

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Coordenação Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

Especialização em Direito Constitucional

CARLOS VINICIUS ROSENBERG

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO

JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

SÃO PAULO

2013

CARLOS VINICIUS ROSENBERG

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO
JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Constitucional.

Orientação do Professor Lucas Catib De Laurentiis.

SÃO PAULO

2013

DEDICATÓRIA

Antes de acontecer, nós apenas imaginamos. Fazemos planos, sonhamos, treinamos a mente, nos preparamos psicologicamente. Porém, nada disso adianta. O impacto, o encontro com a realidade só vem quando podemos ver e tocar. Neste momento, abre-se uma nova dimensão, um novo significado para a palavra amor. Incondicional, total, irrestrito, eterno. O amor pelo filho transcende as palavras, ultrapassa os atos, anula os sons.

Assim, dedico esta monografia à grande obra da minha vida, Ana Beatriz, filha amada, razão da minha existência, cujo tempo é contado pelos momentos em que ela está ao meu lado.

A você, filha querida, amor do papai, dedico esta obra.

AGRADECIMENTOS

Nesses longos dois anos de PUC-SP, os agradecimentos são muitos. Foram inúmeros sábados dentro de ônibus, carro e metrô, num trajeto entre Barra Mansa/RJ e São Paulo/SP, ida e volta, dormindo mal, madrugando, dirigindo 310 km na ida, 310 km na volta. Paradas no Frango Assado na Dutra e na Carvalho Pinto, trânsito de São Paulo, engarrafamento na Airton Senna, na Marginal, na Salim Farah Maluf, na Anhaiá Melo e, finalmente, a chegada ao bairro do Ipiranga. Mais café, aulas, almoço no espetinho em frente à faculdade. Café novamente, debate nos seminários, outro café expresso duplo. Aula terminada, estrada novamente, metrô, ônibus ou carro, dirigindo (ou sendo levado) por mais 310 km, pegando a rodovia Airton Senna, depois a Dutra, parando para outro café, no Frango Assado ou no Graal, chegando em casa extenuado, cansado, mas com a cabeça pensando apenas em Direito Constitucional. Não há como não ficar marcado. São, realmente, muitos agradecimentos.

Antes e acima de tudo, agradeço a Deus, que me conduziu nas intermináveis e cansativas viagens pela Via Dutra. A Ele, também, toda a honra e glória dos acertos deste trabalho. Os erros, assumo todos.

Agradeço ainda aos colegas da PUC-SP. Sem eles, certamente, tudo teria sido mais difícil. Obrigado pelos debates, pelo aprendizado extraído das discussões, das colocações sempre bem-vindas e do compartilhamento das experiências. Gostaria de abraçar a todos os que dividiram a classe comigo, mas não posso deixar de dar um abraço especial nos amigos Igor e Mariana, que me receberam no primeiro dia de aula, quando tive vontade de desistir, quase vencido pelo cansaço. Abraço especial também merecem os colegas Thiago, Diego, Aninha, José Eduardo e Manu, companheiros durante dois anos – vocês fazem parte da minha vida. Guardo também os amigos que vieram depois. Vanessa, Almir, Gustavo, Cíntia, Adriana, Daniel e Bruno, muito obrigado pelo convívio e pelo aprendizado proporcionado pela convivência com vocês – sem esquecer da Adriana de Guarulhos, que abandonou o curso, não sem antes me ensinar o caminho da PUC até a Marginal. E também dos que foram entrando ao longo do curso e não ficaram tanto tempo conosco. Estamos construindo a história do (novíssimo) Campus Ipiranga.

Não poderia deixar de citar os professores do seminário, João Paulo e Heitor, verdadeiros mestres, provocadores, que fizeram despertar em nós o espírito do Direito Constitucional. Mais do que professores, amigos. Obrigado de coração.

Outro agradecimento imprescindível devo ao meu orientador, Professor Lucas Catib De Laurentiis, acadêmico brilhante, que me honrou com a leitura dos trabalhos e inúmeras sugestões de correção e leitura de textos. Só lamento não ter aproveitado melhor o privilégio do convívio com sua inteligência por mais tempo.

Como a vida não é feita apenas de trabalho e estudo, há outros pilares que nos sustentam. Um especial agradecimento aos grandes amigos, aqueles que até hoje fazem parte da minha vida, aqueles para os quais sempre voltamos. Alex, Boi, Cesinha, Bento, Valério, Vítor, Figurótico, Mozart, Renato, João Carlos, Serginho, Carlão, as meninas e as crianças. Obrigado por nossas intermináveis reuniões etílico-gastronômicas, temperadas com o melhor do rock, momentos em que nos concentramos apenas naquilo que é essencial e, também, com nossa generosa dose de humildade, resolvemos todos os problemas do mundo em apenas um dia. Vocês são o combustível que abastece o tanque que uso para enfrentar o estresse do dia a dia. Amigos são a família que escolhemos.

Também quero agradecer aos meus familiares em Guarulhos/SP, que tornaram o sacrifício das viagens um pouco mais leve. Tia Sissi, Nina, Ivan, Tia Sandra, Léo, Gabi, Tia Márcia, Tio Mário, Marcelo, Luiz Guilherme, Bruninha e os que chegaram recentemente, Giovane, Fernanda e Henrique, muito obrigado por tudo, por fazer parte dessa família..

Agradeço, e muito, à minha querida avó Anna, que ajudou em todo esse período, auxiliando minha mãe nos cuidados com minha filha, naqueles longos sábados em que eu estive ausente.

À minha namorada, noiva, companheira, tudo, Grazielle, antes de mais nada, peço desculpas pela ausência, pelo sono antecipado na véspera da viagem, pelo cansaço da volta, pelas horas de estudo durante a semana. E agradeço pelos incentivos, elogios, broncas, companheirismo, por ser um porto seguro nas horas difíceis, enfim, apenas por você estar aqui. Eu sabia que isso acabaria em casamento...

Um agradecimento mais que especial vai para meu falecido pai, arrancado de nós tão cedo, de maneira bruta, mas que continua vivo em nossas lembranças. A quem me ensinou que honestidade não tem preço, não com palavras, mas com atitudes, e também compartilhou comigo o amor pelo Flamengo. Daria tudo por mais um domingo no Maracanã lotado. Sem você, pai, eu não estaria redigindo estas linhas.

Por último e mais importante, obrigado à minha mãe. Só quando temos filhos é que vamos entender o amor de mãe. Nem se eu tivesse outra vida conseguiria retribuir o amor que a minha despeja sobre mim. Não fosse pela retaguarda garantida (filha em segurança, apoio, disposição, disponibilidade), livre de preocupações, nada disso teria sido possível. É para você, minha mãe, meu mais profundo agradecimento.

E, claro, obrigado à minha filha por, simplesmente, existir. Desculpe pela ausência em tantos sábados. Talvez não pareça, mas foram todos pensando em uma vida melhor para meu bem mais precioso.

A vocês todos, mais uma vez, muito obrigado.

SUMÁRIO

Introdução

1. Jurisdição Constitucional e Ativismo Judicial – causas diretas	
1.1 - Considerações gerais.....	9
1.2 - Justificativa e método.....	10
2. Jurisdição Constitucional e Democracia: algumas questões sobre ativismo judicial	
2.1 - Considerações iniciais.....	14
2.2 - Causas do ativismo judicial	
2.2.1 - A Constituição analítica.....	15
2.2.2 - O complexo sistema de controle de constitucionalidade.....	16
2.2.3 - A crise do sistema representativo.....	17
2.2.4 - A aceitação da doutrina do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo pelos operadores do direito no Brasil.....	18
3. Pós-positivismo e neoconstitucionalismo: alguns questionamentos.....	20
4. Judicialização da política e ativismo judicial.....	22
4.1 - Conceito.....	22
4.2 - Argumentos favoráveis.....	24
4.3 - Argumentos contrários	
4.3.1 - A dificuldade contramajoritária.....	27
4.3.2 - A questão da última palavra.....	28
4.3.3 - A capacidade das instituições republicanas.....	29
4.3.4 - Politização do Judiciário.....	31
4.3.5 - Desacordos morais razoáveis.....	31
5. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal	
5.1 - Considerações Gerais.....	34
5.2 - Casos concretos	
5.2.1 Uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.....	35
5.2.2 Fidelidade partidária.....	41
5.2.3 O papel do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade....	44
5.2.4 Ativismo Judicial no STF e a questão dos direitos relativos à saúde.....	46
6. Conclusão.....	50
7. Referências bibliográficas.....	53

RESUMO

Trabalho destinado a analisar o fenômeno, cada vez mais presente, da judicialização da política e do ativismo judicial, e a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia. A crise de representatividade dos parlamentos, aliada a uma constituição que prevê inúmeros direitos e instrumentos de controle dos atos do Poder Legislativo, bem como de um complexo sistema de controle de constitucionalidade, fazem com que o Poder Judiciário se revele cada vez mais atuante, invadindo áreas antes reservadas à política majoritária. Questiona-se: tal estado de coisas é benéfico para a democracia? Estaria o Judiciário imune às críticas constantemente endereçadas aos outros poderes? O ordenamento constitucional brasileiro permite a existência do ativismo judicial nos moldes pregados por seus defensores no Brasil, em especial os autodenominados neoconstitucionalistas? O presente trabalho será norteado pela tentativa de responder às perguntas acima formuladas.

Palavras-chave: ativismo judicial, judicialização da política, pós-positivismo, neoconstitucionalismo.

1 – INTRODUÇÃO

1.1 - Considerações gerais

O romance *Memórias de um Sargento de Milícias*, de Manuel Antônio de Almeida, foi definido por Antônio Cândido como *paradigma da dialética da malandragem*. Nele há o clássico diálogo entre o major Vidigal e as três comadres, que imploravam por Leonardo (personagem principal do livro):

- Bem sei, mas a lei?, disse o major.

- Ora, a lei... O que é a lei, se o Sr. Major quiser?, respondeu a comadre.

O diálogo acima é emblemático e retrata a relação do povo brasileiro com a lei. O Brasil é um país de leis. Sim, um país caracterizado pelo nefasto fenômeno da hipertrofia legislativa. Somos adeptos do “fetiche da lei”¹. Nossa cultura nos leva a acreditar que, mudando e/ou criando leis, os problemas serão resolvidos. Paradoxalmente, somos a terra das leis que não pegam, do desrespeito às normas, da cultura das transgressões². Do avanço do sinal à ultrapassagem pelo acostamento, fazemos o acerto com o guarda da esquina enquanto estacionamos na vaga do deficiente físico.

Deficiências na formação da sociedade, déficit de cultura, falta de educação, patrimonialismo³, jeitinho, mito do homem cordial⁴, governos de homens (em detrimento do governo de leis), cultura da transgressão, as causas são múltiplas e inesgotáveis. Somado a isso tudo, temos um parlamento mal visto aos olhos da população, com envolvimento em sucessivos escândalos de corrupção, malversação de dinheiro público, privilégios, gordas verbas, jetons e outras características antirrepublicanas. Em suma, um país em que o princípio da legalidade, que custou à humanidade rios de sangue, é constantemente desrespeitado. Mais: um país que convive com um atávico desprezo à lei⁵, característica visualizada em todas as esferas da sociedade brasileira. Um sistema corrompido, que se retroalimenta, fazendo com

¹ STRECK, Lênio Luiz. *Compreender o Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

² Sobre o tema da cultura das transgressões, ver a excelente série de 3 volumes produzida pelos institutos ETCO - Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial e iFHC - Instituto Fernando Henrique Cardoso: *Cultura das Transgressões no Brasil: Lições da História*. Coordenação de Fernando Henrique Cardoso e Marcílio Marques Moreira. Em relação ao tema aqui analisado, ver o artigo de CARVALHO, José Murilo. Quem Transgride O Quê?

³ RAYMUNDO, Faoro. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro, Editora Globo, 2000.

⁴ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁵ CARVALHO, José Murilo. *Quem Transgride O Quê?* In CARDOSO, Fernando Henrique e MOREIRA, Marcílio Marques (coordenação). *Cultura das Transgressões no Brasil: Lições da História*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 69-94.

que um Parlamento em crise de representatividade produza leis que não serão cumpridas pela população, detentora do poder de fazer essas mesmas leis, que serão posteriormente desrespeitadas. Somos o país das leis que “não pegam”⁶. Um círculo vicioso e deletério.

Não é um cenário confortável, reconhecemos. Tal desprezo pela lei é irmão gêmeo do desprezo por quem a produziu: o parlamento e, por extensão, a política majoritária. Nessa realidade, é tentador partir para soluções voluntaristas, justiceiras, desprovidas de maior embasamento, fundadas em concepções particulares de justiça e moral. Não surpreende, portanto, que o ativismo judicial tenha tido tão boa acolhida em nosso país. O desprezo pelo trabalho do parlamento (como se os homens públicos tivessem vindo de outro país – ou mesmo, de outro planeta), parece óbvio, fortalece outros atores, em especial o Judiciário. Alguns poucos homens, não eleitos pelo povo, tomam decisões que influenciam a vida de inúmeras pessoas, muitas vezes sem a expertise necessária ou passando por cima de regras impostas por esse mesmo povo. As justificativas são inúmeras, mas podem ser resumidas em poucas palavras: o juiz, ao afastar a decisão política dos representantes do povo, está concretizando a constituição, protegendo direitos fundamentais, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana (colocar nota de rodapé para criticar a banalização do uso da DPH). Tais justificativas são válidas? Melhor dizendo: nosso sistema constitucional (e legal), repleto de regras e, portanto, de escolhas antecipadamente feitas pelo legislador constituinte, permitiria tal tipo de ativismo judicial? Não há o risco de importarmos doutrinas estrangeiras, criadas em ambientes distintos, baseadas em textos sem o detalhamento que vemos em nossa constituição, e aplicarmos acriticamente em um país com uma constituição analítica e em uma cultura jurídica de desprezo às leis? É o que tentarei elucidar nas próximas linhas.

