

DA APTIDÃO DE INOVAÇÃO NORMATIVA JURÍDICA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO – ANALISANDO O DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”

Rafael Laffitte Fernandes*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson*

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

* 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.

* 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. Autor do livro Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime – Vol. I (1º ed., Curitiba: Juruá, 2016).

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.

Abstract: This text has the purpose of analyzing the actual role of the Judicial Power in Brazil. The objective is to analyze the increasing of the actuation of the Judicial Power, specially the Supreme Court, in the context of what is called judiciary activism. In our text we will study concrete cases and their implications in the political structure of Brazil, thinking over how judiciary activism is legit.

Keyword: Judicial Power. Judiciary activism. Judicialization. Limits. Implications.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS



m 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/SP, 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”¹, tendo em vista que a Constituição de 1988 foi elaborada com o intuito de documentar e assegurar

¹ CHAGAS, Marcos; LOURENÇO, Iolando. 5 de outubro de 1988: Ulysses promulga “Constituição Cidadã”. Agência Brasil. Disponível em: <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-10-01/5-de-outubro-de-1988-ulysses-promulga-constituicao-cidada>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

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 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”,² como disse Montesquieu. Posteriormente, aos juízes 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

² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do espírito das leis. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 172.

países, recebeu autorização constitucional para funcionar como “legislador negativo”, podendo invalidar leis e atos dos demais Poderes que contrariassem a Constituição.³

O próprio Supremo Tribunal Federal (daqui para frente chamado pela sigla 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” (Grifos nossos). No julgamento do mandado de segurança nº 22.690, o ministro Celso de Mello explica:

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 sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.” (STF. Pleno. MS/CE nº 22.690. Rel. Min. Celso de

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, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8º ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 52.

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:

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.⁴

No Brasil não tem sido diferente. O STF tem, nos últimos anos, se pronunciado sobre diversos temas de grande relevo: afirmou ser constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas (ADI nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004); julgou inconstitucional a chamada “cláusula de barreira”, que restringia direitos aos partidos políticos sem expressão (ADI nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7/12/2006); autorizou a greve no serviço público (MI n] 708,

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 mai. 2013.

Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007); declarou constitucional lei que dava passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI nº 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8/5/2008); vedou o nepotismo nos três Poderes (Súmula vinculante nº 13, aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008); determinou a fidelidade partidária (ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008,); autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 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 nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009); sentenciou pela inexigibilidade de diploma para o acesso e exercício da profissão de jornalista (RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17/6/2009); reconheceu a união estável de casais homossexuais (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011); liberou a chamada “Marcha” pela legalização do uso da maconha (ADI nº 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011,); declarou constitucional a “Lei da Ficha Limpa” (ADC nº 29; ADC nº 30 e ADI nº 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012); autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012); considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais (ADPF nº 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE nº 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

2.1. EM BUSCA DE UM CONCEITO DE ATIVISMO

JUDICIAL

A atuação recente do STF reacendeu o debate, no Brasil, em torno do chamado “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 críticos.⁵

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 alçada.⁶ 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 públicas.

O ativismo seria, portanto, um “ir além” do Poder Judiciário em relação as 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 poderes.

Apesar da citada dificuldade, utilizar-se-á o conceito empregado por Barroso:

⁵ “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, Clarissa. *Ativismo Judicial: 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, p. 22)

⁶ 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, Clarissa. *Ativismo Judicial: 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, p. 25)

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.⁷

Deve-se frisar que ativismo judicial (gênero) não se confunde com judicialização da política e com a criação judicial do Direito (espécies).⁸

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 atores.⁹ 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.

Para efeitos deste artigo, vamos considerar o processo de

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

⁸ “(...) há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; (...)”. (TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: 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, p. 26)

⁹ 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, Clarissa. *Ativismo Judicial: 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, p. 26)

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). Ademais, não queremos neste trabalho entrar em uma discussão que pode acabar no campo da semântica.¹⁰

2.2. 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

¹⁰ “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, Clarissa. *Ativismo Judicial: 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, p. 128)

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. 1º); a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República (art. 3º); todos têm direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º); 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. 6º); 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 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 Legislativo. O citado 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 constitucional.¹¹ Há uma aproximação do Direito com a Moral.¹²¹³

¹¹ “(...) 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, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, nº 2, julho/dezembro, 2006, ps. 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 reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, nº 2, julho/dezembro, 2006, ps. 38-39).

