

DA CAPACIDADE DE INOVAÇÃO NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO*

Rafael Laffitte Fernandes**

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson***

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2015

Fecha de evaluación: 13 de junio de 2016

Fecha de aprobación: 24 de octubre de 2016

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2720>

Forma de citación: Laffitte, R. & Rosso, R. (2017). Da capacidade de inovação normativa do poder judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 39, 11-28. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2720>

Resumo

Este texto tem como objetivo analisar o atual papel do poder judiciário na estrutura dos poderes da República Federativa do Brasil. A proposta é analisar a crescente atuação do poder judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, dentro do que se convencionou chamar de ativismo judicial. A pesquisa em tela, utilizando uma metodologia de análise qualitativa e usando abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, analisará casos concretos decididos pelo poder judiciário brasileiro e suas implicações no arranjo político-institucional brasileiro, ponderando sobre a legitimidade do ativismo judicial.

Palavras-chave:

Poder judiciário, ativismo judicial, judicialização, limites, implicações.

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

** Professor Efetivo de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN) - Campus Natal (Central). Professor-Instrutor do Curso de Gestão e Apuração da Ética Pública, promovido pela Comissão de Ética Pública da Presidência da República em parceria com a Escola de Administração Fazendária (Esaf). Pesquisador na área de Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Ética pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela Universidade Potiguar. Correio eletrônico: Rafael.laffitte@ifrn.edu.br

*** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara. Correio eletrônico: rocco.nelson@ifrn.edu.br

DE LA CAPACIDAD DE INNOVACIÓN NORMATIVA DEL PODER JUDICIARIO: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

Resumen

Este texto tiene como objetivo analizar el rol actual del poder judicial en la estructura de los poderes de la República Federativa de Brasil. La propuesta es estudiar la creciente actuación del poder judicial, en especial del Supremo Tribunal Federal, dentro de lo que se llama activismo judicial. La investigación en cuestión, utilizando una metodología de análisis cualitativa y usando el abordaje hipotético-deductivo de carácter descriptivo y analítico, examinará casos concretos decididos por el poder judicial brasileño y sus implicaciones en el arreglo político-institucional brasileño, ponderando sobre la legitimidad del activismo judicial.

Palabras clave:

Poder judicial, activismo judicial, judicialización, límites, implicaciones.

ABOUT THE CAPACITY OF REGULATORY INNOVATION OF THE JUDICIAL POWER: AN ANALYSIS FROM THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Summary

This text aims to analyze the current role of judicial power in the structure of the powers of the Federal Republic of Brazil. The proposal is to study the growing performance of judicial power, particularly of the Supreme Court, within what is called judicial activism. The research in question, using a qualitative methodology of analysis and using the hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical character, will examine specific cases determined by the Brazilian judicial power and its implications in the Brazilian political-institutional arrangement, pondering about the legitimacy of judicial activism.

Key words:

Judicial power, judicial activism, judicial process, limits, implications.

Introdução

Em 5 de outubro de 1988, surgia a nova Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Fruto do trabalho de 559 parlamentares, a nova Carta Magna tinha como objetivo redemocratizar o país após longo período de ditadura militar.

O então Deputado pelo PMDB/SP¹, Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ao discursar quando da promulgação da nova Constituição, chamou-a de

“Constituição Cidadã”, “documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil” (Chagas e Lourenço, 2008), tendo em vista que a Constituição de 1988 foi elaborada com o intuito de documentar e assegurar direitos que garantiriam uma cidadania eficaz e ativa.

O texto constitucional, consagrando a teoria da tripartição dos poderes, aduz, em seu art. 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ao longo do seu corpo, a Carta Magna deixa claro que não adotou uma divisão rígida na função da cada poder, permitindo que

¹ Partido do Movimento Democrático Brasileiro.

um determinado poder exerça, além da função típica, as chamadas funções atípicas.

Assim, o poder legislativo, além de exercer sua função típica (legislar e fiscalizar o poder executivo), tem atribuições executivas (realiza licitações e concursos públicos, por exemplo) e judiciais (o Senado julga diversas autoridades acusadas de crime de responsabilidade); o poder executivo, cuja função típica é administrar, pode editar medidas provisórias que têm força de lei (ato de caráter legislativo, portanto), bem como emite decisões em processos administrativos (ato de natureza judicial); o poder judiciário, por sua vez, além de julgar (sua função típica), tem funções atípicas legislativas (na elaboração dos Regimentos Internos dos Tribunais) e executivas (realiza licitações e concursos públicos, etc.).

Percebe-se, portanto, que cada poder, através de funções típicas e atípicas, tem a responsabilidade de promover a solidificação dos direitos fundamentais. A noção clássica do papel do poder judiciário assevera que a função do juiz é aplicar a lei ao fato concreto, lei está fruto do trabalho do poder legislativo.