1.2 - Justificativa e método

O presente trabalho pretende fazer uma análise crítica de um fenômeno que é visto com certa frequência no direito brasileiro: a judicialização da política e o ativismo judicial. Não há, em momento algum, a pretensão de originalidade na análise do tema, já discutido e

⁶ De acordo com o artigo 254 do Código de Trânsito Brasileiro, os pedestres são proibidos de permanecer ou andar na pista de rolamento; andar fora da faixa própria ou cruzar pistas de rolamento em viadutos, pontes e túneis; atravessar a via dentro das área de cruzamento; utilizar a via em agrupamentos capazes de perturbar o trânsito, e desobedecer à sinalização de trânsito específica. As exceções valem apenas nos casos onde existe uma permissão específica em relação a essas restrições. A multa prevista para quem desobedecer essas proibições corresponde a 50% do valor da infração de natureza leve, o que corresponde a R\$ 26,60. Passados mais de 15 anos de vigência da lei, o dispositivo ainda não foi regulamentado.

debatido por autores de muito maior peso e envergadura intelectual⁷. A única pretensão aqui é manter a questão em discussão, fugir de respostas prontas e, se possível, ajudar a trazer alguma (modesta) contribuição para o debate.

Com o advento da constituição de 1988, tivemos a ascensão do Poder Judiciário ao cenário político. De esfera de poder encastelada em palácios, protegida por vetustas togas e vocabulário inacessível à população, atualmente o Judiciário frequenta o horário nobre, tem membros com status digno de um *popstar*⁸, e passou a fazer parte do dia-a-dia dos cidadãos. Os debates jurídicos não mais se limitam ao frio ambiente da academia ou dos tribunais. Estão nas ruas, nas esquinas, nas mesas de bar. Assim, de quase desconhecido, o Poder Judiciário passou a interferir diretamente na vida do brasileiro comum. Uma das principais causas dessa guinada é a postura de juízes que, ao exercerem a jurisdição constitucional, ultrapassam as fronteiras de suas atribuições, invadindo as esferas dos outros núcleos de poder de nossa república. Trata-se daquilo que ficou vulgarmente conhecido como ativismo judicial. Fruto de várias causas, o ativismo judicial retrata uma tomada de postura mais ativa por parte dos integrantes do Poder Judiciário⁹, sob a justificativa da concretização dos direitos previstos no texto constitucional. No Brasil, o ativismo tem suas raízes no movimento conhecido como “neoconstitucionalismo”, que prega, entre outras coisas, o caráter normativo dos princípios, a prevalência destes sobre as regras, o uso da técnica da ponderação nas colisões entre princípios e participação ativa do Poder Judiciário na aplicação do direito, com papel preponderante frente aos outros poderes¹⁰. Previsão de inúmeros direitos, constitucionalização de incontáveis matérias, grande elenco de ações e remédios e um intrincado sistema de

⁷ Sobre ativismo judicial e judicialização da política, no Brasil, veja-se, dentre outros, SANTOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013; FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti de, e NOVELINO, Marcelo (organizadores). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello (coordenador). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2012; FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Na perspectiva do direito comparado, ver a contundente crítica de WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and the Conditions of Democracy*. *The Journal of Political Philosophy*: volume 6, number 4, 1998, pp. 335-355.

⁸ *Em dia de popstar, Joaquim Barbosa fala sobre Feliciano*. Disponível em Portal Terra - <<http://noticias.terra.com.br/brasil/videos/em-dia-de-pop-star-joaquim-barbosa-fala-sobre-feliciano,464711.html>>. Acesso em 23/08/2013.

⁹ SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da Última Palavra e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In FELLET, André e NOVELINO, Marcelo, obra citada.

¹⁰ Para análise do fenômeno, ver BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, capítulo 5, pp. 237-283.

controle de constitucionalidade das leis colocaram o Judiciário na ordem do dia. Tal ascensão fez com que os juízes, deixando a tradicional posição de contenção e inércia, assumissem papel de protagonistas no jogo político. Isso foi saudado pela esmagadora maioria da doutrina brasileira como algo a ser comemorado, pois chegava ao Brasil, tardiamente, a cultura da máxima efetividade da constituição. Porém, tal modo de pensar, apesar de ser politicamente simpático e pretensamente progressista, pode ser alvo de inúmeras críticas¹¹. É que o ativismo judicial, de solução para questões jurídicas, pode passar a ser uma patologia para a democracia. Uma ditadura de juízes é tão perigosa quanto qualquer outra ditadura. Uma aristocracia togada ofusca o poder do povo, alijando-o das grandes decisões políticas da nação. Por outro lado, o Judiciário é constantemente provocado para que dê respostas às agressões aos direitos fundamentais, muitas vezes decorrentes de inércia dos poderes com representatividade popular. Tal cenário produz, à primeira vista, uma antinomia entre o ativismo judicial e a democracia. O que fazer? É isso que procuraremos responder aqui, sem a pretensão, é bom repetir, de originalidade na matéria.

Mas não fugiremos do desafio. A constituição está colocada sobre a mesa e, acreditamos, quanto mais for manuseada e discutida pela sociedade civil (e não só pelos tradicionais atores do debate jurídico), mais democrática será nossa república. Mas não nos enganemos: não há respostas prontas ou fáceis. Não concordamos com os que acham que a saída para todos os problemas da nação está na concretização dos direitos sociais previstos na constituição¹² – caso contrário, bastaria colocar todos os temas relevantes para a sociedade no texto constitucional e os problemas estariam resolvidos. Sabemos que não é assim.

Entretanto, também não somos inteiramente pessimistas. A constituição de 1988, se não é perfeita¹³, é a constituição possível¹⁴. Fruto de uma assembleia constituinte formada em

¹¹ Por todos, RAMOS, Elival da Silva. Obra citada.

¹² BARRETTO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Em denso artigo sobre os direitos sociais, o autor busca justificar sua posição radical na defesa da implementação dos direitos sociais previstos na constituição. Porém, apesar de atacar com veemência as posições mais comedidas e moderadas, não pareceu apresentar soluções concretas, ficando preso a um apelo carregado de retórica e emoção.

¹³ Para José Afonso da Silva, a Constituição da República de 1988 “*constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral*”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2011, p. 89.

¹⁴ Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “*não se trata da constituição da nossa maturidade institucional. É a constituição das nossas circunstâncias*.” In BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

uma sociedade recém-chegada à democracia, nossa atual constituição serviu de base para várias conquistas da sociedade brasileira. E muitas dessas conquistas foram obtidas sob a rubrica do ativismo judicial, que não é, repita-se, a solução para todos os males, mas também não pode ser apontado como causa de todos os problemas.

Sabendo que a neutralidade é utopia, tentarei analisar os problemas da maneira imparcial, dentro do limite fixado pelas inevitáveis pré-compreensões deixadas pelo tempo. O terreno não é de fácil travessia. Os modos de analisar o fenômeno são múltiplos e, se não tomarmos cuidado, poderemos nos perder em estradas secundárias que levarão a questionamentos ainda mais profundos. É preciso direção e foco. Para não incidirmos em tais erros e perdermos o foco, vamos nos concentrar no ativismo judicial no Brasil nos últimos anos, as justificativas para sua aplicação e as críticas a tal uso. Para facilitar o estudo, concentraremos a análise de casos concretos na jurisprudência do STF

2 - Jurisdição Constitucional e Democracia: algumas questões sobre ativismo judicial

2.1 - Considerações iniciais

Para fazermos uma introdução histórica, devemos traçar um limite para o retorno no tempo, sob pena de fazermos viagens intermináveis, com o risco de chegarmos aos homens das cavernas ou ao *big bang*. Não é nossa intenção. É preciso delimitar o estudo no tempo e no espaço. Para analisarmos o assunto em questão, vamos nos limitar ao período compreendido entre o segundo pós-guerra e os dias atuais.

Segundo informa a doutrina inspiradora do ativismo judicial (pós-positivistas e neoconstitucionalistas)¹⁵, as origens remotas do fenômeno, no Brasil, remontam ao fim da Segunda Grande Guerra, com a Europa arrasada pelo Conflito Mundial. Os horrores perpetrados pelo nazifascismo ainda ecoavam pelo Velho Mundo¹⁶. O formalismo jurídico, separado da moral, não teria sido capaz de evitar os horrores do nazismo. Seria preciso reaproximar o direito da moral. Nesse panorama nasceram as constituições do segundo pós-guerra. Iniciava-se, assim, um novo ciclo constitucional, com as constituições de democracia social, principalmente na Europa Ocidental (Constituição Francesa – 1946, Constituição Italiana – 1947, Constituição Alemã – 1949) – no Extremo Oriente, pode ser citada a Constituição Japonesa – 1946¹⁷. Teria havido, naquele período, uma espécie de consenso geral de que era preciso proteger o ser humano, para que este não se tornasse um mero instrumento nas mãos de regimes autoritários – a dignidade da pessoa humana seria alçada ao patamar de núcleo central do constitucionalismo contemporâneo. Outros países, por sua vez, só passaram a desfrutar de tal espécie de cartas após processos de democratização, como Portugal (1976) e Espanha (1978). No Leste Europeu, os países que viviam sob o jugo da Cortina de Ferro tiveram contato com o fenômeno após a queda do Muro de Berlim e a ruína do regime soviético.

Seria questão de tempo para que o Brasil fosse atingido por essa nova onda do constitucionalismo. Um pouco tarde, é verdade, mas em 05 de outubro de 1988 o Brasil promulgava a sua nova constituição, após vinte e um anos de regime militar. O novo

¹⁵ Por todos, BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte: 2012. Especificamente, sobre o tema, o capítulo 5 da parte 1, pp. 237/283.

¹⁶ Para uma brilhante e impescindível análise sobre o assustador fenômeno do totalitarismo, ver ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2013, pp. 31/37.

documento buscava fazer um acerto de contas com o passado. Havia a pretensão de transformação da sociedade¹⁸, não uma transformação para uma sociedade socialista, como fizera a constituição portuguesa de 1976, mas uma virada para uma espécie de social-democracia europeia¹⁹. Previsão de inúmeros direitos individuais, sociais e difusos, elevação da dignidade da pessoa a fundamento da república, fortalecimento de alguns atores (Ministério Público, Defensoria Pública), preocupação com o meio ambiente²⁰, índios²¹, idosos, crianças e adolescentes²² e um complexo sistema de controle de constitucionalidade conjugando os métodos difuso e concentrado. Assim, a conjugação de uma constituição analítica²³, um complexo sistema de controle de constitucionalidade e a aceitação da doutrina do “neoconstitucionalismo” e/ou do “pós-positivismo” pelos operadores do direito (doutrina e jurisprudência) formaram o ambiente ideal para a consolidação da judicialização da política e do ativismo judicial em nosso sistema político-constitucional, sendo suas causas diretas, a serem examinadas nas linhas seguintes.

2.2 - Causas do ativismo judicial

2.2.1 - A constituição analítica

A primeira causa da judicialização da política e do ativismo judiciário pode ser encontrada no perfil analítico de nossa Carta. Além do grande número de dispositivos, entre artigos, incisos e parágrafos, impressiona a quantidade de temas tratados pelo texto, muitos de pouco ou nenhum caráter constitucional - o exemplo da menção ao Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, no art. 242, § 2º²⁴ da Carta, é clássico, mas há muitos outros dispositivos que tornam a questão mais grave, como a parte dedicada ao sistema tributário – há praticamente um código tributário dentro da constituição²⁵. As causas são compreensíveis: todos os atores

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁹ Idem.

²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 225.

²¹ Idem, art. 231.

²² Ibidem, arts. 227 a 230.

²³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173. No mesmo sentido, FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 120.

²⁴ Constituição da República. Art. 242. (...). § 2º. *O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.*

²⁵ O Sistema Tributário Nacional está previsto na Constituição da República entre os artigos 145 e 162. Para uma demonstração da diferença do tratamento constitucional da matéria no direito comparado, ver MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 1737/8.

envolvidos na assembleia constituinte buscaram inserir no corpo constitucional suas demandas, objetivando maior estabilidade e garantia contra um parlamento que despertava desconfiança – some-se a isso o fato de que saíamos de um regime de exceção. Porém, mesmo compreendendo, não podemos nos furtar a criticar o modelo traçado pelo constituinte: quase tudo foi constitucionalizado, com excesso de pormenores. Sistema tributário, administração pública, previdência social, para citar alguns exemplos, com dispositivos descendo a detalhes de clara envergadura infraconstitucional. Sobra pouco espaço de manobra para o legislador ordinário, para que as maiorias se autogovernem sem o engessamento imposto por maiorias de outrora. E em um estado em que vigora a supremacia constitucional, sendo o controle de validade das normas em relação à constituição feito pelo Poder Judiciário, a consequência lógica e inafastável é a ascensão deste poder ao campo político, através dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Praticamente todas as questões políticas podem chegar à análise do Judiciário e, em última análise, ao STF, guardião da constituição.

2.2.2 – O complexo sistema de controle de constitucionalidade

Além da constituição analítica, o sistema de controle de constitucionalidade, instituído por essa mesma constituição, é dos mais complexos do mundo.

A atual constituição, além de manter o controle difuso (de matriz norte-americana, previsto em nossas constituições desde a Carta de 1891), em que qualquer magistrado do país pode deixar de aplicar uma norma por considerá-la inconstitucional, robusteceu o controle concentrado, bastante tímido na ordem constitucional anterior. Houve a ampliação dos legitimados ativos para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Foram criadas a ADI por omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), o mandado de injunção e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Para dar racionalidade ao sistema, previram-se os efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do STF, a instituição das súmulas vinculantes e a criação do instituto da repercussão geral para os recursos extraordinários. Objetivando dotar o STF de maior legitimidade democrática, foram

instituídas as audiências públicas e admitida a figura do *amicus curiae*. Criou-se, ainda, a TV Justiça, que transmite ao vivo as sessões da corte, algo inédito no direito comparado²⁶.

Parece claro, portanto, que não se trata de um sistema simples. Porém, tal complexidade e grande número de instrumentos processuais fazem com que seja praticamente impossível que uma questão não passe pelo crivo do Poder Judiciário.

2.2.3 - A crise do sistema representativo

A crise por que passa a política tradicional não é exclusividade brasileira. No mundo todo, o fenômeno é objeto de estudos por parte da academia. Distanciamento dos políticos em relação aos eleitores, complexidade dos temas, desinteresse, baixa representatividade, multiplicação das demandas sociais, novas formas de participação e reivindicação, o advento das internet e das redes sociais, o estresse das grandes cidades e mais um sem número de outras causas fazem com que a política tradicional fique relegada a poucos atores, que se dispõem a vencer os obstáculos acima citados e a participarem do jogo político.

