode, mas deve proceder ao corte do ponto dos trabalhadores e trabalhadoras grevistas, com a possibilidade de compensação dos dias mediante

acordo. O tribunal transformou o desconto em regra na greve do servidor público e a única exceção se daria na hipótese de greve motivada por conduta ilícita do Poder Público. O voto do Ministro Fux sinaliza motivação conjuntural para essa linha majoritária de decisão da Corte ao fazer referência ao momento de crise pelo qual atravessa o país, no qual se avizinham deflagrações de movimentos grevistas. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, atacou o exercício do direito de greve nas universidades públicas, pela periodicidade com que seria acionado, reputando-o ilícito.

Apesar da grande convergência entre Ministros e Ministras, a pesquisa ressalta alguns pontos relevantes de divergência. Ministro Fachin ponderou que o direito de greve não pode ser atrelado à renúncia de pagamento justamente porque a greve constitui o principal instrumento de reivindicação por melhores condições de trabalho junto ao Estado. Outros Ministros como Lewandowski e Marco Aurélio problematizaram a imposição judicial de requisitos ao exercício de um direito constitucionalmente previsto e conformado de modo amplo pelo texto constitucional sem sequer a existência de uma lei que lhe restrinja o âmbito de proteção.

A decisão em comento produz verdadeiro esvaziamento do direito de greve no exato momento em que se articulava, junto a ocupações estudantis, uma greve geral nos serviços públicos, em protesto contra pacote de medidas propostas pelo Poder Executivo que afetam serviços essenciais como saúde e educação. Trata-se de mutilar a principal ferramenta histórica de luta e consequente conquista de direitos e garantias. A partir de uma leitura amplamente descolada do texto constitucional, o Tribunal não só restringe um direito fundamental, que é o direito de greve, como, assim procedendo, põe em xeque a possibilidade de defesa e avanço quanto a outros direitos e garantias. Tem-se, assim, ativismo judicial que se coloca na vanguarda do conservadorismo que encontra cada dia mais espaço na cena política do país.

Confiantes na superioridade moral da instituição Poder Judiciário em contraste a outras, permitimos que assumisse o papel de superego da sociedade e avançasse sobre supostos vácuos de poder abertos pelo legislativo e executivo, imiscuindo-se cada vez mais no jogo político. Os resultados obtidos via ativismo judicial progressista (afirmativo de direitos de minorias representativas) foram inadvertidamente celebrados, com total descuido da via perigosa utilizada para atingi-

los. A pesquisa procura demonstrar que o entusiasmo verificado ao longo da fase do ativismo progressista ou liberal da Corte conduziu à naturalização desse comportamento judicial e à passividade diante de um ativismo que agora nos retira direitos.