Os magistrados seriam a “boca da lei”, como disse Montesquieu (2007)². Posteriormente, aos juizes foi reconhecido o direito de interpretar as leis, mas dentro da lógica jurídica estabelecida pelo Parlamento. Com o passar do tempo e o surgimento do controle de constitucionalidade,

o poder judiciário, em diversos países, recebeu autorização constitucional para funcionar como “legislador negativo”, podendo invalidar leis e atos dos demais poderes que contrariassem a Constituição³.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) inclusive é explícito ao dizer que a ele não cabe o papel de legislador, como se depreende da súmula 339/STF: “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. No julgamento do mandado de segurança 22.690, o ministro Celso de Mello explicita:

“Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário –que não dispõe de função legislativa– passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um

² “Na linha do positivismo clássico, não é possível aceitar que o juiz possa aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto e que, ao contrário, exija do intérprete margem de subjetividade para a definição do seu significado. A aplicação ou a declaração da regra, própria da jurisdição daquela época, não se concilia com a atribuição de significado que caracteriza a metodologia dos princípios. O positivismo clássico, temendo que os princípios pudessem provocar uma profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais –o que também acarretaria incerteza quanto ao significado do direito–, concluiu que a atividade com os princípios deveria ser reservada a um órgão político, já que não se amoldava com a função que era esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo” (Marinoni, 2007, p. 49).

³ “(...) é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se como o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão, passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito” (Streck, 2009, p. 52).

sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes (STF. Pleno. MS/CE 22.690. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-97, DJ de 7-12-06, p. 36).

Entretanto, tem sido observado no sistema constitucional comparado que o poder judiciário tem rompido esse conceito clássico e se manifestado pró-ativamente em questões de alta relevância e impacto, como lembra Barroso (2013):

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo.

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e

analítico, buscar-se-á fazer um artigo de revisão quanto ao fenômeno do ativismo judicial no âmbito do sistema normativo Brasileiro.

A. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial

A atuação recente do STF reacendeu o debate, no Brasil, em torno do chamado “ativismo judicial”. O STF tem, nos últimos anos, se pronunciado sobre diversos temas de grande relevo⁴: afirmou ser constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas (ADI 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004)⁵; julgou inconstitucional a chamada “cláusula de barreira”, que restringia direitos aos partidos políticos sem expressão (ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7/12/2006); autorizou a greve no serviço público (MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007); declarou constitucional lei que dava passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8/5/2008); vedou o nepotismo nos três poderes (súmula vinculante 13, aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008); determinou a fidelidade partidária (ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008); autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008).

Decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a ser ocupada apenas por grupos indígenas (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009)⁶; sentenciou pela inexigibilidade de diploma para o acesso e exercício da profissão de jornalista (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento

⁴ “A judicialização da política é uma realidade mundial que se verifica, naturalmente, com o surgimento das Constituições escritas e a necessidade de respeito às mesmas, em países eminentemente democráticos” (Sampaio, 2011, p. 421).

⁵ ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁶ PET: petição.

em 17/6/2009)⁷; reconheceu a união estável de casais homossexuais (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011)⁸; liberou a chamada “Marcha” pela legalização do uso da maconha (ADI 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011); declarou constitucional a “Lei da Ficha Limpa” (ADC 29, ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012); autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012); considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais (ADPF 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades. Assim lapida Cittadino (2002):

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas –seja em países europeus ou latino-americanos– e a consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas,

podemos compreender porque a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política” (p. 106).

I. Em busca de um conceito de ativismo judicial

Definir ativismo judicial é uma missão difícil, na medida em que existem diversas acepções para o termo, muitas vezes empregado em sentido pejorativo pelos seus críticos⁹. O ativismo judicial, em um sentido amplo, implica em um progressivo deslocamento, para o poder judiciário, de decisões que, *a priori*, não seriam de sua alçada¹⁰. Há, assim, uma mudança do papel do poder judiciário no arranjo político-institucional, que passa a ter uma posição proativa na efetivação de direitos fundamentais e concretização de políticas públicas¹¹.

⁹ “Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras” (Tassinari, 2012, p. 22).

¹⁰ Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um poder judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente (Tassinari, 2012, p. 25).

¹¹ “Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade

⁷ RE: recurso extraordinário.

⁸ ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade. Corrupção, política como sinônimo de defesa de interesses meramente partidários, bem como burocratização estatal, são três componentes sociológicos que corroboram para fortalecer o mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo e culminar na crescente judicialização das relações sociais (Teixeira, 2012, p. 38).