No Brasil, o problema é ainda mais grave. Além da histórica falta de participação do povo brasileiro nos assuntos políticos, temos um colossal desprezo pela clássica política, mal vista e depositária das piores considerações da nação. Lobbies, esquemas, corrupção, legislação em causa própria, salários extras (14º e 15º salários para parlamentares), verbas de gabinete, mordomias, trabalho de terça a quinta, o isolamento da capital federal, compra de votos, trocas de partidos, não-efetivação das demandas da população etc. Poderíamos ficar aqui preenchendo páginas e mais páginas com as considerações da população acerca de seus representantes e a lista não teria fim – a eleição de figuras como Tiririca é emblemática para a caracterização do desprezo da população pela política majoritária. Em um cenário assim, é natural que o Poder Judiciário deixe de ser um mero figurante.

²⁶ A transmissão dos julgamentos acaba por provocar, involuntariamente, uma mudança no comportamento dos ministros. O ambiente de um estúdio terminar por inflar egos, alterando um ambiente que deveria ser dominado pela razão e pela sobriedade. Sobre o assunto, afirmando que as transmissões trazem mais benefícios que malefícios, BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 23/08/2013>. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (organizadores). Salvador: 2013, p. 96.

2.2.4 - A aceitação da doutrina do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo pelos operadores do direito no Brasil

A doutrina do pós-positivismo pode ser definida como o marco filosófico da judicialização da política e do ativismo judicial.

Em poucas palavras, podemos dizer que o pós-positivismo buscou superar os modelos do positivismo e do jusnaturalismo, historicamente antagônicos: o jusnaturalismo, fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, chegou ao ápice com as constituições escritas e as grandes codificações que, paradoxalmente, foram sua sentença de morte. De seu lado, o positivismo buscou trazer para o direito a objetividade científica, equiparando o direito à lei, afastando-o de discussões abstratas. A decadência do positivismo é associada, pelos pós-positivistas, à derrota dos nazifascistas na Segunda Grande Guerra, quando a barbárie foi praticada sob o pálio da legalidade.

A doutrina do pós-positivismo buscava, assim, uma nova forma de interpretar o direito, buscando ir além da legalidade estrita. Surgiram, dessa forma, no dizer dos pós-positivistas, as ideias do retorno dos valores na interpretação, o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua diferença qualitativa em relação às regras, bem como na valorização dos direitos fundamentais erguidos sobre a dignidade da pessoa humana.

Consequência direta da mudança de paradigma no pensamento constitucional brasileiro, pode ser notado na expansão da jurisdição constitucional, como já afirmado acima, com a ampliação dos legitimados ativos no controle concentrado e a criação da ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a “recriação jurisprudencial”²⁷ do mandado de injunção, a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral. Os ideais pós-positivistas ajudaram a modificar o panorama jurídico

²⁷ Nos primeiros anos da Constituição de 1988, o STF quase enterrou o instituto. No MI nº 107-3-DF, foi vencedor o entendimento liderado pelo Min. Moreira Alves, adotou posição que equiparava o mandado de injunção à ação direta por omissão - conforme anotou o processualista José Carlos Barbosa Moreira em artigo publicado no *Jornal do Brasil* de 11/09/1990, 1º caderno, p. 11 - “S.O.S. para o mandado de injunção”, a Corte reduziu a inovação a “um sino sem badalo”. Anos mais tarde, com nova composição, o Tribunal mudou o entendimento sobre o remédio constitucional, dando novo fôlego ao instrumento concretizador de direitos constitucionais, conforme MI nº 283-5-DF e MI nº 284-3. A mudança de orientação foi reafirmada no julgamento do MI 232-1-RJ - todas as decisões determinaram a possibilidade de os impetrantes valerem-se da legislação comum, ou seja, decisões com efeitos tipicamente *inter partes*. Porém, a partir dos julgamentos dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, o tribunal passou a admitir a possibilidade de dar eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de mandado de injunção. Para amplo estudo sobre o instituto, com citações de vários precedentes do STF e evolução jurisprudencial do instituto, ver BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 153/174.

nacional e uma de suas consequências, sem dúvida, foi a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.

A sociedade moderna, com sua pluralidade de atores e interesses, a velocidade de informações, a crescente demanda por justiça, a crise da política majoritária, aliados aos ideais pós-positivistas, fizeram com que os paradigmas da hermenêutica constitucional também fossem transformados. A aceitação dos princípios como verdadeiras normas, a prevalência destes sobre as regras e a busca pela justiça do caso concreto são paradigmas da (autodenominada) nova interpretação constitucional, bem como características do pós-positivismo/neoconstitucionalismo.

Dessa maneira, o caminho para a judicialização da política estava aberto. Como afirmamos acima, o somatório de uma constituição analítica (com previsão de inúmero direitos prestacionais), um complexo sistema de controle de constitucionalidade (conjugando a supremacia da constituição com o controle desta por órgãos do Poder Judiciário), a crise do sistema representativo e a aceitação da doutrina do pós-positivismo pelos operadores do direito, proporcionou a consolidação da postura ativa de magistrados em nosso sistema constitucional.

3 - Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo - alguns questionamentos

Apesar de ser quase unanimidade na doutrina pátria atualmente, o neoconstitucionalismo não se caracteriza por ser uma teoria uniforme. Mais correto seria falar em neoconstitucionalismos²⁸, pois há autores de diversos segmentos e correntes jurídicas que se autodefinem como neoconstitucionalistas.

O fato de ser uma quase unanimidade não torna a doutrina isenta de críticas. Mesmo contando com maioria de adeptos, as novas doutrinas sofrem sérios questionamentos.

Um dos principais seria a fragilidade teórica do neoconstitucionalismo – há mesmo quem acuse a teoria de ser nada mais que um “modismo intelectual”²⁹. O próprio Luís Roberto Barroso afirma, em relação ao fenômeno, que “ainda não se sabe bem o que é. Tudo é bem incerto”.³⁰ Para Elival da Silva Ramos,

“os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas). (...) Nesse ponto, não tiveram a coragem e a capacidade teórica de Dworkin, que não apenas assume o seu antipositivismo, como, também, oferece-lhe uma alternativa teórica (o direito como integridade). (...) Vislumbra-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico. (...) Se há algo próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de Teoria da Interpretação é o exagero na valorização dos princípios constitucionais”³¹.

Objeto de pesadas críticas são também as alegações de que princípios possuiriam maior força qualitativa, em detrimento das regras. No ponto, os questionamentos de Humberto Ávila, em obra fundamental, são insuperáveis:

“Normalmente, afirma-se que, quando houver colisão entre um princípio e uma regra, vence o primeiro. A concepção defendida

²⁸ Cf. afirmou Daniel Sarmento, o neoconstitucionalismo teve repercussão no Brasil após o lançamento da obra “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003. O título do texto dá mostras de que não há apenas um constitucionalismo, pois basta ver que os adeptos da teoria são influenciados por, entre outros, Peter Häberle, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli e Robert Alexy, juristas de linhas de pensamento bastante heterogêneas. O estudo do discípulo de Luís Roberto Barroso apresenta um extenso panorama do neoconstitucionalismo no Brasil e no direito comparado. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*, in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: 2013, p. 75.

²⁹ HORBACH, Carlos Bastide, *apud* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: 2013, p. 279.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, p. 2.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. Obra citada. Neste livro, com o qual conquistou o título de professor titular de Direito Constitucional da USP, o autor faz severas críticas ao movimento neoconstitucionalista.

nestre trabalho segue percurso diverso. (...) A única hipótese aparentemente plausível de atribuir ‘prevalência’ a um princípio constitucional em detrimento de uma regra constitucional seria a de ser constatada uma razão extraordinária que impedisse a aplicação da regra. Por *exemplo*, a existência de um conflito entre o princípio da dignidade humana e a regra que estabelece ordem do pagamento dos precatórios. Nesse caso, a regra deixaria de ser aplicada porque existiria uma razão extraordinária que impediria sua aplicação, tendo em vista o postulado da razoabilidade. (...) Num conflito horizontal entre regras e princípios, as regras devem prevalecer, ao contrário do que faz supor a descrição dos princípios como sendo as normas mais importantes do ordenamento jurídico. De fato, as regras têm uma eficácia que os princípios não têm”³².

A alegada força qualitativa dos princípios traz como consequência inevitável a principiologização do direito, que transforma o universo jurídico em campo fértil para o subjetivismo das decisões judiciais, ocasionando o indesejável fenômeno da insegurança jurídica³³. Na verdade, a tentativa da principiologização tem como pano de fundo o desejo de impor ideologias pessoais que não encontram forças para trilhar o campo da política majoritária. Recorrem, por isso, a intermináveis exercícios de retórica e distorção das normas para, assim, conseguirem impor sua visão de mundo à vontade da maioria, expressa nas normas emanadas do Parlamento. Nesse ponto, irreparável a afirmação de Dimitri Dimoulis, ao dizer que “na prática, a rejeição ao positivismo jurídico oferece uma espécie de carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considere mais adequado”³⁴.

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 105/107.

³³ RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 285.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 60, apud RAMOS, Elival da Silva, obra citada, p. 286.

4 - Judicialização da Política e Ativismo Judicial

4.1 - Conceito

Não há consenso em relação ao conceito de ativismo judicial³⁵. O termo teria sido criado pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr., em artigo na revista *Fortune*, ao comentar a atuação da Suprema Corte norte-americana na época do New Deal: uma parte da corte entendia que o tribunal pode desempenhar um papel de efetivação de políticas públicas; outra parte, por sua vez, defendia uma postura de autocontenção judicial, remetendo a questão para os representantes do povo. A primeira linha de raciocínio foi denominada pelo historiador de ativismo judicial.³⁶ Apesar disso, o autor não definiu um conceito para o termo.

Em trabalho sobre o tema, Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi propõem dois conceitos, ambos fugindo de definições, segundo os autores, emocionais: uma primeira opção seria o critério quantitativo: seria ativista o juiz que intervém demasiadamente nas decisões dos demais poderes³⁷.

O segundo critério seria o qualitativo: aqui, não importa a qualidade, mas os critérios utilizados para proferir a decisão (com base em regras ou partindo de normas principiológicas de baixa densidade normativa).³⁸

Os conceitos acima são interessantes, mas parece que o critério quantitativo deve ser excluído, por ser muito vago, uma vez que não há como saber o que poderia ser classificado como muito ou pouco para definirmos o ativismo?

Analisando as definições acima, podemos afirmar: apesar de terem causas comuns, judicialização da política e ativismo judicial não se confundem. Com alguma pequena variação conceitual, podemos dizer que a judicialização da política é fática, ou seja, decorre do desenho institucional brasileiro, cuja constituição prevê um Judiciário independente, protetor de direitos fundamentais (também previstos no texto constitucional). Decorre também da desilusão com a política majoritária, que transfere o debate para o cenário jurídico. Por fim, a existência de uma constituição analítica desloca os temas do âmbito da legislação

³⁵ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*, in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: 2013, p. 460.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*, *ibidem*.

³⁸ *Idem*, *ibidem*.

ordinária, política por excelência, para a esfera do direito, e com a grande quantidade de legitimados à propositura de ações no controle de constitucionalidade concentrado, a judicialização é inevitável, sendo decorrência direta de nosso desenho político. Ou seja, a judicialização da política é uma realidade desejada pelo legislador constituinte – conforme apontou André Ramos Tavares, citando FREEMAN (1994: 189/90), “por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa”³⁹. Já o ativismo judicial seria uma tomada de posição, uma atitude deliberada de expansão do Judiciário, mediante o uso criativo da interpretação para suprir lacunas e sanar omissões legislativas – nos casos extremos, legislar positivamente. Numa visão crítica, seria “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”⁴⁰.

O ativismo seria, portanto, em muitos casos, um indicativo de patologia, para hipóteses em que o Judiciário age fora de suas atribuições constitucionais⁴¹. De uma forma ou de outra, parece inegável que o ativismo judicial pressupõe uma postura ativa do poder judiciário. Como vimos acima, há dois grandes polos de pensamento em relação ao ativismo judicial: aqueles que o aceitam e defendem; e aqueles que são críticos. Dentro das duas grandes vertentes há inúmeras subdivisões. Para que o trabalho não se perca e não saia de seus objetivos, manteremos o estudo em cima dos dois grandes grupos: o primeiro, dos defensores do ativismo judicial, tendo como base teórica o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo. É possível dizer, com pouquíssimas chances de errar, que o ativismo judicial possui, na comunidade jurídica brasileira, um número muito maior de defensores. Uma breve consulta às obras que tratam do assunto trazem uma boa ideia do que afirmamos aqui. Em nosso país, o ativismo praticamente virou sinônimo de ideais progressistas⁴², o que pode explicar seu sucesso nas letras jurídicas⁴³, pois vivemos em um país em que afirmar-se conservador ou

³⁹ TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional e Direitos Sociais no Brasil. In Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judiciário*. Belo Horizonte: 2012.

⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: 2013, p. 107.

⁴¹ Idem.

⁴² Em defesa vigorosa do ativismo judicial, MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: Um Caminho Para Concretização dos Direitos Fundamentais*. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello (coordenação), obra citada, pp. 157/175. Em sentido contrário, criticando consolidação de políticas pelo Judiciário, em texto com aparentes influências marxistas, LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto e ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. *Constituição e Idealismo - O Dilema da Efetivação. In Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 113/136.

⁴³ Há, no ambiente acadêmico das ciências humanas e sociais, um claro predomínio das ideias ligadas à esquerda. O fenômeno, que não poupa o direito, não é exclusividade das universidades brasileiras, como podemos ver em KIMBALL, Roger. *Radicais nas Universidades – como a política corrompeu o ensino superior*

contrário ao pensamento progressista dominante (autodenominado progressista e moderno, com tendências de esquerda, em contraposição ao conservadorismo, considerado ultrapassado, comparável a uma praga ou chaga) pode ser uma espécie de *harakiri* intelectual ou acadêmico.

O segundo grupo, crítico, mais cauteloso, defende uma participação mais comedida do Judiciário, numa postura de autocontenção e de deferência aos outros poderes, em razão, principalmente, da dificuldade contramajoritária, da falta de expertise e da complexidade dos casos difíceis.

Analisaremos, em seguida, as posições favoráveis e contrárias ao ativismo judicial.

4.2 - Ativismo Judicial – argumentos favoráveis

Como afirmado anteriormente, uma das discussões mais acaloradas do direito constitucional contemporâneo refere-se à questão do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e dos limites de sua atuação, especialmente quando confrontado com o princípio democrático (da maioria – legitimação popular). É um debate que atinge não apenas o Brasil e que passa, em grande medida, pela crise de representatividade dos parlamentos.