¹² “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 acríica 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”. PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 32.

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*’”.

¹³ “(...) A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadão – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça (...)”. (DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 02). “A constitucionalidade moderna promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito (...)”. (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 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 a 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. 5º, LXXIII); tornou plena a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, 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 nº 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. 5º, 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 5º 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 gerais,¹⁴¹⁵ que podem ter

¹⁴ “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, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: RT, 2008, p. 212).

¹⁵ “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, completamente 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, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 139, jul-set, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 de maio de 2013, p. 08). “Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a)

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 político.¹⁶

2.3. MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO NO CASUÍSMO JURISPRUDENCIAL

disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas 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, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 139, jul-set, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 de maio de 2013, p. 09).

¹⁶ “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 prevêem solução normativa para situações em que os líderes partidários deixem de indicar representantes de suas próprias agremiações para compor comissões (...).” Informativo nº 386 do STF, Brasília, 2 a 6 de maio de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo386.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

Todo esse cenário fortaleceu a atuação do Poder Judiciário, que tornou-se extremamente atuante na concretização dos direitos fundamentais, deixando de ser apenas legislador negativo, tendo a jurisprudência um papel criativo e não e mera subsunção dos fatos à norma escrita. No julgamento da ADI nº 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 constitucional.¹⁷

No julgamento do Mandado de Injunção nº 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 § 1º, da Constituição Federal, “não apenas emitir certidão de omissão do

¹⁷ STF. Pleno. ADI nº 3.510/DF. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-05-2008, DJ de 28-05-2010.

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.”¹⁸.

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 nº 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 nº 7.783/89) aos servidores públicos enquanto não surgir a lei específica do art. 37,

¹⁸ STF. Pleno. MI nº 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 27-10-2007, DJ de 31-10-2008.

inciso VII:

Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do 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 nº 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.¹⁹

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”²⁰. 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,

¹⁹Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

²⁰Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

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 ordem,²¹ 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 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. É 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

²¹ 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.

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.²²

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.

2.4. O DESENVOLVER DE UM PENSAMENTO CRÍTICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo tem sido alvo de críticas, 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. Destacam o fato dos juízes não responderem politicamente pelas suas decisões.²³

²²Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

²³ “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

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 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?²⁴

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.²⁵

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 Direito.

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, Clarissa. *Ativismo Judicial: 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, p. 131)

²⁴ GARGARELLA, Roberto. *A Justiça frente ao governo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 11.

²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100.

Contra tais críticas lembra Barroso 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”²⁶.

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 Poderes. Caso o Poder Judiciário apenas repetisse os ditames do Parlamento, a população continuaria refém das omissões estatais.

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. 1º, 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:

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

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

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.²⁷

Dworkin, 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”.²⁸

Rawls ressalta que os ministros das Cortes Constitucionais devem usar da “razão pública” para explicar e justificar suas decisões, diferentemente do Poder Executivo e Legislativo.²⁹

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:

²⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 55.

²⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 69

²⁹ RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Martins Fontes. 2011. p. 212.

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”.³⁰

3. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

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.

³⁰ Notícias STF, Segunda-feira, 15 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>. Acesso em 30 de maio de 2013.

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 nº 433.101-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6/12/2005). No julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, o Ministro Celso de Melo 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”.³¹

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.³²

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, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição

³¹ STF. Pleno. HC nº 87.585-8/TO. Rel. Min. Marcos Aurélio, julgamento em 12-03-08, DJ de 7-12-06.

³² HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 27.

- constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 de maio de 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, nº 2, julho/dezembro, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na Sociedade Complexa. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHAGAS, Marcos; LOURENÇO, Iolando. 5 de outubro de 1988: Ulysses promulga "Constituição Cidadã". Agência Brasil. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-10-01/5-de-outubro-de-1988-ulysses-promulga-constituicao-cidada>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.
- DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- GARGARELLA, Roberto. A Justiça frente ao governo. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um

- "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 139, jul-set, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 de maio de 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A Constituição brasileira e seus vinte anos. Disponível em Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Vinte_anos_da_Constituicao__v_Port.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2013.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do espírito das leis. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: RT, 2008.
- PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8º ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.