O ativismo seria, portanto, um “ir além” do poder judiciário em relação às suas funções típicas, o que ganhou força diante das exigências da democracia moderna, que exige do poder judiciário uma jurisprudência que rompa com a concepção rígida da separação dos poderes¹².

(...) se cabe ao Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) proteger a Constituição, também cabe a ele dar guarida aos direitos fundamentais. Por isso, a necessidade de repensar a sistemática jurídica da tripartição de poderes, de modo que o ativismo judicial e a judicialização da política sejam vistos como democraticamente legítimos, no compasso harmônico de uma nova hermenêutica e de um novo constitucionalismo-neoconstitucionalismo (Nelson e Medeiros, 2015, p. 160).

Apesar da dificuldade mencionada alhures, utilizar-se-á o conceito empregado por Barroso (2013):

intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes (...) (Teixeira, 2012, pp. 48-49).

¹² “O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, tudo decorre do exercício da jurisdição constitucional, que, não obstante tensões institucionais, no Estado Democrático de Direito, transforma-se na garantia da eficácia dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia” (Reis, 2012).

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (s. f.).

Deve-se frisar que ativismo judicial (gênero) não se confunde com judicialização da política e com a criação judicial do direito (espécies)¹³. A judicialização da política consiste em sentenças judiciais que substituem os atores políticos (legislativo e executivo) na tomada de decisões que seriam, *a priori*, naturais e exclusivas dos mencionados atores¹⁴. A criação judicial do direito, por sua vez, ocorre quando o poder judiciário, ao interpretar a norma, amplia seu sentido para abarcar situações que aparentemente não foram previstas pelo Parlamento.

¹³ “(...) há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno (...)” (Tassinari, 2012, p. 26).

“É imperioso perceber, entretanto, que judicialização e ativismo judicial, apesar de serem fenômenos jurídicos que guardam relação de proximidade, são termos que, a rigor, possuem significados distintos, uma vez que, naquele caso, a decisão judicial, sem alternativas, decorre do sistema, do modelo constitucional adotado, ao passo que, neste, há (...) uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (Reis, 2012).

¹⁴ Em sentido diverso do adotado nesse artigo: “(...) judicialização da política é um ‘fenômeno contingencial’, isto é, que insurge de determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais” (Tassinari, 2012, p. 26).

Para efeitos deste artigo, vamos considerar o processo de judicialização da política bem como da criação judicial do direito como modalidades do ativismo judicial, onde o poder judiciário realiza funções típicas de natureza política demais poderes (judicialização da política) ou inova criativamente no ordenamento jurídico (criação judicial do direito)¹⁵. Ademais, não queremos neste trabalho entrar em uma discussão que pode acabar no campo da semântica¹⁶.

II. Em defesa do ativismo judicial

O principal argumento a favor do ativismo judicial é que, diante da retração dos demais poderes, que falham na efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao poder judiciário, dentro da sua missão de guardião da Constituição, interpretar o texto constitucional de forma a extrair o máximo de sua efetividade, criando situações não previstas explicitamente na norma, mas que decorrem de valores implícitos no corpo constitucional. Pensamos que a atuação do poder judiciário em esferas atípicas decorre da somatória de vários fatores.

Em primeiro lugar cumpre lembrar que a Constituição Federal de 1988 determinou ao Estado a obrigação de satisfazer diversos direitos fundamentais, sendo missão do poder público, como aduz o preâmbulo da Carta Magna, “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a

liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Ao longo do texto constitucional encontra-se diversos dispositivos que reforçam o enunciado preambular: a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República (art. 1); a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República (art. 3); todos têm direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5); são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6); é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, inc. X).

A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170); o sistema financeiro nacional de ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade (art. 192); a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193); a seguridade social deve ter universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, inc. I); a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

A previdência social tem como objetivo resguardar o trabalhador (art. 201); a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (art. 203); a educação, direito de todos e

¹⁵ “(...) judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (Barroso, 2011, pp. 228-229). “(...) judicialização da política é uma atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos para mais uma rodada de decisão” (Paula, 2011, p. 294).

¹⁶ “No âmbito da doutrina brasileira, há certa dificuldade de, ao menos, fixar-se um acordo semântico do que seja o ativismo judicial, de modo que tal postura acaba revelando-se basicamente como uma exagerada interferência do judiciário na sociedade (protagonismo judicial) ou, então, termina sendo aleatoriamente invocada na tomada de decisões, através de critérios de conveniência. Por este motivo, muitas vezes resta impossibilitada a apresentação de uma necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política” (Tassinari, 2012, p. 128).

dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205); o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215).

É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (art. 217); o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218); todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225); a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226).