Não há dúvida de que o debate político, com suas paixões, ideologias e mútuas concessões, deve ocupar, em regra, as casas de representação popular. Ali está o ambiente propício a tais discussões, haja vista que ali estão os representantes do povo. Todavia, no mundo contemporâneo, tais verdades deixaram de ser absolutas. O parlamento passa por grave crise de representatividade, pois a política não é, há muito tempo, um espaço reservado aos homens mais virtuosos⁴⁴. Cuida-se, em muitos casos, de representação de interesses particulares, como um negócio qualquer – emblemática, nesses casos, é a presença de gerações de famílias que tratam a política como negócio de pai para filho, numa espécie de direito de herança político⁴⁵ -, sem falar que a maioria dos debates é pautada pelo Poder

nos Estados Unidos da América, São Paulo, Peixoto Neto, 2009. No mesmo sentido, SÉVILLIA, Jean. *O terrorismo intelectual – de 1945 aos nossos dias*. São Paulo, Peixoto Neto, 2009.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 95.

⁴⁵ Tal prática não se limita ao ambiente político, conforme demonstra reportagem do jornal Folha de São Paulo. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1310810-filhas-de-ministros-do-stf-disputam-altos-cargos-no-judiciario-mesmo-sem-experiencia.shtml>>. Acesso em 23/08/2013.

Executivo, esfera detentora dos recursos públicos. A consequência, como não poderia deixar de ser, é o quase total descrédito em partidos políticos e nos parlamentos.

Surgiria, assim, um vácuo de poder em que muitas questões ficariam sem resposta, aguardando iniciativas que, em vários casos, hibernam nas casas legislativas, especialmente nos casos difíceis e que geram grande polarização da sociedade (os desacordos morais razoáveis: aborto, uniões homossexuais, bioética etc.). E esse estado de coisas seria agravado em países como o Brasil, de recente ambiente democrático, em que não há uma cultura consolidada de instâncias de representação popular e onde figura um texto constitucional analítico, que regula inúmeros assuntos (muitos sem qualquer dignidade constitucional), subtraindo vários temas do debate legislativo, sem falar no grande número de princípios vagos, com forte carga valorativa. Em um cenário desses, a judicialização da política e o ativismo judicial são, praticamente, inevitáveis.

Outro argumento favorável ao ativismo seria o de que, em regra, as demandas populares devem ser discutidas nos ambientes representativos, mas quando os representantes do povo não desempenham esse papel e tal mister está determinado na constituição (que há muito teria deixado de ser um documento unicamente político), o Judiciário, como guardião da constituição e dos direitos humanos, quando provocado, não poderia deixar de manifestar-se. Seria reconhecida, ao lado da representação popular, democrática, desempenhada pelo Parlamento, a representação argumentativa, no âmbito do Judiciário⁴⁶. Não seria possível continuar entendendo a separação dos poderes com os mesmos olhos daqueles contemporâneos de sua criação. O mundo teria mudado, as relações sociais seriam outras, os poderes do Estado, idem. Quando temos uma constituição que confere ao Judiciário a posição de intérprete último desta, este Poder deveria, dentro de suas atribuições, dar efetividade aos comandos emanados das normas, com comedimento e autocontenção, uma vez que, conforme determina a constituição, o Poder emana do povo, e não dos juízes. Mas a contenção aconteceria, também, por parte do próprio ordenamento e da atuação dos outros poderes. No mais, sendo a atuação efetivada para dar concretude aos direitos fundamentais e numa perspectiva contramajoritária (com vistas, sempre, nos direitos fundamentais), o Judiciário seria, cada vez mais, chamado a atuar, e seria bom que assim fosse. Processos como o do Mensalão, que envolveu ainda a perda de mandatos de parlamentares condenados, bem como a análise de vetos por parte do Congresso, são temas previstos na Constituição, e o intérprete último é o STF, como diz esta própria Constituição. Para dar concretude aos direitos

⁴⁶ Conforme MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 511.

fundamentais o STF poderia, em alguns casos, deixar sua posição de mero legislador negativo e exercer, comedidamente, a função de inovador na ordem jurídica.

Assim, para os defensores do ativismo judicial, o Poder Judiciário teria a função de concretizador da Constituição. Mais: para conferir máxima efetividade às normas constitucionais, o Judiciário deveria controlar as omissões dos outros poderes, exercendo o controle da constitucionalidade da falta de lei⁴⁷. Preocupações como mínimo existencial, reserva do possível ou o custo dos direitos sociais caberiam apenas em sistemas de constituição com feição liberal, apenas limitadora, caso totalmente diferente do brasileiro.

Some-se a isso o fato de que, como já afirmamos anteriormente, parece não haver dúvidas de que o constituinte brasileiro fez a clara opção por um sistema com grande atuação do Poder Judiciário, haja vista a previsão, na atual constituição, no rol de direitos fundamentais do art. 5º, da inafastabilidade do Poder Judiciário. A constituição ampliou, ainda, o elenco de legitimados no controle concentrado de constitucionalidade e a previsão de inúmeros instrumentos processuais (ADIn, ADIn por omissão, ADC, ADPF, ação interventiva, mandado de injunção, a súmula vinculante, a ação civil pública etc.). Não há dúvidas: ser um juiz atuante não é opção do magistrado, mas uma determinação do legislador constituinte. E isso fica ainda mais latente quando se faz uma análise global da constituição, buscando a unidade constitucional, conjugando seus princípios, fundamentos e objetivos fundamentais. Trata-se de um documento compromissado com a promoção dos direitos humanos e com a defesa incondicional da democracia. Não podemos esquecer: foi uma carta promulgada após vinte e um anos de regime de exceção, buscando ainda resgatar a histórica dívida social de nosso país, um gigante continental, dono de (quase) infindáveis riquezas naturais, mas com um déficit de desenvolvimento proporcional ao tamanho territorial. O texto constitucional, não parece haver dúvida, elevou o Judiciário ao mesmo patamar dos outros poderes.

De posse do arsenal prático positivado na constituição e nas leis, e munido com as ideias do neoconstitucionalismo/pós-positivismo, os membros do Poder Judiciário devem, efetivamente, para os defensores do ativismo, buscar a concretização da constituição, procurando tornar reais as promessas do legislador constituinte. E tudo isso amplificado pela baixa representatividade do parlamento brasileiro, que já havia perdido muito espaço para o Poder Executivo, praticamente transformado em legislador pelo instituto das medidas provisórias. Conforme argumentamos algumas linhas acima, o estado constitucional

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2011, p. 64.

brasileiro, fundado na supremacia da constituição, optou claramente pela jurisdição constitucional. Melhor dizendo: optou por um Judiciário ativo e concretizador de políticas públicas, quando necessárias à promoção dos direitos humanos e à reparação das omissões dos outros poderes. Porém, tal ascensão – e isso parece ser intuitivo –, pode trazer sérios problemas de ordem institucional, com profundos golpes na democracia. A opção pela jurisdição constitucional traz atritos com as decisões majoritárias, gerando algumas dificuldades.

4.3 - Ativismo Judicial – argumentos contrários

4.3.1 - A dificuldade contramajoritária

Um dos primeiros problemas da judicialização da política refere-se à questão da dificuldade contramajoritária⁴⁸. A democracia, antes de mais nada, é um regime em que vigora a vontade da maioria. O poder, em nosso ordenamento constitucional, emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. As questões são resolvidas com obediência à vontade das majorias. Porém, o regime de um estado constitucional conta com uma particularidade: a constituição serve como proteção às minorias, até mesmo contra as majorias. Em outras palavras, as majorias podem muito, mas não podem tudo, pois estão subordinadas à constituição. Em nosso sistema, o controle da constitucionalidade repressivo é exercido, por expressa determinação constitucional, pelo Poder Judiciário⁴⁹. Nessa função, o Judiciário, formado por integrantes não-eleitos, invalida um ato de outro poder, formado por representantes do povo, eleitos pelo voto. Apesar de haver previsão constitucional, não é uma questão sem importância. É um dado que deve ser levado em consideração pelo aplicador da lei, que deve certa deferência aos atos dos representantes do povo. O que vai legitimar a sua atuação, além da previsão constitucional, é

⁴⁸ Cf. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. Cit. P. 131. Nos EUA, o tema da dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*) é quase obsessão. Para uma detalhada reconstrução histórica do debate, ver a bibliografia indicada pelos autores: FRIEDMAN, Barry. *The Birth of na Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, part five*. Yale Law Journal, v. 112, n. 2, 2002, p. 153-259.

⁴⁹ Talvez a maior discussão da história do direito constitucional norte-americano seja a da legitimidade do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de um ato emanado dos representantes do povo, um ato do legislativo. Nunca é demais lembrar que a constituição americana não prevê quem seriam os legitimados para declarar a inconstitucionalidade de determinada lei – trata-se de construção doutrinária publicada no Federalista nº 78, por Alexander Hamilton, e materializada no célebre julgamento *Marbury v. Madison*, em 1803 – é bem verdade que há registros de outras manifestações de cortes abordando a constitucionalidade de leis, mas o caso citado entrou para a história como o paradigma da declaração de inconstitucionalidade de um ato do parlamento. O caso brasileiro é completamente diverso. Para uma análise detalhada a respeito do caso *Marbury v. Madison*, ver BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.

o fato de que, ao anular um ato do poder legislativo, o juiz está preservando a constituição, que é a expressão máxima do poder do povo. Porém, tal conduta deve ser, sempre, exceção, pois é preciso ter deferência pelos Poderes que receberam legitimidade popular, sob pena de ferir-se a mesma Constituição que, alegadamente, procura-se defender, com o desrespeito ao princípio da separação dos poderes⁵⁰.

Em relação à separação dos poderes, é muito importante que tenhamos uma coisa em mente: a teoria de Montesquieu, que serve de norte ao art. 2º de nossa Constituição da República, não pode ser lida com os mesmos olhos. Há séculos de distância entre o momento em que a referida teoria foi criada e a promulgação de nosso Texto Constitucional. Os Poderes republicanos são independentes e harmônicos, ou seja, não são estruturas estanques, paradas no tempo e no espaço, com atribuições rígidas e imutáveis⁵¹. Não, os tempos são outros. Porém, exatamente por causa dessa interpenetração entre os Poderes de Estado, é que os componentes de tais estruturas devem redobrar o cuidado quando estiverem buscando a realização do interesse público, para que não invadam, além do limite, as áreas de atribuição previamente reservadas a cada Poder.

4.3.2 - A questão da última palavra

No debate travado no direito norte-americano, o professor neozelandês Jeremy Waldron realiza vários questionamentos acerca dessa última palavra dada pelo Poder Judiciário⁵². Ninguém nega a crise de representatividade dos parlamentos – trata-se de fenômeno mundial. Porém, se as casas legislativas não são sinônimo de virtude, os tribunais seriam? Haveria uma casta de seres iluminados vestidos de togas? Estariam os juízes imunes aos problemas que cercam os parlamentares? Uma simples consulta aos sites de busca na internet mostrará que não. Venda de sentenças, morosidade, gastos inúteis, falta de transparência, os defeitos são muitos e provam que não há tanta diferença assim em relação ao

⁵⁰ O princípio da separação dos poderes possui raízes remotas em Aristóteles, que distinguia a Assembleia-Geral, o Corpo de Magistrados e o Corpo Judiciário. Modernamente, ganhou certa notoriedade com John Locke e seu Segundo Tratado do Governo Civil. Porém, foi com o francês Barão de Montesquieu (Charles-Louis de Secondat), em sua obra *O Espírito das Leis* (disponível em <<http://etext.lib.virginia.edu/etcbin/toccer-new2?id=MonLaws.xml&images=images/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public&part=137&division=div>> - acesso em 23/08/2013, que a teoria recebeu a forma contemporânea., sendo definitivamente incorporada ao pensamento ocidental. Para uma análise detalhada do tema, consultar BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2010, pp. 144/159.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 589.

⁵² Waldron, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. v. 115 (6), 2006, p. 1346-1406. Ver também, do mesmo autor, *Judicial Review and the Conditions of Democracy*. The Journal of Political Philosophy: volume 6, number 4, 1998, pp. 335-355.

parlamento. Não é difícil imaginar que a retirada dos debates do parlamento para os tribunais possa acarretar uma indesejável elitização das discussões políticas, com a palavra de uns poucos conduzindo a vida de toda a população, sem falar na pernicioso politização do judiciário. Qual é o critério para garantir que a opinião de um letrado nas letras jurídicas é melhor que a opinião do homem do povo? A transferência do debate político para os tribunais retira a possibilidade de o homem comum ter voz. Mesmo que consideremos tal argumento ingênuo (e não parece ser, pois a possibilidade de se dar voz ao homem comum existe, mesmo que remotamente), mesmo que a possibilidade de influência a ser exercida pelo indivíduo comum seja próxima do zero, tal fato não pode ser ignorado, ainda mais quando se constata que é carregado de forte simbologia. A participação popular, se não é perfeita, também ajuda a concretizar um comando constitucional, além de dar a sensação de que o povo participa dos destinos da nação – há uma espécie de sentimento de participação popular nos destinos da nação. Com a discussão nos tribunais, isso não acontece. Basta pensarmos nas sempre lembradas (pelos defensores da judicialização da política) audiências públicas, bem como na presença dos *amici curiae*. Realmente, são tentativas de tornar os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário mais democráticos, conferindo maior legitimidade aos atos de um poder que não passa pelo crivo do voto popular. Mas há dois fatos que não podem passar despercebidos: primeiro, nas audiências públicas e nas intervenções dos *amici curiae*, a pluralidade de vozes é limitada. Mesmo quando há organizações pretensamente populares, trata-se, na verdade, de minorias extremamente organizadas, quase sempre distantes das maiorias silenciosas, que (bem ou mal) exercem um ato político ao votarem – é difícil pensarmos na voz do homem comum do povo em uma audiência pública no STF... Segundo, os institutos acima citados são utilizados no STF. Porém, nos outros tribunais e na magistratura de primeiro grau, tal fato não ocorre, em que pese a postura ativista de magistrados em todas as instâncias e tribunais espalhados pelo Brasil. Ou seja, no dia-a-dia do Judiciário, na maioria das decisões que realizam escolhas políticas, os magistrados agem com elevado déficit democrático (afirmamos isso por uma questão de coerência: se consideramos que as audiências públicas e intervenções dos *amici curiae* contribuem para a legitimação da jurisdição constitucional, ao lado da argumentação jurídica, somos obrigados a considerar que, na ausência de tais institutos, a legitimidade fica comprometida ou, no mínimo, mais frágil).