Em segundo lugar, o nosso modelo de controle de constitucionalidade ganhou relevante amplitude com a Constituição Federal de 1988. O STF, através da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a), bem como como através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), possui legitimidade tanto para anular atos inconstitucionais de todos os poderes, bem como pode determinar a ação destes quando a omissão violar direito constitucional. As decisões, nesses casos, “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, § 2º).

Em terceiro lugar, o movimento neoconstitucionalista ganhou força no Brasil, em parte impulsionado justamente pela descrença populacional nos poderes executivo e legislativo¹⁷. O citado

¹⁷ “Em um cenário político-institucional de elevada burocratização, de progressiva judicialização das relações

movimento prega uma maior valorização dos princípios constitucionais, através de uma leitura constitucional do direito positivo que, para ser aplicado, deve antes passar por uma filtragem valorativa constitucional¹⁸. Há uma aproximação do direito com a moral¹⁹.

sociais e de crescente distanciamento da relação entre Estado e indivíduo, o ativismo judicial positivo corrobora, em caráter de exceção, para a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição (...)” (Teixeira, 2012, p. 50).

¹⁸ “A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos” (Barroso, 2006, pp. 37-38). “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si –com a sua ordem, unidade e harmonia– mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional” (Barroso, 2006, pp. 38-39).

¹⁹ “Com o Segundo Pós-Guerra, tornou-se evidente a insuficiência do positivismo. No plano epistemológico, caiu por terra a separação absoluta entre o sujeito e o objeto do conhecimento que embasava a defesa de uma descrição acrítica e asséptica do direito. Percebeu-se que a pré-compreensão do sujeito influi e ajuda a determinar o resultado de sua investigação. No plano filosófico, as experiências totalitárias do século XX tornaram evidente que o direito apto a assumir qualquer conteúdo pode ser o instrumento do arbítrio. O resultado disso foi a retomada do compromisso com a validade substantiva do direito-esquecido desde o declínio do pensamento jusnaturalistas.

Em razão disso, surgiram e desenvolveram-se diversas escolas de pensamento que defendiam a reaproximação entre direito e moral, em um movimento conhecido como ‘virada kantiana’” (Pires, 2011, p. 32). “A leitura moral propõe que todos nós –juizes, advogados e cidadãos– interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça (...)” (Dworkin, 2006, p. 2). “A constitucionalidade moderna promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito (...)” (Barrosob, 2011, p. 328).

Em quarto lugar, a Constituição Federal fortaleceu determinados órgãos que colaboram para que as omissões do Estado sejam levadas ao poder judiciário. O Ministério Público tem independência funcional, administrativa e financeira para proteger (através de ação civil pública, por exemplo) os interesses difusos e coletivos, além dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127-130). A Defensoria Pública, que também goza de independência funcional, administrativa e financeira, presta assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 134). As duas instituições constantemente têm levado ao poder judiciário demandas envolvendo a efetivação de direitos fundamentais e/ou correções dos atos dos gestores públicos.

Em quinto lugar, pode-se destacar que a Carta Política de 1988 prevê mecanismos de controle popular dos atos do poder público: garantiu a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. 5, LXXIII); tornou plena a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5, XVII), podendo tais associações fiscalizar a administração pública e, desde que regularmente criadas, têm legitimidade para interpor ações judiciais contra atos do poder público (inclusive, ações civis públicas, conforme a lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007); assegura o direito de impetrar mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5, LXXI).

Em sexto lugar, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Além disso, o inciso XXXV do artigo 5 aduz que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Constata-se, portanto, que o nosso modelo constitucional obriga o poder judiciário à, sempre que provocado, agir no sentido de efetivar os direitos fundamentais quando estes sofrerem uma violação.

Em sétimo lugar, certos temas envolvem questões polêmicas e, por terem um custo político muito alto para quem toma determinada posição sobre a matéria, não são decididas pelos poderes executivo e legislativo de forma proposital, já que estes têm receio da reação da opinião pública. Isto posto, essa inércia deliberada acaba, muitas vezes, levando ao poder judiciário, que não depende da vontade dos eleitores, a missão de solucionar tais questões.

Em oitavo lugar, a Carta Magna utiliza conceitos jurídicos indeterminados e polissêmicos (como por exemplo dignidade, função social, moralidade, ordem pública dentre outros), bem como a figura das cláusulas gerais²⁰, que podem ter

²⁰ “Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz” (Nery, 2008, p. 212). “Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da ratio decidendi, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico” (Martins-Costa, 1998, p. 8). “Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas

significados diferentes diante de cada caso concreto, o que estimula a atuação concretizadora do intérprete. Por fim, as minorias políticas, derrotadas no Parlamento, têm ajuizado ações no poder judiciário para que este assegure sua participação no processo político²¹.

III. Manifestação do ativismo no casuismo jurisprudencial

Todo esse cenário fortaleceu a atuação do poder judiciário, que se tornou extremamente atuante na concretização dos direitos fundamentais, deixando de ser apenas legislador negativo,

situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária” (Martins-Costa, 1998, p. 9).

²¹ “No mérito, salientando ter havido, na espécie, o preenchimento dos requisitos do § 3º do art. 58 da CF, concluiu pela afronta ao direito público subjetivo, nesse dispositivo assegurado, às minorias legislativas, de ver instaurado o inquérito parlamentar, com apoio no direito de oposição, legítimo consectário do princípio democrático. Ressaltou, ademais, que a ocorrência da lacuna normativa no texto do regimento interno do Senado Federal não seria óbice a que o Supremo, valendo-se dos meios de integração, sobretudo por força do disposto no art. 412, VI e VII, daquele diploma legal –o qual estabelece a competência da Mesa para decidir, nos casos omissos, de acordo com a analogia, bem como preserva os direitos das minorias–, suprisse essa omissão por aplicação analógica de prescrições existentes no âmbito do próprio legislativo da União, quais sejam, o art. 28, § 1º e art. 9º, § 1º, dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional, respectivamente, que prevêm solução normativa para situações em que os líderes partidários deixem de indicar representantes de suas próprias agremiações para compor comissões (...)” (STF, 2005, Informativo 386).

tendo a jurisprudência um papel criativo e não é mera subsunção dos fatos à norma escrita. No julgamento da ADI 3.510 (células-tronco embrionárias), assim se manifestou o Min. Gilmar Mendes em seu voto:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (...) Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional²².

No julgamento do mandado de injunção 721/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/08/2007) o STF disse ser dever do judiciário, tendo em vista o art. 5º, LXXI e seu §

²² STF. Pleno. ADI 3.510/DF. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-05-2008, DJ de 28-05-2010.

1º, da Constituição Federal, “não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, cabendo ao poder judiciário “viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador”²³.

Percebe-se, assim, que o STF não mais se contenta com o chamado “apelo ao Legislador”, onde o poder judiciário, apenas, declara a mora do Parlamento, recomendando que este faça a legislação cuja ausência impede o exercício pleno de determinado direito fundamental. A ideia de “apelo ao Legislador” é uma decorrência natural da teoria da separação dos poderes, na medida em que o poder judiciário não pode, em tese, obrigar o poder legislativo à legislar, determinando o trancamento da pauta do mesmo até que a legislação seja elaborada. Todavia, o poder judiciário, diante da omissão do Parlamento, tem solucionado as lacunas legislativas através de decisões que preenchem o vácuo legislativo. Destaca-se dois exemplos.

O primeiro é o caso da greve no serviço público. A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VII, aduz que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Trata-se de norma de eficácia limitada, ou seja, enquanto não sobrevier a lei de que trata o inciso, os servidores públicos teoricamente ficam impedidos de exercer o direito de greve. Tendo em vista que o poder legislativo nunca editou a citada lei, o STF, ao julgar o mandado de injunção 708, decidiu que a omissão do Parlamento em regulamentar a matéria era tal que cabia ao poder judiciário agir no caso, tendo o STF decidido pela aplicação da Lei Geral de Greve (lei 7.783/89) aos servidores públicos enquanto não surgir a lei específica do art. 37, inciso VII:

Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do

²³ STF. Pleno. MI 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 27-10-2007, DJ de 31-10-2008.

direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). (...) Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão somente no sentido de que se aplique a Lei 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

O segundo exemplo foi o caso discutido na ADPF 54, que tratava da autorização para a interrupção da gravidez de feto anencefálico, é um claro exemplo que envolveu o debate acerca do neoconstitucionalismo e da legitimidade do poder judiciário para atuar como legislador positivo. O art. 128 do Código Penal apenas autoriza o aborto em duas hipóteses: se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) e se a gravidez resulta de estupro. O STF autorizou o aborto no caso objeto da ADPF. O relator, ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, afirmou:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa

humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (...) Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, lembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo –o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado–, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República (STF, 2012, Informativo 661).

A citada decisão foi vista como uma decisão ativista, no sentido de que criou uma terceira hipótese de aborto autorizado, o que deveria ter sido feito pelo Parlamento, como ressaltaram, inclusive, os votos vencidos dos demais ministros. O ministro Ricardo Lewandowski disse que “Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos” (STF, 2012, Informativo 661). O outro ministro vencido, Cezar Peluso, aduziu:

Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão. (...). Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional. (...). É o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade, e tem motivos para fazê-lo.