4.3.3 - A capacidade das instituições republicanas

Outro obstáculo que se coloca contra a judicialização da política é a falta de expertise do Judiciário. Os juristas são acostumados a trabalhar com códigos binários, no âmbito de

validade/invalidade, licitude/ilicitude, utilizando-se de arcabouço técnico-jurídico para a solução de problemas. Porém, no terreno da política e da administração pública, há inúmeras variáveis, acordos e concessões mútuas, escassez de recursos, discricionariedade, linguagens que parecem inaceitáveis no âmbito jurídico. Mais: em inúmeros casos o magistrado não tem o domínio técnico necessário para se manifestar – sem falar, também, no terreno da discricionariedade do administrador, na conveniência e oportunidade na tomada de decisões. Mais: pode-se fazer, ainda, o seguinte questionamento: mesmo diante da previsão constitucional da inafastabilidade do Judiciário, todas as questões devem ser levadas, realmente, a esse Poder? Ou, como acidamente afirmou o prof. Lênio Streck, trata-se do fetiche do ativismo”⁵³. Basta pensarmos, por exemplo, em uma decisão do Copom baixando ou aumentando a taxa Selic, e que tal decisão venha a causar danos a determinadas pessoas. Imaginemos agora que tais pessoas demandem nos tribunais e o Judiciário determine essa ou aquela política de juros. Tal conduta, sem o devido conhecimento (não no mesmo nível de especialização dos integrantes do Copom), pode acarretar danos gravíssimos à economia nacional.

Mas as críticas ainda não se encerram aqui. Ao contrário do que parecem entender os defensores do ativismo judicial, há, sim, problemas de custos na implementação de direitos de cunho social. A reserva do possível é uma realidade, pois a escassez de recursos é fato que pode ser verificado em toda a história da economia. A administração pública trabalha com o princípio da legalidade e com o orçamento, dois vetores que também possuem envergadura constitucional. A decisão judicial, muitas vezes, não leva em conta a complexidade das escolhas feitas pelo administrador, pois tem os olhos voltados apenas para aquele caso concreto, sem a dimensão macro da questão orçamentária. É o que Jeremy Waldron denomina de “*característica multifacetária, inapropriada para ser decidida em uma estrutura judicial*”⁵⁴.

Não podemos esquecer, também, que o acesso ao Judiciário, apesar de ter melhorado em muitos aspectos, ainda é extremamente deficitário, ficando o recurso aos tribunais como opção reservada a quem tenha condições mínimas de instrução – pessoas que têm consciência de que são titulares de um determinado direito. Mas há uma grande massa que ignora completamente a possibilidade de se recorrer ao Estado-juiz. Assim, temos inúmeros casos em que os recursos que iriam para o orçamento para atendimento da população em geral, não

⁵³ STRECK, Lênio Luiz, obra citada, p. 28. O autor, ao comentar sobre casos absurdos de ativismo judicial, fez uma oportuna advertência: “cada atitude voluntarista desse naipe tem efeitos colaterais. Além de não ter amparo legal. Se é isso que importa”.

⁵⁴ WALDRON, Jeremy. Op. cit.

podem ser usados em razão das decisões judiciais que transferiram numerário para socorrer pessoas que se valeram do Judiciário. A injustiça é flagrante.

4.3.4 - Politização do Judiciário

Por último, mas não menos importante para o debate, está o risco (efetivamente existente) da excessiva politização do Judiciário⁵⁵. Como já se afirmou alhures, quando a política entre nos tribunais, a justiça sai pela porta dos fundos. De concessão em concessão, o Judiciário pode ficar refém de grupos de pressão, numa postura diametralmente oposta àquela que se espera de um poder baseado na razão. Basta pensarmos nas minorias organizadas que fazem dos tribunais uma instância para reverter decisões nas quais foram derrotadas pela maioria ocasional – não se está afirmando que as minorias não devem ser levadas em consideração, muito pelo contrário. Os direitos fundamentais estão aí para proteger e dar voz aos grupos minoritários. Mas nunca é demais lembrar que a democracia é o governo das maiorias, com respeito pelas minorias. Já assinalamos, linhas acima, que as maiorias podem muito, mas não podem tudo. Porém, o raciocínio não pode ser deturpado a ponto de subverter o princípio democrático. E o que acabamos vendo, como bem lembrado por Lênio Streck, é um STF pressionado pela opinião pública (quem seria essa tal de opinião pública?) e por minorias organizadas – além dos partidos políticos, temos hoje os partidos dos gays, dos negros, das mulheres, dos índios, dos ambientalistas, dos servidores públicos, dos empresários etc. Perdida a causa nas instâncias majoritárias, recorre-se ao tribunal com o objetivo de invalidar aquele ato normativo. E quem acaba pagando a conta é nossa corte maior, por causa de um comportamento, por vezes, ativo demais⁵⁶.

4.3.5 - Desacordos morais razoáveis

Para encerrar, há um terreno em que, após muito refletir, entendemos que o Judiciário não deve assumir postura ativa, sendo preferível que abra mão da decisão para as instâncias políticas e os debates parlamentares: os desacordos morais razoáveis⁵⁷. Segundo BESSON (2005), citada por Jorge Octávio Lavocat Galvão, os desacordos morais razoáveis “são aqueles que resistem a uma resolução racional, sendo uma realidade muito mais dividida

⁵⁵ Cf. STRECK, Lênio Luiz. O Supremo Tribunal deve julgar por princípios ou por políticas? Salvador: 2013, pp. 258/263.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Sobre os desacordos morais razoáveis, GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil, in AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello (coordenação), obra citada, p. 151. Ainda sobre os desacordos morais razoáveis, BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito..., p. 261.

que o mero pluralismo político”⁵⁸. São questões difíceis, casos em que há uma clivagem incontornável entre os pontos de vista dos diversos atores da sociedade, sem que se vislumbre a possibilidade de um acordo – pelo contrário, são hipóteses em que o tempo apenas acentua o radicalismo na tomada de posições. São casos extremamente difíceis, delicados, verdadeiros *hard cases*. É certo que poderia haver questionamentos em sentido contrário, argumentando que são exatamente essas hipóteses que requerem uma atuação do Judiciário, pois aqui há, em muitos casos, um silêncio proposital das esferas parlamentares, receosas na tomada de posições que podem acarretar a perda de apoio político. O Judiciário, como poder que não necessita da simpatia do voto popular, seria chamado para resolver tais dilemas. A argumentação é sedutora, mas não convence.

Parece-nos que aqui, mais do que em qualquer outra esfera, a questão deve ser deixada para o âmbito parlamentar. São questões de grande impacto na sociedade, em seus códigos morais, suas tradições, seu patrimônio afetivo. Não são escolhas para serem decididas com uma canetada, com o ponto de vista de uma elite muitas vezes distante do senso comum e dos padrões morais de um povo. O ambiente político parece ser o local em que a opinião pública poderá se fazer ouvida e onde terá maior influência. Como afirmou WALDRON (1993: 13):

“ante a existência de desacordos morais razoáveis, em um ordenamento jurídico fundado na revisão jurisdicional substantiva de constitucionalidade, os direitos fundamentais estão, na verdade, em risco, ao invés de protegidos; (...) em uma sociedade que realmente leva seus direitos a sério, existe bastante espaço para um desacordo moral honesto e de boa fé entre os cidadãos a respeito de seus direitos fundamentais”.⁵⁹

Ou seja: o processo democrático seria preferível. De nossa parte, vamos ainda mais longe: o cenário mais indicado para resolver a problema dos desacordos morais razoáveis parece ser, certamente, o da democracia direta, através das consultas populares, por meio do plebiscito e do referendo.

Em que pese a importância das críticas feitas acima, é preciso reconhecer pontos positivos no exercício da jurisdição constitucional, mesmo que não tenha resolvido os problemas na questão macro. Na questão do fornecimento de medicamentos, por exemplo, é inegável que muitas pessoas só tiveram acesso a medicamentos por conta de decisões judiciais

⁵⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*, in AMARAL Jr., José Levi Mello do. organizador. São Paulo: 2010, p. 147.

⁵⁹ *Apud* GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Estado de Direito...*, p. 148.

que determinaram o fornecimento dos mesmos pelo Estado⁶⁰; o mesmo se pode dizer de direitos previdenciários para companheiros de uniões homossexuais; decisões envolvendo reserva de vagas em escolas; a mudança de entendimento do STF em relação ao mandado de injunção, resolvendo problema relacionado ao direito de greve do servidor público, em mora que se estendia por quase vinte anos. Enfim, vários casos de avanço social podem ser relacionados ao ativismo judicial.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 141.

5 - Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

5.1 - Considerações gerais

O lugar em que o ativismo judicial se faz mais impactante é o Supremo Tribunal Federal. Não que os outros órgãos do Poder Judiciário estejam imunes às tentações ativistas ou que suas decisões não tenham repercussão. Muito pelo contrário. Mas o desenho constitucional brasileiro faz com que as grandes questões da república acabem chegando ao Supremo, seja no controle difuso, através do recurso extraordinário, seja em controle concentrado, em razão do grande número de legitimados. Contribui decisivamente para fato, como já afirmamos, o caráter detalhista de nossa Constituição. Como praticamente todas as matérias encontram-se constitucionalizadas, não é tão difícil chegar à Suprema Corte. Dessa forma, não há semana (ou mesmo, dia) em que o tribunal máximo do país não seja notícia na grande imprensa, decidindo causas que afetam a vida de milhões de brasileiros⁶¹. Da promulgação da constituição de 1988 até os dias atuais, o STF passou por sensíveis mudanças em sua composição. Em um primeiro momento, com elevado número de ministros escolhidos durante a ordem constitucional anterior (era o velho cuidando do novo). Com o passar do tempo e a aposentadoria dos antigos ministros, a Corte foi sendo renovada, e as novas ideias não tardaram a fazer parte das discussões do Tribunal. Em pouco tempo, principalmente a partir dos anos 2000, o STF passou a atuar de maneira mais ativa⁶², avançando em campos anteriormente dedicados à política majoritária. Assim, pudemos ver o tribunal reunido para deliberar sobre inúmeras questões delicadas, como aborto de fetos anencéfalos⁶³, pesquisas com células-tronco⁶⁴, união estável homossexual⁶⁵, greve de servidores públicos⁶⁶, validade de dispositivos da lei dos crimes hediondos⁶⁷, fidelidade partidária⁶⁸, nepotismo no serviço público⁶⁹, cláusula de barreira nas eleições⁷⁰ etc.

⁶¹ VILHENA, Oscar. Supremocracia. Artigo retirado da Revista DireitoGV. São Paulo: jul-dez 2008, pp. 441/464.

⁶² Há inúmeros casos de ativismo relativamente recentes no Supremo. Além daqueles analisados neste trabalho, podemos citar o caso das pesquisas com células-tronco (ADI 3.510-0), fidelidade partidária (Mandado de Segurança nº 26.603-DF), progressão de regime nos crimes hediondos (Reclamação nº 4.335-5-AC) e nepotismo (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12).

⁶³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/DF.

⁶⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510-0.

⁶⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e ADPF nº 132.

⁶⁶ Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712.

⁶⁷ Habeas Corpus nº 82.959.

⁶⁸ Mandado de Segurança nº 26.203-DF.

⁶⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, que deu origem à Súmula Vinculante nº 13.

⁷⁰ ADI nº 1.351-DF e ADI nº 1.354-DF.

Obviamente, muitos desses assuntos foram simplesmente “esquecidos”⁷¹ pela esfera política majoritária. Achou por bem o tribunal em resolvê-los quando se viu diante de tais demandas, sob o argumento de concretização dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição e de seus princípios (postura claramente pós-positivista e adepta do neoconstitucionalismo). Em que pese a boa vontade e as melhores intenções da Corte nos temas citados, mesmo que concordemos com os fins conseguidos nas decisões, não compactuamos com os meios ativistas utilizados em algumas das questões. Analisaremos alguns a seguir.

5.2 - Casos concretos

5.2.1 - Uniões estáveis homossexuais

Trata-se, sem dúvida, de um clássico desacordo moral razoável. É um tema que ultrapassa as fronteiras do direito, atingindo pontos da esfera moral, religiosa e, obviamente, política. Mas o STF enfrentou a questão e, segundo entendemos, de maneira equivocada, ferindo princípios e regras constitucionais.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Conforme noticiou o site do STF,

“o relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da

⁷¹ A colocação de aspas tem uma explicação: alguns temas, principalmente os desacordos morais razoáveis, são extremamente polêmicos e encontram resistência na sociedade, sendo, por isso, deixados de lado pelos políticos, que preferem não entrar em polêmicas que teoricamente poderiam acarretar a perda de votos ou o conflito com os eleitores. Mesmo temas que tem grande aprovação popular, mas possuem grande rejeição entre a intelligentsia brasileira são evitados, pois o autor das propostas pode cair em uma informal lista negra das minorias organizadas, que encontram trânsito livre nas redações dos principais meios de comunicação do Brasil - os deputados Marco Feliciano e Jair Bolsonaro são exemplos emblemáticos. No sentido do texto, afirmando que há voluntariedade em certas omissões do Parlamento, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti de, e NOVELINO, Marcelo. Obra citada, p. 230.

CF. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Na sessão de quarta-feira, antes do relator, falaram os autores das duas ações – o procurador-geral da República e o governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio de seu representante –, o advogado-geral da União e advogados de diversas entidades, admitidas como *amici curiae* (amigos da Corte)”.⁷²

Os votos dos ministros explicam muito. Foi uma decisão claramente ativista, com postura consequencialista, pois os ministros apenas procuraram justificar aquilo que já estava decidido: a união estável homossexual deveria ser permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira crítica a ser feita está na interpretação efetuada pela corte. O relator, Ministro Ayres Britto, faz longo voto (49 páginas) em que cita, entre outros, Platão, Descartes, Fernando Pessoa, Jung, Caetano Veloso e Chico Xavier e faz longas considerações sobre família, preconceito, liberdade, homossexualidade (ou, como disse o mesmo, homoafetividade, baseando-se no conceito criado por Maria Berenice Dias, magistrada do Rio Grande do Sul⁷²). Porém, só passou a analisar o art. 226 da Constituição da República a partir da página 39 de seu voto. E o fez sem enfrentar inúmeras questões.

Primeiro, em relação à unidade da Constituição. Não há como interpretar o Texto Constitucional em fatias, aproveitando apenas o que dará embasamento à tese escolhida pelo intérprete e esquecendo aquilo que pode atrapalhar a conclusão. As constituições, como documentos políticos, são caracterizadas pela conjugação de ideais contraditórios⁷³. Cabe ao intérprete buscar o equilíbrio entre as tensões dessas normas. No presente caso, não há dúvida

⁷² Segundo o voto do Ministro Ayres Britto, a respeitada desembargadora gaúcha afirma que o termo homossexualismo é extremamente negativo, pois remete ao tempo em que o comportamento era classificado como doença pela literatura médica. Depois, segundo a referida autora, passou-se a falar em homossexualidade, mas o preconceito manteve-se forte. Assim, homoafetividade seria uma forma humana de tratar a questão. Pode ser, e tomara que a magistrada esteja certa. Mas não há como deixar de identificar no discurso um apelo à novilíngua, prevista e descrita por George Orwell no profético romance *1984*. Aliás, somos pródigos nessa matéria. Basta lembrarmos os eufemismos contidos em grande parte de nossa legislação, numa tentativa de adequação ao padrão politicamente correto: o adolescente não é preso, mas “apreendido”, e também não pratica crime, mas “ato infracional”; o deficiente é “portador de necessidades especiais”, o velho é “idoso” etc. – a lista é praticamente inesgotável.

⁷³ A respeito do princípio da unidade de constituição, ver CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1138 e 1168; e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: 2009, pp. 202/224.

de que o constituinte originário deixou claro que nosso Estado Democrático de Direito não tolera preconceitos de raça, cor, gênero etc. Trata-se, inclusive, de objetivo fundamental de nossa República a erradicação de tais preconceitos. Porém, não é menos verdade que a norma do art. 226 § 3º, ao prever somente a união estável entre homem e mulher, excepcionou tal regra. Difícil interpretar de outra forma, pois, caso contrário, teríamos que admitir a existência de uma norma constitucional inconstitucional⁷⁴, o que não parece possível em nosso ordenamento, conforme já decidiu o próprio STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815. A única forma de compatibilizarmos a norma do art. 3º com aquela do art. 226 § 3º é entendermos que esta última excepciona aquela. De outro modo, não haveria sentido possível para a norma do art. 226 § 3º, a menos que, é bom repetir, adotássemos a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

Não podemos deixar de levar em consideração, ainda, a interpretação histórica. Como lembrou o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando o Constituinte de 1986/7 colocou as expressões homem e mulher, a intenção foi, expressamente, de excluir as uniões estáveis entre homossexuais, conforme resulta claro da análise dos Anais da Constituinte⁷⁵.

Há, ainda, outro ponto a ser examinado: o tribunal, seguindo o voto do relator, declarou a inconstitucionalidade do art. 1723 do Código Civil, utilizando-se da técnica de interpretação conforme a constituição. Não vamos entrar no tema desta técnica, que não é objeto deste trabalho e está entre as questões mais complexas da atual dogmática constitucional. Mas não podemos deixar de mencionar um ponto: o limite para o uso da interpretação conforme. Em densa monografia sobre o tema, Lucas Catib Laurentiis afirma que

“mesmo fluido e potencialmente indeterminado, o limite da textualidade não pode ser desconsiderado. Há um elemento político e institucional nessa afirmação. A admissão da capacidade criativa dos magistrados que desconsidere completamente a expressão do texto legislado desvirtuaria o que há de mais elementar na função jurisdicional. (...) O fato relevante, que deve efetivamente impedir o uso da interpretação conforme a constituição, é a possibilidade do acolhimento do

⁷⁴ BACHOFF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Coimbra: Almedina, 1994.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Alteração e mudança da constituição: o caso brasileiro*. In Constituição e Democracia. Salvador: 2013, pp. 571/2.

pedido de sua realização acarretar a criação de uma hipótese normativa não contemplada no texto normativo analisado”⁷⁶.

As considerações acima são irreparáveis. Há um limite textual na interpretação, e tal limite foi claramente ignorado pelo STF. Mais: o tribunal fez uso da técnica da interpretação conforme onde, isso parece claro, não havia duplo sentido. Aliás, o legislador civil apenas reproduziu os termos da própria constituição. Seria extremamente contraditório apontar inconstitucionalidade na conduta do legislador que reproduz o constituinte originário. Com todas as vênias possíveis, uma coisa parece certa: o STF fez malabarismo interpretativo para conseguir reparar um vazio normativo que prejudica uma minoria com expressivo poder de pressão. Porém, e aqui parece estar o ponto central da questão, esse vazio normativo requereria uma modificação através de emenda constitucional. Não negamos que o vazio normativo impede que parcela da sociedade desfrute de direitos fundamentais garantidos pelo Estado Democrático de Direito. Mas há regras e limites claramente impostos por esse mesmo Estado Democrático de Direito, e que impedem ações voluntaristas. Não negamos a possibilidade do uso de interpretação conforme no controle concentrado, mas é preciso respeitar os limites do texto da lei e da vontade do legislador (é bom lembrar: o legislador civil reproduziu a norma constitucional e seguiu a vontade do legislador constituinte, como demonstramos acima). Conforme ensinado pelo professor Lucas Catib De Laurentiis, “se estes limites não forem respeitados, o potencial nocivo da interpretação conforme a Constituição, não só ao funcionamento harmônico dos Poderes, mas também à própria racionalidade da jurisprudência constitucional, será também ilimitado”⁷⁷.

Por último, ao realizar um procedimento informal de modificação da constituição, em local onde não há consenso na sociedade, o Tribunal feriu o art. 60 da Constituição, que regula o processo de modificação do Texto Constitucional. O Constituinte previu as condições e os legitimados ativos para proposição das modificações. São requisitos mais solenes e dificultosos que aqueles exigidos para as normas infraconstitucionais (o que é perfeitamente lógico em um ambiente de constituição rígida), protegendo o Texto constitucional da influência de maiorias inconsistentes e ocasionais. E o que fez o STF? Modificou informalmente a Constituição, através de procedimento interpretativo, passando por cima do art. 60 (e incisos) e de uma atribuição reservada à política majoritária. Trocando em miúdos: uma Emenda informal à Constituição, sem necessidade de quórum qualificado,

⁷⁶ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação Conforme a Constituição – conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: 2012, p. 111. Aparentemente em sentido contrário, ao analisar o instituto da mutação constitucional, SBROGIO’GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: 2007, pp. 116/121.

⁷⁷ Idem, p. 147.

por órgão que não figura entre os legitimados a darem início ao procedimento de modificação do Texto Constitucional.

Uma última questão. Os atos, é bom lembrar, produzem consequências, nem sempre desejadas, mas sempre previsíveis. Quando o órgão responsável pela preservação do texto constitucional ignora esse mesmo texto, outros participantes do jogo democrático tendem a fazer o mesmo. Foi o que fez, na sequência da decisão do STF, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), na Resolução nº 175/13, apoiada, ainda, na decisão do STJ no REsp 1.183.378/RS, que reconheceu a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, por considerar que o Código Civil não o veda expressamente. A referida Resolução não apenas passou por cima da constituição e do legislador ordinário no tema das relações homossexuais na união estável e no casamento. Também criou obrigações e consequências punitivas para o caso de seu descumprimento. Com uma Resolução, o CNJ (órgão com atribuições constitucionalmente definidas, de controle administrativo dos demais órgãos do Poder Judiciário), exerceu o papel de Constituinte derivado e legislador ordinário. Realmente, o Judiciário nunca esteve tão presente no cenário político: não nos esqueçamos, o CNJ integra a estrutura do Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional – art. 92, I-A. Num cenário como esse, seria o caso de perguntar: o parlamento ainda é necessário?⁷⁸ A indagação, mais do que irônica, encerra certo dissabor. Explico melhor.

Antes de qualquer coisa, é preciso deixar claro: sou favorável à união estável e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo⁷⁹. As pessoas devem ser livres para optarem pelo estilo de vida e os comportamentos que escolherem, desde que isso não cause danos a outras pessoas.

Pois bem. As decisões acima demonstram que o pensamento de certa elite política e cultural foi imposto à sociedade brasileira. É o pensamento correto? Pode ser – é, inclusive, o que achamos correto. Mas o Estado Democrático de Direito nos cobra certos ônus. Um deles é o respeito às regras, tradições e convenções sociais da comunidade. O casamento é, dentro desse contexto, um dos temas mais delicados.

⁷⁸ A resolução foi objeto de intensas críticas no parlamento brasileiro, como pode ser visto na reportagem do jornal O Globo de 15/05/2013 - <<http://oglobo.globo.com/pais/gilmar-mendes-diz-que-stf-decidiu-sobre-união-estavel-nao-casamento-gay-8386287>>. Acesso em 23/08/2013.

⁷⁹ Mas é preciso que outra coisa fique clara: se não fosse favorável, não haveria o menor problema em afirmar. Ambas as posições merecem respeito, e não apenas aquelas simpáticas ao pensamento politicamente correto. Apesar de não ser exclusividade da sociedade brasileira, o apego ao politicamente correto aqui parece ser mais grave, pois não temos a cultura do debate franco e sincero, herança, talvez, do mito do brasileiro cordial.

Na discussão atual, e a leitura dos votos do STF nas ações descritas neste tópico comprovam isto, os defensores do casamento gay⁸⁰ afirmam que seus adversários políticos não admitem tal tipo de união com base em argumentos morais e religiosos. E que a defesa do casamento gay seria feita apenas com argumentos racionais. Essa afirmação é, em parte verdadeira, em parte, não.

Não há dúvida, o casamento entre homem e mulher, tal como previsto na Constituição, é resultado de considerações morais. Fruto de convenções sociais que remontam a milênios de história da humanidade. Decorrem, não se pode negar, de conceitos morais. Estão certos, neste ponto, os defensores do casamento gay. Mas a afirmação de que os argumentos de defesa do casamento gay possuem base racional não procedem. É que qualquer tipo de casamento decorrerá de considerações morais, daquilo que é admitido em determinadas épocas naquela sociedade. Não fosse isso, casamento poderia ser qualquer união humana (e, até mesmo, animal), e não apenas a aquela entre duas pessoas. Poderia ser a união de três, quatro, oito, trinta e cinco pessoas, de pais e mães com filhos, avós com netos, pessoas com animais, apenas animais, uma cidade inteira, enfim, as possibilidades são infinitas. Tudo é questão de escolha. Animais não são sujeitos de direitos, pais não podem casar com filhos, sexo com crianças é crime. No final das contas, todas essas escolhas legislativas têm fundo moral, inclusive a do casamento gay. Algumas dessas opções são acolhidas pela sociedade (através de seus representantes), outras não. Portanto, o discurso que defende a ideia de que o casamento gay está baseado em argumentos de cunho estritamente racional é falso. Neste ponto, as palavras de Michael Sandel, professor da Universidade de Harvard, são irrespondíveis:

“a autonomia e a liberdade de escolha não bastam para justificar o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se o governo fosse realmente neutro quanto ao valor moral de todos os relacionamentos íntimos voluntários, o Estado não teria argumentos para restringir o casamento a apenas duas pessoas; a poligamia consensual também teria que ser aceita. De fato, se o Estado realmente quisesse manter-se neutro e respeitar todas as escolhas que os indivíduos quisessem fazer, ele teria de (...) se abster de outorgar o reconhecimento a qualquer tipo de casamento. (...) Assim, quando nos aprofundamos na questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, concluímos que não podemos nos basear nas ideias da não discriminação e da liberdade de escolha. Para decidir quem pode qualificar-se para o casamento, devemos raciocinar no sentido do propósito do

⁸⁰ Usarei essa denominação para qualificar tanto o casamento quanto as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

casamento e das virtudes que ele honra. E isso nos conduz ao contestado terreno moral, no qual não podemos permanecer neutros em relação às concepções divergentes da vida boa”.⁸¹

Como afirmamos acima, a questão do casamento gay é um clássico caso de desacordo moral razoável. A questão merece ser decidida pela população, através de consultas diretas à população, por meio de plebiscito ou referendo. Nessas hipóteses, o Poder Judiciário deve prestar reverência ao parlamento, abstando-se de tentações ativistas.

5.2.2 - Fidelidade partidária

No ano de 2007, uma consulta efetuada pelo Partido da Frente Liberal (atual DEM) foi respondida, pelo TSE, da seguinte maneira: *os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.*⁸²

Tal decisão lastreou-se, basicamente, no princípio da representação proporcional, previsto no art. 45, caput, conjugado com o art. 14 § 3º, V (que estabelece a filiação partidária como condição de elegibilidade), ambos da Constituição da República. Tal decisão não considerou o fato de que a filiação ou desfiliação partidária, de acordo com a Constituição, é direito subjetivo integrado à cidadania.⁸³ Do exercício de um direito subjetivo não poderia decorrer uma punição, a menos que fosse expressamente previsto. Mas não foi isso que fez o TSE.

Com base no entendimento consubstanciado na aludida resolução do TSE, três partidos políticos requereram ao Presidente da Câmara a convocação de seus suplentes para as vagas que teriam sido abertas por conta da desfiliação de alguns parlamentares. Como ocorreu o indeferimento do pleito, houve impetração de mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, manteve a orientação do TSE, base da resolução contestada. É bom lembrar que a jurisprudência anterior do STF, apesar de considerar o fenômeno da troca de legendas extremamente deletério, entendia que a Constituição não previa perda de mandato em razão de tal conduta.⁸⁴ A tese que embasou a decisão amparou-se, sobretudo, no princípio da representação proporcional. Como decisão principiológica, alguns votos buscaram fundamentação no moralismo jurídico, como, por exemplo, o Min.

⁸¹ SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: 2011, pp. 318/321.

⁸² Consulta nº 1398/DF, objeto da Resolução nº 22.526/07.

⁸³ RAMOS, Eliseu da Silva. *Op. cit.*, pp. 245/6.

⁸⁴ Conforme MS nº 23.405-9/GO.

Menezes Direito, que afirmou que “a Suprema Corte não fica subordinada ao argumento de Direito Constitucional estrito, sob pena de ofuscar a perspectiva contemporânea do sistema de valores e princípios que estão subjacentes na unidade representada pelo texto constitucional”. Mais emblemático é o voto do Min. Ayres Britto, que também merece transcrição de um trecho:

“O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam dessas virtudes de onivalência, da autorreferência e da autoaplicabilidade, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do direito precisam para solucionar controvérsias”.

As palavras falam por si. Parece que, na verdade, parafraseando o que disse o Min. Ayres Britto, é possível extrair dos princípios as normas que os operadores do direito precisam para embasar suas decisões, pouco importando o que determina o direito posto. Dessa maneira, o STF deu provimento a um dos mandados de segurança (os outros dois foram denegados, com base em outros argumentos, relativos ao caráter temporal da resolução do TSE).