A ministra Ellen Gracie, que em questão de ordem²⁴, votou pelo não conhecimento da ação. Explanou em seu voto:

O que vem ao crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos que, ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal. A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete desses projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04 e outro, em regime

²⁴ Na questão de ordem foi discutido se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) deveria ser conhecida pelo Tribunal, não sendo julgado o mérito da ação. O julgamento da questão de ordem ocorreu em 27 de abril de 2005. O mérito da ação foi julgado apenas em 11 de abril de 2012.

de tramitação ordinária, aguarda parecer. (...) Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sustentação oral pelo eminente Professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como “atalho fácil” para a obtenção de resultado –a legalização da prática do abortamento– que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar (STF, 2012, Informativo 661).

Percebe-se, assim, que para o STF, a questão central não é se o poder judiciário pode ou não inovar o ordenamento jurídico, criando judicialmente o direito, mas de definir os casos em que isso seja realmente necessário. No caso em questão, os votos vencidos deixaram claro que a questão analisada deveria ser debatida primeiramente no âmbito do Parlamento, local que teria legitimidade democrática para resolver o tema. Os votos vencedores afirmaram que o Parlamento teve tempo para fazê-lo, mas não o fez, autorizando o poder judiciário a intervir.

IV. O desenvolver de um pensamento crítico sobre o ativismo judicial

O ativismo tem sido alvo de críticas²⁵, dentre as quais a que, se o ativismo judicial é aplicado sem critérios definidos, temos o risco de substituímos os agentes políticos –que são eleitos pelo povo– pelos magistrados, que não exercem mandato com representatividade popular e, por isso, não teriam legitimidade para praticar atos que seriam, em tese, dos demais poderes, vilipendiado, de tal sorte, o princípio da separação dos poderes²⁶.

²⁵ “Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos. Os exemplos, em nossos tribunais, apresentam-se aos borbotões 38. Talvez, o mais maléfico deles seja as liminares que concedem internações em hospitais que não possuem vagas. O juiz decide, ‘juridicamente’ um problema de política pública: leitos escassos para pacientes em demasia” (Reverbel, 2009, p. 9).

²⁶ “Quando observamos *prima facie* a temática atinente ao ativismo judicial, uma das primeiras questões que costuma saltar aos olhos é uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes. Muitos críticos procuram se centrar nesse argumento para tentar retirar a legitimidade do fenômeno em questão, sustentando que ele seria por si só ilegítimo e inconstitucional. Entretanto, o problema vai muito além de uma ofensa ao princípio constitucional da separação de Poderes: estamos diante de uma confusão conceitual e funcional entre Direito e Política. O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia –progressiva burocratização– do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política” (Teixeira, 2012, pp. 41-42).

“Ressalta-se, por necessário, que essa ampliação no exercício da jurisdição constitucional, não quer significar invasão indevida do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, o que configuraria afronta à tripartição de poderes e ao princípio democrático. Até porque, resulta, lógica e naturalmente, de uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida nesse novo cenário

Destacam o fato dos juízes não responderem politicamente pelas suas decisões²⁷. Em caso de judicialização excessiva, os onze homens que compõem o STF se sobreporiam ao presidente da República e os membros do Congresso Nacional, eleitos por milhões de brasileiros como seus representantes. Gargarella (1996) resume bem a questão:

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular? (p. 11).

Ademais, enquanto a política trabalha com os binários governo/oposição e maioria/minoria, o direito trabalha com lícito/ilícito e legal/ilegal, como ressalta Campilongo (2011). Alega-se, também, que o movimento neoconstitucionalista,

quando radicalizado, tem levado a um “oba-oba” constitucional, em que toda e qualquer lei é pode ser relativizada pela interpretação do poder judiciário, transformando-o em um poder constituinte permanente e usurpando do poder legislativo a função constitucional de legislar.

O tema é extremamente complexo e atual e gira em torno da discussão sobre se tem o poder judiciário autorização constitucional para determinar políticas públicas e criar judicialmente o direito²⁸. Contraria a tais críticas lembra Barroso (2013, p.) que “a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial”.

Sendo a obrigação de edificar a cidadania uma função essencial do Estado, essa missão também é de responsabilidade do poder judiciário, principalmente quando há indolência dos demais poderes²⁹. Caso o poder judiciário apenas repetisse os ditames do Parlamento, a população continuaria refém das omissões estatais.

do Estado Constitucional Democrático de Direito (...)” (Nelson e Medeiros, 2015, p. 167).

“O ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade, tampouco com violação ao princípio da tripartição dos poderes e ao princípio democrático. Isso fica claro ao se perceber que a atuação da jurisdição constitucional não se efetiva exclusivamente por vontade do órgão jurisdicional. O Poder Judiciário segue o mandamento constitucional da inércia, determinando esse princípio que a atuação do Judiciário, no exercício da jurisdição, só será exercida quando for ele provocado” (Nelson e Medeiros, 2015, p. 167).

²⁷ (...) h) A recepção de um ativismo judicial à brasileira, portanto, acabou gerando uma série de problemas ao constitucionalismo no Brasil, como: h.1) a fragilização de uma teoria do direito voltada para as peculiaridades do contexto jurídico brasileiro (a partir da utilização de uma mixagem de teorias advindas de tradições jurídicas distintas); h.2) a perda da autonomia do direito em face do que Lenio Streck chama de ‘predadores externos’ do Direito, que consistem em decisões judiciais fundamentadas em critérios não jurídicos; h.3) e a defesa da discricionariedade, que elimina o compromisso democrático e a responsabilidade judicial na decisão das comendas jurídicas, o que se toma ainda mais preocupante em razão da caracterização de um cenário marcado por um imensa procura pelo Judiciário” (Tassinari, 2012, p. 131).

²⁸ “O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial). (...) O judiciário pode intervir –e deve– sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade (...). Isso se deve a um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário” (Streck, Barretto e Oliveira, 2009, p. 79).

²⁹ “Sem pretender um ‘governo de juizes’, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição da autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos super-poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas (...)” (Dobrowolski, 1995, p. 8).

Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sóciopolítica dos dias presentes. É compreensível uma Justiça “quase nula”, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade (...) (Dobrowolski, 1995, p. 8).

Ademais, o fato dos magistrados não serem eleitos não os isentaria de *accountability* (responsabilidade política), já que “se todo o poder emana do povo”, como determina a Carta Magna, em seu art. 1, parágrafo único. O poder judiciário, sendo um poder, também deve satisfação à coletividade dos motivos de suas decisões. Considerando que as decisões judiciais sempre devem ser fundamentadas (art. 93, IX, CF/88), a carência de legitimidade representativa do poder judiciário seria então compensada pela natureza argumentativa das como lembra Alexy (1999):

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se

imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados (p. 55).

Dworkin (2000) por sua vez, assevera que a “fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político” (p. 69). Rawls ressalta que os ministros das Cortes Constitucionais devem usar da “razão pública” (2011, p. 212) para explicar e justificar suas decisões, diferentemente do poder executivo e legislativo.

Interessante mencionar, ainda, que no âmbito do STF, este tribunal tem se valido dos institutos dos amigos da corte e das audiências públicas para reduzir esse déficit de representatividade. O próprio STF tem se mostrado atento aos questionamentos que fazem sobre sua atuação, conforme notícia divulgada em seu sítio eletrônico:

Ativismo judicial ou cumprimento da Constituição? Mais que uma indagação, esta é uma reflexão do decano da Suprema Corte brasileira, ministro Celso de Mello, sobre o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e as eventuais opiniões de que o Tribunal extrapola suas atribuições ao promover ativismo judicial. O ministro define ativismo judicial como “uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo”. (...) Na avaliação do decano, o Supremo Tribunal Federal é chamado a exercer suas atribuições constitucionais de maneira moderada, responsável e prudente. “Isso é ativismo? Não vislumbro, mas se vislumbrar a prática de ativismo, vejo um ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional. É para isso que existe o Poder Judiciário”, frisou. (...) Ao citar discurso proferido pelo então senador Rui Barbosa, na tribuna parlamentar, em 29 de dezembro de 1914, o ministro afirmou que o STF não é infalível e que pode errar, “mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade” (Notícias STF, Segunda-feira, 15 de novembro de 2010).

Conclusões

A Constituição Federal aduz, em seu art. 102, *caput*, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. O advérbio “precipuamente” pode ser interpretado, no contexto da citada frase de duas maneiras. A primeira possibilidade é que a função principal do STF é proteger a Constituição Federal, interpretando-a adequadamente, mas não seria o único poder autorizado a fazê-lo. A segunda possibilidade é a de que, dentre todos os poderes, o intérprete principal e preponderante da Constituição Federal seria o poder judiciário, em especial o STF, que teria a última palavra na matéria.

Apesar da discussão, o fato é que nosso sistema de revisão judicial não prevê mecanismos imediatos que possam cancelar decisões do STF que sejam tidas como antidemocráticas. Conforme mencionado, anteriormente, as decisões definitivas de mérito do STF, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Isto posto, o Parlamento brasileiro, apesar da decisão do STF, não se encontra vinculado à mesma, podendo legislar contrariamente ao que foi decidido. Contudo, a nova legislação (inclusive emendas constitucionais) poderá ser questionada perante o STF, que dará a última palavra sobre a constitucionalidade da mesma, ficando o poder legislativo refém da decisão.