Por melhores que tenham sido as intenções do tribunal, por mais nobres que tenham sido os fins visados pela corte, não podemos perder de vista o fato de que o ordenamento brasileiro é regido por uma Constituição escrita, recheada de princípios, porém, em muito maior número, por regras⁸⁵. E é certo que a atual constituição não previu qualquer regra acerca da perda de mandato por filiação partidária, ao contrário da Constituição de 1967/69, que previa expressamente tal causa, em seu art. 35, V, na forma do art. 152, §§ 5º e 6º. Assim como a atual, Constituição anterior considerava a troca de partido como algo lícito, mas previa a perda de mandato para o caso da mudança sigla, ou seja, o próprio texto constitucional excepcionava a regra criada por ele. Tal possibilidade veio a ser suprimida, anos mais tarde, pela EC nº 25/85. O constituinte de 1988 achou por bem manter a regra criada pela EC nº 25/85, dando a titularidade do mandato ao parlamentar, e não ao partido. Uma escolha equivocada, porém, legítima.

A decisão do STF, ao manter o posicionamento do TSE, fez as vezes do constituinte reformador, numa clara demonstração de ativismo judicial. Valeu-se de conceitos vagos,

⁸⁵ ÁVILA, Humberto, *op. cit.*

amparados em considerações (também vagas) sobre princípios, atropelando regras e escolhas do constituinte. Tudo em nome de um suposto caráter progressista da decisão. E talvez essa decisão tenha mesmo um caráter progressista.⁸⁶ Mas não é o caráter progressista de uma decisão (política ou judiciária) que vai determinar sua correção – se levarmos o raciocínio ao extremo, será possível admitir qualquer postura ditatorial, pois não custa lembrar que os piores tiranos, ao chegarem ao poder, são portadores das melhores intenções. As decisões, em um estado democrático de direito (e as palavras democrático e direito não estão inseridas na expressão apenas por retórica), demandam a observância de regras previamente definidas, que velam por um princípio caro ao sistema constitucional: o princípio da segurança jurídica. Ao atropelar regras e princípios, mesmo que em nome de ideais superiores, o STF acaba por atingir inúmeros valores que sustentam o sistema que procura defender.

Nunca é demais lembrar, como bem anotou STRECK (2013: 261):

“Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas, encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo” (grifos nossos).⁸⁷

Os problemas apontados acima demonstram a necessidade da elaboração de uma profunda reforma política⁸⁸. Para o bem do sistema majoritário, para a saúde da separação dos poderes e, mais importante, para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

⁸⁶ Mas é preciso ser coerente: quem pretende aceitar esse tipo de ativismo que age em nome de valores progressistas, deve ser coerente e também aceitá-lo quando houver a defesa de valores conservadores. Sim, pois o ativismo judicial, ao contrário do que parece pensar certa parcela da comunidade jurídica brasileira, pode pender para qualquer lado do espectro jurídico, a depender, é claro, da composição ideológica da Corte na ocasião. Isso pode ser visto com mais clareza no estudo do fenômeno no direito norte-americano, que em sua história já passou por períodos mais conservadores ou mais progressistas, recebendo críticas ou elogios de acordo com a posição política adotada – os críticos, geralmente, são os que tiveram suas posições derrotadas. Conforme observaram SARMENTO e SOUZA NETO (2013: p. 1330), em obra anteriormente citada, *a proveniência ideológica das críticas lançadas contra a jurisdição constitucional tende a oscilar de acordo com as inclinações políticas adotadas pelos tribunais. Nas primeiras décadas do século passado, quando a Suprema Corte adotava posição política conservadora, limitando seriamente a possibilidade de o Estado atuar no mercado e na sociedade em favor dos interesses dos grupos mais fracos, a crítica era capitaneada por juristas e políticos situados à esquerda do espectro político, que defendiam a autocontenção judicial.*

⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 261.

⁸⁸ Para um abrangente estudo sobre reforma política, ver *A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário*. Texto financiado pelo Instituto Ideias e elaborado sob orientação de Luís Roberto Barroso, com participação de Cláudio Pereira de Souza Neto, Ana Paula de Barcellos, Nélon

5.2.3 - O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

Não seria possível abordar a temática do ativismo judicial no STF sem tocar na delicada questão do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade – art. 52, X da Constituição da República. Segundo afirmou o Min. Gilmar Mendes, em voto na Reclamação nº 4335/AC (originada em razão de suposto descumprimento da decisão proferida no HC nº 82.959, do STF), a norma que confere ao Senado Federal a prerrogativa de conceder eficácia *erga omnes* à lei declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso (o citado art. 52, X, da constituição), teria perdido a finalidade, em decorrência de mutação constitucional.

No extenso voto (66 páginas), o ministro fez um profundo apanhado histórico do instituto, criado para tentar adequar o instituto ao direito brasileiro, pois na matriz do controle difuso (direito norte-americano), as decisões das Cortes Superiores vinculam as inferiores (*stare decisis*, típico dos países filiados ao *common Law*). Analisou também a questão de saber se o Senado Federal estaria vinculado (ou não) à decisão do STF – acabou prevalecendo a tese (aceita até hoje) da não vinculação do Senado Federal, que não pode, entretanto, restringir ou ampliar a decisão do Supremo. Após fazer tais considerações, passa o voto a defender a posição de que o instituto da comunicação ao Senado teria sustentação apenas histórica, e que hoje seria um contrassenso continuar a adotá-lo, pois não há tal previsão no controle concentrado, mesmo em ações que tenham por objeto Emendas Constitucionais – a obsolescência do instituto, segundo o ministro, ficaria ainda mais patente em decisões que afirmassem a inconstitucionalidade de determinadas interpretações, mas não do artigo de lei⁸⁹. Em seguida, o voto passa a discorrer sobre a tendência à abstrativização do controle de constitucionalidade, enaltecendo o trabalho do constituinte de 1988 no tema, quando ampliou consideravelmente o elenco de legitimados ativos, bem como aumentou o número de ações destinadas a resolver as questões relativas à constitucionalidade das normas. Concluiu o voto

Nascimento Diz e Eduardo Mendonça. – Disponibilizado no programa de pós-graduação em Direito Constitucional da PUC-SP, módulo Direito do Estado – Campus Ipiranga.

⁸⁹ Conforme afirmou o Ministro Relator na página 28 do voto: “Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias” .

defendendo o instituto da mutação constitucional (espécie de modificação informal do texto constitucional, sem necessidade de reforma), com a consequente aplicação à hipótese, em razão, principalmente, do caráter obsoleto do instituto (papel do Senado no controle difuso) e da preferência, pelo constituinte originário, do controle abstrato, cuja sistemática, certamente (para o ministro relator), suplantará a sistemática do controle difuso. Por fim, o voto do relator afirma que o papel do Senado Federal, em virtude da mutação do sentido do texto constitucional, seria somente o de conferir publicidade à decisão do STF. Nada além disso.

Apesar de ser acompanhado pelo voto do Min. Eros Grau, o ponto de vista do Min. Gilmar Mendes sofreu fortes questionamentos⁹⁰, principalmente dos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandovski. Este último divergiu, argumentando que não seria possível aplicar o instituto da mutação constitucional em situações em que, longe de apenas interpretar, o operador utiliza a mutação contrariamente ao que prescreve o texto constitucional. Demonstrou, ainda, o voto divergente, que o instituto vem sendo constantemente utilizado pelo Senado Federal, o que comprova a plena eficácia da norma⁹¹. O voto do Min. Lewandovski toca em um ponto fundamental: a impossibilidade utilizar-se a mutação constitucional de maneira a desconsiderar o texto de tal norma, retirando a eficácia do dispositivo. Isso fica ainda mais claro quando se verifica que a referida norma tem aplicação plena, sendo constantemente utilizada pelo Senado Federal.

O voto do Min. Gilmar Mendes aborda um ponto verdadeiro: não há sentido, atualmente, na existência do art. 52, X da Constituição da República. Trata-se de instituto anacrônico, ainda mais com o sistema de controle concentrado existente atualmente no Brasil. Porém, o uso dessa propaganda “abstrativização” do controle difuso, aliada ao instituto da mutação constitucional, para retirar a eficácia do dispositivo em comento, revela-se medida totalmente autoritária. Concordamos com a necessidade de retirada dessa norma do texto constitucional. Porém, não é possível concordar com os meios defendidos pelo ministro relator para a realização de tal modificação.

Não se nega a importância da utilização da mutação constitucional. Trata-se de meio informal de mudança da constituição, sem modificação do texto, que tende a evitar o

⁹⁰ Cf. artigo “STF e a censura ao vídeo da Rcl 4335”, publicado no site “Os Constitucionalistas”, em que se questiona o “desaparecimento” do vídeo de parte do debate proporcionado pelos ministros – o artigo disponibiliza o vídeo, o áudio (completo) e os votos dos ministros na referida reclamação. Acesso em 23/08/2013 - <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/stf-e-a-censura-ao-video-da-rcl-4335>>.

⁹¹ Segundo informação contida às fls. 08 do voto, “entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso”.

engessamento do sistema, acompanhando a evolução da sociedade, com baixo ônus político. Porém, a mutação constitucional, como qualquer meio de interpretação, possui limites, principalmente o próprio texto constitucional e o respeito ao sistema constitucional como um todo. Em relação ao problema em estudo, a primeira limitação serve como argumento definitivo, segundo nos parece. A mutação constitucional defendida pelo Min. Gilmar Mendes atenta, frontalmente, contra texto expresso da Constituição.

Mas há mais um argumento: a existência das súmulas vinculantes. Se as decisões em controle difuso estivessem aptas a produzir efeito vinculante e *erga omnes*, sem a participação do Senado Federal, qual seria a função das súmulas vinculantes?⁹² Difícil conciliar os dois institutos.

Parece fora de qualquer dúvida que, para haver a modificação pretendida pelo Ministro Gilmar Mendes, o caminho mais correto seria o da Emenda à Constituição⁹³.

Assim, mais uma vez, o STF pareceu invadir a esfera de competência de outro Poder, sem demonstrar qualquer deferência ou apreço pelo papel destinado à Casa Alta de nosso Parlamento.

Com tal conduta, o STF envereda pelo perigoso caminho de se arvorar em senhor da Constituição. Não é⁹⁴. O poder pertence ao povo. O STF, diz o texto constitucional, é guardião da constituição, mas não o seu dono. A interpretação e a consolidação da constituição são feitas diariamente, na vivência constitucional, com diálogos entre as instituições e posturas de deferência recíproca. Qualquer coisa que desconsidere isso demonstra a existência de tentações autoritárias.

5.2.4 - Ativismo judicial no STF e a questão dos direitos relativos à saúde

Um dos temas mais polêmicos, em matéria de ativismo judicial diz respeito à questão dos direitos prestacionais, em especial aqueles relativos à saúde e à educação. Há uma crença, muito difundida entre nós, brasileiros, de que a efetivação de direitos previstos na Constituição, na omissão do administrador, deve ser suprida pelo juiz, que deverá concretizar o direito ali previsto (ainda que na forma de um vago princípio), concedendo o bem da vida

⁹² No sentido do texto, não admitindo hipótese de mutação constitucional no caso do art. 52, X da Constituição e sustentando o óbice causado pela previsão das súmulas vinculantes, SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: 2012, pp. 354/5.

⁹³ Idem, p. 355.

⁹⁴ Obviamente não concordamos com a frase (e sua importação para o nosso sistema constitucional) do Juiz Wendell Holmes: *a constituição dos Estados Unidos é o que a Suprema Corte diz que é*. Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2009, p. 383.

ao demandante. Há uma clara transposição de conceitos do direito comum, civil, para a esfera constitucional, com bem anotou Virgílio Afonso da Silva:

“não é possível, devido a razões que serão analisadas mais adiante, que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os chamados direitos individuais (civis e políticos), ou seja, juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário”⁹⁵

Lamentavelmente, porém, a discussão acerca de tais questões é cercada de argumentos passionais, que obscurecem a questão, que merece um pouco mais de racionalidade e ponderação.

A primeira questão a ser colocada é em relação aos custos. Os direitos sociais têm custos⁹⁶, e os custos demandam recursos, que são escassos. É no ambiente de incertezas de dúvidas que o administrador faz escolhas. E ao contrário do costuma ser afirmado, não é a mera falta de vontade política que faz com que as políticas públicas não aconteçam. Fosse isso verdade, bastaria colocar o atendimento às demandas na lei e o problema estaria resolvido, como já dissemos acima. A questão, porém, teima em ser muito mais complexa.

O problema do ativismo judicial nos direitos prestacionais é mais sentido em razão da forma como o Judiciário analisa tais demandas. A origem dos direitos prestacionais é, basicamente, coletiva. Entretanto, as demandas que chegam ao Judiciário são, em regra, individuais, e oriundas das mais diversas causas: remédios que não constam das listas elaboradas pelo governo, próteses, cirurgias, vagas em escolas etc.

Poderia, contudo, ser alegado que o juiz julga casos extremos, protegendo o direito à vida, que muitas vezes encontra-se no limite. Essa alegação, praticamente senso comum, não é verdadeira, conforme demonstram alguns estudos.⁹⁷ Mas há alegações mais graves.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 588.

⁹⁶ Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, apud SILVA, Virgílio Afonso. Obra citada, p. 591-592. Segundo afirmam os autores citados pelo professor Virgílio, todos os direitos têm custos, sendo que os custos para manter estruturas que garantem os direitos individuais (que, a princípio, não teriam custos) são, no dizer dos referidos autores, muito altos. O argumento, porém, não se sustenta. É que, como afirmou o professor Virgílio Afonso da Silva no mesmo texto, a estrutura criada para garantir os direitos não é exclusiva para os direitos individuais - ela é disponibilizada para a garantia de todos os direitos, inclusive os sociais. Assim, apesar de ser verdadeira a afirmação de que todos os direitos possuem custos, mais verdadeira é que diz que os direitos sociais são mais custosos.

⁹⁷ Conforme estudo realizado por estudantes de direito da Universidade de São Paulo, em que analisaram decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo nas questões envolvendo o fornecimento de remédios para

O ativismo judicial no fornecimento dos medicamentos apresenta uma faceta ainda mais obscura, ligada à influência da indústria farmacêutica. Conforme afirmou o Ministro Gilmar Mendes, “o Poder Judiciário, ao implementar a política da saúde pública e deferir determinadas solicitações, pode estar contribuindo com ações artificialmente criadas por interesses privados”.⁹⁸ O Ministro apresenta, ainda, dados referentes às audiências públicas realizada no STF para discussão das questões relativas ao fornecimento de remédios. Os resultados podem ser consultados no próprio site do Supremo Tribunal Federal. Há dados muito interessantes, como aqueles apresentados pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, que informou receber “uma média de 40 novas ações de medicamentos por dia. Essas ações resultaram em um gasto de R\$ 29 milhões no ano de 2008, apenas no cumprimento de decisões judiciais. Desse valor, R\$ 15 milhões foram gastos apenas com a aquisição de dois medicamentos, que beneficiaram 333 pessoas”.⁹⁹ O mesmo problema foi relatado pelo professor Virgílio Afonso da Silva, em casos ocorridos no Estado de São Paulo¹⁰⁰.

Como pode ser visto, a questão do atendimento de demandas relacionadas à saúde, pelo Judiciário, não é uma causa tão vitoriosa assim. Sem contar o fato de que juízes julgam tais demandas com a consciência de que são questões de direito individual - tal afirmação também foi confirmada pela pesquisa efetuada pelos alunos do curso de Direito da Universidade de São Paulo, citada linhas acima.

Segundo o estudo do Ministro Gilmar Mendes, as audiências realizadas no STF contribuíram para deixar algumas questões mais claras: os processos relativos ao fornecimento de medicamentos devem ser pensados de maneira global, com ampla possibilidade de produção de prova, sem utilização de formulário-padrão para iniciais, despachos ou sentenças - uma análise profunda relacionada ao caso concreto. As decisões que imponham prestações ao Estado devem ocorrer em caráter excepcional, quando for evidente e deliberada a omissão do administrador, principalmente em casos em que já haja a previsão de políticas públicas¹⁰¹. Como bem afirmou Virgílio Afonso da Silva, o Judiciário deve ser

tratamento do vírus HIV - citado em SILVA, Virgílio Afonso. Obra citada, pp. 594-595. No mesmo sentido, estudo realizado pelo Estado de São Paulo, que constatou que 77% dos remédios solicitados em um determinado período não integravam os programas de assistência farmacêutica do SUS, conforme informam CHIEFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita Barada. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade* apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 507.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Obra citada, pp. 507-508. No mesmo sentido, o estudo do juiz federal Eduardo Appio, Como o discurso dos direitos fundamentais tem ajudado os lucros das multinacionais farmacêuticas no Brasil. Disponível em <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=2107>. Acesso em 30/08/2013.

⁹⁹ Idem, p. 513.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso. Obra citada, pp. 596-597, onde o autor comenta dados constantes em um artigo de Alberto Nakamura, publica no jornal Folha de São Paulo de 10/07/2003 - há relatos de pacientes portadores da Síndrome de Gaucher que custavam ao Estado US\$ 9.620,00 por mês.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Obra citada, pp. 517-518.

“capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for”.¹⁰²

No tocante às audiências públicas relacionadas à saúde, realizadas no STF, uma última observação. Não se nega o proveito tirado das discussões realizadas na Corte durante a realização dos eventos. Inúmeros e distintos pontos de vista, opiniões embasadas e conclusões geradoras de ações concretas. Porém, uma pergunta não quer calar: será esse o ambiente correto para tal tipo de manifestação da democracia? Não seria mais proveitoso, à sociedade como um todo, se tudo isso ocorresse no ambiente da política majoritária? Há um claro e (pensamos) desnecessário desvirtuamento no papel do Poder Judiciário no momento atual. O Judiciário não é, não era e talvez jamais seja o local destinado às conquistas sociais. Estas ocorrem e sempre ocorreram no ambiente político e nos espaços públicos de lutas e reivindicações. O Judiciário não foi concebido para resolver todos os problemas da sociedade.

Por último, uma pequena consideração acerca do que afirmamos no parágrafo anterior. No III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil¹⁰³, estudo promovido pelo Ministério da Justiça, de 2009, há um dado que, talvez, tenha passado despercebido. Na página 25 deste estudo, está o ranking de IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) entre os Estados e o Distrito Federal. Pois bem. O primeiro Estado na colocação geral, atrás apenas do Distrito Federal, é Santa Catarina. O detalhe curioso é que Santa Catarina é o único Estado da Federação que não possui Defensoria Pública. Não se está aqui a defender o fim das defensorias, sejamos bem claros. A Defensoria Pública é instituição de estatura constitucional e presta bons serviços em diversas unidades da Federação, apesar da falta de recursos materiais e humanos em vários deles. Mas os números, gostemos ou não, mostram que há certas verdades que comportam exceções. É possível viver sem a Defensoria Pública e o caso de Santa Catarina é emblemático. Mas o estudo mostra mais do que, aparentemente, gostaria: não é apenas o acesso ao Judiciário que garantirá o bem estar de uma população (e os juridicamente necessitados de Santa Catarina devem passar dificuldades para provocarem o Judiciário), mas fatores muito mais complexos e importantes, que passam, muito antes, pela esfera da política majoritária.

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso. Obra citada, p. 598.

¹⁰³ Disponível no site da ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos) - <www.anadep.org.br> - acesso em 23/08/2013.

6 - Conclusão

É bom repetir algumas palavras colocadas no começo deste trabalho: não há e jamais houve a pretensão de originalidade e/ou grandiosidade. O tema em questão já foi analisado e depurado por autores renomados.

A postura do Poder Judiciário como ator principal no jogo político, longe de ser uma suspeita, é hoje uma realidade, e as manchetes dos jornais são a confirmação do que afirmamos. Temos um presidente do STF em 1º lugar nas pesquisas eleitorais¹⁰⁴, o que comprova a existência da judicialização da política. Longe de representar uma patologia no sistema, a judicialização é uma decorrência do próprio arranjo constitucional para o Poder Judiciário.

Constituição analítica, sistema de controle de constitucionalidade complexo, crise do sistema representativo, corrupção sistêmica¹⁰⁵, graves omissões do Poder Público e aceitação do pós-positivismo pelos operadores do direito, são várias as causas para justificar a ascensão do Poder Judiciário e suas consequências mais visíveis: os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judiciário.

A judicialização, conforme afirmamos, decorre do próprio desenho constitucional brasileiro, sendo, portanto, inevitável.

Já o ativismo, todavia, decorre de uma postura, de uma tomada de atitude por parte dos magistrados. Em certos casos, diagnosticados como inevitáveis, quando as consequências se mostram possivelmente irreversíveis e/ou perigosas, quando estão em jogo direitos substancialmente fundamentais, o ativismo pode ser justificado. Não há como fixar os olhos em questões de cunho acadêmico ou de pureza teórica quando há direitos (substancialmente) fundamentais perecendo. O magistrado precisa fazer escolhas e trabalha com vidas humanas, não sendo possível exigir rigores acadêmicos em sua atuação cotidiana.

Entretanto, não é possível admitir que a atuação do Judiciário seja pautada por um comportamento voluntarista, que passe por cima de regras e instituições, transformando juízes em justiceiros de toga, que não levam em consideração as características fundamentais de um

¹⁰⁴ Cf. noticiado pelo jornalista Sidney Rezende em 21/6/2013, ao divulgar pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha <http://www.sidneyrezende.com/noticia/210570+se+eleicoes+fossem+hoje+novo+presidente+seria+joaquim+b+arbosa>. Acesso em 23/8/2013.

¹⁰⁵ AMORIM, Ricardo. Quanto custa a corrupção, afinal? Em artigo publicado em seu site, o economista informa que há estimativas de que a corrupção custe ao Brasil cerca de 2,3% PIB brasileiro, ou 100 BILHÕES de reais, todos os anos. Uma cifra nada desprezível e que expõe um problema endêmico de nosso país. Disponível em http://ricamconsultoria.com.br/news/artigos/custo_corrupcao. Acesso em 23/6/2013.

Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo princípio da legalidade e pela deferência primeira ao poder do povo. Agem, dessa forma, de maneira reacionária, como se o povo precisasse de tutores, como se a população fosse formada por uma malta de incapazes à espera do messias togado.

O Poder Judiciário, não duvidamos, tem papel fundamental no atual desenho constitucional. Contudo, no exercício desse papel, deve respeitar o campo de atuação dos outros atores. Acompanhamos a ideia de que não há última palavra no debate constitucional¹⁰⁶. O STF decide em processos, dá a última palavra nos processos que chegam à Corte. Porém, as discussões não terminam. Muito pelo contrário, o combate continua em outras esferas, agregando novas ideias, escutando novos pontos de vista (mesmo os do oponente). É fundamental que o Judiciário saiba ouvir, procure se pautar pela autocontenção, tenha sensibilidade ao receber os recados do parlamento (leis decorrentes de iniciativa popular, Emendas Constitucionais que desafiam posicionamentos do STF, quóruns qualificados na aprovação de leis, são sinais de maior legitimidade popular e que não podem ser negligenciados pelo Tribunal Constitucional)¹⁰⁷.

É preciso buscar um lugar intermediário, um ponto de equilíbrio entre defensores e críticos do judicialismo. Um lugar em que haja espaço para um Judiciário que defenda os direitos fundamentais do cidadão, que proteja minorias. Mas que também encontre lugar para o debate parlamentar, para as escolhas do administrador, para interpretação da constituição por outros atores, e não apenas dentro dos tribunais. Um ambiente em que o povo, verdadeiramente, seja o detentor do poder.

As manifestações de junho de 2013¹⁰⁸ parecem ter deixado um recado para todos os Poderes: é necessário que tenhamos, com urgência, uma reforma política abrangente. É preciso trazer o povo para os debates, fazer com sua verdadeira voz seja ouvida, sem ficar limitado às minorias organizadas ou a tutela benevolente de instituições aristocráticas, como o Ministério Público ou o Poder Judiciário. O verdadeiro local dos debates é a Casa do Povo, o Parlamento, e é preciso diminuir o déficit de representatividade existente entre o povo e seus escolhidos.

¹⁰⁶ “Ninguém tem a última palavra porque não há última palavra”. PITKIN, Hanna, *apud* MENDES, Conrado Hübner, para obtenção do título de doutor em Ciência Política, na FFLCH – USP. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: 2008, p. 3.

¹⁰⁷ Para uma análise profunda da questão da última palavra no debate institucional, consultar MENDES, Conrado Hübner, obra citada na nota de rodapé anterior.

¹⁰⁸ Manifestações do dia 20/6/13 no Rio de Janeiro – disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/manifestacao-no-rio-de-janeiro-ja-reune-100-mil-pessoas-diz-pm.htm>>. Acesso no dia 23/8/2013.

Não temos a ingenuidade de defender uma separação de poderes estanque, pura, sem atentarmos para a evolução das instituições e da sociedade. Pensar em um Judiciário inerte, asséptico e insensível às demandas sociais é estar fora do mundo. O mesmo se pode dizer de alguém que pense em um Poder Legislativo uma casa estritamente popular, refletindo os anseios da sociedade e aberta aos reclames da população. Ou mesmo em um Executivo aplicador das leis e da vontade transformadora da Constituição, uma esfera de poder que segue na busca do bem estar dos administrados. É preciso ser, no mínimo, alienado e ingênuo para desejar algo assim. Hoje temos um Poder Judiciário concretizador de determinações constitucionais, responsável por conquistas sociais, respeito às minorias e aos valores republicanos; da mesma forma, as Casas Legislativas são formadas por várias pessoas preocupadas apenas com seus próprios interesses, sem qualquer vínculo com os representados; igualmente, o Poder Executivo, em muitos casos, faz a festa dos “amigos do rei” em obras, licitações e nomeações antirrepublicanas. Os tempos são outros.

O que procuramos mostrar, no presente trabalho, é que o Judiciário deve buscar sempre, na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais (suas principais funções), o respeito a essa mesma Constituição e às leis, a deferência aos poderes com representatividade política – um proceder com autocontenção, a abertura ao diálogo institucional e a consciência de que, como alertaram Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, “não há solução para os problemas nacionais que não passe pelo resgate da política”¹⁰⁹.

Estamos cada vez mais certos disso, como também estamos conscientes de que um juiz voluntarista, ativista e que nutre desprezo pela lei não merece ser chamado de magistrado. Na verdade, não passa de um reles justiceiro.

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Op. cit., p. 160.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello (coordenador). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 23/08/2013.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti de, e NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo. *Quem Transgride O Quê? In CARDOSO, Fernando Henrique e MOREIRA, Marcílio Marques (coordenação). Cultura das Transgressões no Brasil: Lições da História*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade, in As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: 2013

FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti de, e NOVELINO, Marcelo (organizadores). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FELLET, André; e NOVELINO, Marcelo (organizadores). *Constituição e Democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2009.

_____. *Alteração e mudança da constituição: o caso brasileiro. In Constituição e Democracia*. FELLET, André; e NOVELINO, Marcelo. Salvador: JusPodivm, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FRANCISCO, José Carlos (organizador). *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil, in AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello (coordenação). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MENDES, Conrado Hübner, para obtenção do título de doutor em Ciência Política, na FFLCH – USP. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: 2008.

KIMBALL, Roger. *Radicais nas Universidades – como a política corrompeu o ensino superior nos Estados Unidos da América*, São Paulo, Peixoto Neto, 2009.

LAURENTIIS, Lucas Catib De. *Interpretação Conforme a Constituição – conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: 2012.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto e ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. *Constituição e Idealismo - O Dilema da Efetivação*. In *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: Um Caminho Para Concretização dos Direitos Fundamentais*. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello (coordenação). In *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2013.

RAYMUNDO, Faoro. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro, Editora Globo, 2000.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (organizadores). Salvador: 2013.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da Última Palavra e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In FELLET, André e NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador, JusPodivm, 2013.

SBROGIO’GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÉVILLIA, Jean. *O terrorismo intelectual – de 1945 aos nossos dias*. São Paulo, Peixoto Neto, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Compreender o Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O Supremo Tribunal deve julgar por princípios ou por políticas? In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Justiça Constitucional e Direitos Sociais no Brasil*. In *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional – Do passivismo ao ativismo judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2012.

VILHENA, Oscar. *Supremocracia*. Artigo retirado da Revista DireitoGV. São Paulo: jul-dez 2008.

WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and the Conditions of Democracy*. The Journal of Political Philosophy: volume 6, number 4, 1998.

_____. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. v. 115 (6), 2006.