Cumprido destacar que o próprio STF se define como “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis” (RE 433.101-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6/12/2005). No julgamento do habeas corpus 87.585-8/TO, o ministro Celso de Mello foi direto ao dizer que o STF estaria autorizado a funcionar como poder constituinte, reformulando a Constituição:

(...) a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Daí precisa observação de Francisco Campos (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram

concebidas e elaboradas. Importante lembrar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”³⁰.

Na visão do STF, a feita Constituição não se esgota com a atuação do legislador, tendo em vista que a Carta Magna é um documento aberto a uma interpretação pluralista que tem como objetivo atingir os valores fundamentais da sociedade, dentro do que ensina Haberle (1997). Desta feita, uma posição ativista do poder judiciário deve ser feita com parcimônia, devendo haver certa deferência do poder judiciário com as escolhas feitas pelo Parlamento e pelo poder executivo, na medida em que não se pode presumir que somente o poder judiciário tem a sapiência necessária para interpretar e aplicar a Constituição.

Da mesma maneira não podemos aceitar que somente o Parlamento tenha a sabedoria para formular uma legislação perfeita e acabada que supra todas as necessidades de uma sociedade dinâmica como a atual. Isto posto, a criação judicial do direito pode ser um mecanismo eficaz na concretização dos valores explícitos e implícitos da Constituição.

Referências

- Alexy, R. (1999). Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista De Direito Administrativo*, 217, pp. 55-66.
- Barroso, L. R. (2006). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Themis: Revista da Esmec / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, pp. 13-100.
- Barroso, L. R. (2013). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica
- Barroso, L. R. (2011a). Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Em: D. G. Paula, A. L. Fellet & M. Novelino (organizadores). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, pp. 225-270.
- Barroso, L. R. (2011b). *Interpretação e aplicação da Constituição* (7ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Campilongo, C. F. (2011). *O direito na sociedade complexa* (2ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Chagas, M. & Lourenço, I. (2008). 5 de outubro de 1988: Ulysses promulga “Constituição Cidadã”. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-10-01/5-de-outubro-de-1988-ulysses-promulga-constituicao-cidada>
- Cittadino, G. (2002). Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2(3), pp. 135-144.
- Dobrowolski, S. (1995). A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Seqüência*, 16(31), pp. 92-101.
- Dworkin, R. (2000). *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2006). *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martin Claret.
- Gargarella, R. (1996). *A justiça frente ao Governo*. Barcelona: Ariel.
- Haberle, P. (1997). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris.

³⁰ STF. Pleno. HC 87.585-8/TO. Rel. Min. Marcos Aurélio, julgamento em 12-03-08, DJ de 7-12-06.

- Marinoni, L. G. (2007). *Curso de processo civil*. Vol. I. (2ª ed.). São Paulo: Dos Tribunais
- Martins-Costa, J. (1998). O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 139, pp. 5-22. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>
- Mendes, G. F. (s. d.). Discurso. A Constituição brasileira e seus vinte anos. Disponível em: http://www.stf.jus.br/Arquivo/Cms/NoticiaartigoDiscurso/Anexo/Vinte_Anos_Da_Constituicao__V_Port.Pdf
- Montesquieu, C. L. (2007). *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret.
- Nelson, R. A. & Medeiros, J. T. (2015). Reflexões sobre o ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, 27, pp. 146-171. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339/12541>
- Nery, R. M. (2008). *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: RT.
- Paula, D. G. (2011). Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. Em: D. G. Paula, A. L. Fellet & M. Novelino (orgs). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, pp. 271-312.
- Pires, T. M.-P. (2011). Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. Em: D. G. Paula, A. L. Fellet & M. Novelino. *As novas faces do ativismo judicial (organizadores)*. Salvador: Juspodivm, pp. 29-72.
- Rawls, J. (2011). *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes.
- Reis, S. C. (2012). Ativismo judicial, efetividade dos direitos sociais e desenvolvimento da democracia no Brasil. *Cognitio Juris*, 5. Disponível em: <http://www.cognitiojuris.com/artigos/05/01.html>
- Reverbel, C. E. (2009). Ativismo judicial e Estado de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 4(1). Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246#.WF1a_xsrK00
- Sampaio, J. A. (2011). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Streck, L. L. (2009). *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito* (8ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Streck, L. L., Barretto, V. D. & Oliveira, R. T. (2009). Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 1(2), pp. 75-83. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>
- Supremo Tribunal Federal. (2-6 maio de 2005). Informativo 386. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo386.htm>
- Supremo Tribunal Federal. (15 novembro de 2010). Notícias, Segunda-feira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>
- Supremo Tribunal Federal. (9-13 abril de 2012). Informativo 661. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>
- Tassinari, C. (2012). *Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.
- Teixeira, A. V. (2012). Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Direito GV*, 8(1), pp. 37-58. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>