

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PATRÍCIA CARDOSO CARDIM

**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: DA JUDICIALIZAÇÃO À
HIPERCONCETRAÇÃO DE PODERES NAS MÃOS DO SUPREMO**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PATRÍCIA CARDOSO CARDIM

**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: DA JUDICIALIZAÇÃO À
HIPERCONCETRAÇÃO DE PODERES NAS MÃOS DO SUPREMO**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**Tese apresentada à banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
Pós-Graduado em Direito Constitucional sob a
orientação do Prof. Doutor Renato Gugliano
Herani**

**São Paulo
2010**

BANCA EXAMINAORA

Professor Renato gugliano Herani (orientador)

Professor

Professor

RESUMO

O presente estudo busca identificar e analisar a presença do ativismo dentro da Jurisdição Constitucional brasileira.

Desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais um avanço da Justiça Constitucional.

No Brasil, a redemocratização do país, advinda com a promulgação da Constituição Federal de 88 - que trouxe mudanças valorativas ao direito e atribuiu importância aos princípios constitucionais -, é considerada a primeira grande causa da judicialização.

Houve, assim, uma ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal, que passou a participar da arena política na resolução de conflitos constitucionais, mediante o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Neste contexto, questiona-se a legitimidade democrática da jurisdição constitucional em confronto com a legitimidade da maioria legislativa, uma vez que aquela concede a um Corpo de Magistrados poderes para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afetando a produção legislativa do Parlamento, enquanto representante direto das aspirações populares em uma Democracia representativa.

A Constituição Federal de 1988, pelo elenco de seus direitos fundamentais contidos no seu artigo 5º, desenhou esse novo perfil institucional para a Corte Maior. Em nome da Constituição, o Supremo Tribunal Federal prolata decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam a ordem jurídica.

De outra face, a crise da representatividade no âmbito legislativo, que não vem cumprindo com seu papel de legislar, tem alimentado a expansão da atuação da Suprema

Corte. Diante da omissão do Poder Legislativo, o Supremo vem ocupando este espaço, assumindo uma posição legiferante.

Nos últimos anos, a Suprema Corte tem desenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, surgindo no cenário atual como principal protagonista do Estado brasileiro. Através do mecanismo do ativismo jurisdicional, adquiriu o Tribunal um lugar determinante, realizando forte interferência na agenda dos grandes temas relevantes para sociedade e para a implementação de políticas públicas.

Imperioso observar, entretanto, que essa novidade adquire contornos preocupantes, na medida em que estaria havendo uma invasão do Judiciário na seara do Legislativo, o que atentaria ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.

Da mesma sorte, o Princípio Democrático, segundo o qual o governo deve ser exercido pelo povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos, igualmente restaria abalado.

Estaria o Supremo indo além de suas atribuições e avançando em assuntos do Legislativo e do Executivo num ativismo exagerado e inconseqüente?

A jurisdição constitucional pode ser, apesar de tudo, um eficiente mecanismo de controle de limitação do poder estatal e de promoção da dignidade humana.

Há que se encontrar, entretanto, um meio-termo no qual o Judiciário atue, deixando, porém, uma margem livre para o exercício razoável da política e valorize as opções legislativas ou governamentais. Do contrário, abrir-se-á um flanco para os males do ativismo sem limites.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O SURGIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	11
1.1 Nascimento da jurisdição constitucional. O <i>judicial review</i> norte-americana: o caso Marbury versus Madison	11
1.2 A jurisdição constitucional americana na era Warren	14
1.3 A jurisdição constitucional na Europa: modelo concentrado de jurisdição .	15
1.4 O modelo concentrado francês por via preventiva	18
1.5 A jurisdição constitucional no Brasil.....	19
2. LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	24
2.1 Legitimidade da jurisdição constitucional e o princípio democrático.....	24
3. O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL	28
3.1 O que é judicialização?	28
3.2 Causas da judicialização no sistema brasileiro	29
3.3 Judicialização e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ...	33
3.4 Judicialização e o mecanismo do <i>checks and balances</i>. Superação do modelo tradicional de separação dos poderes do Estado	34
4. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	37

4.1 Judicialização das políticas públicas e a garantia do mínimo existencial	40
4.2 Judicialização e ativismo. Diferenças	43
5. O ATUAL PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AMPLIAÇÃO DO ESPAÇO RESERVADO A SUA ATUAÇÃO	46
5.1 Ativismo. Casos julgados pelo STF	46
5.1.1 Vedação ao nepotismo no âmbito dos três Poderes	46
5.1.2 Prisão por dívida	47
5.1.3 Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias	48
5.1.4 Restrições ao uso de algemas	49
5.1.5 Suspensão da Lei de Imprensa do regime militar	49
5.1.6 Caso Cesare Battisti	50
5.1.7 Demarcação de terras indígenas Raposa/Serra do Sol	51
5.1.8 Direito ao transporte público gratuito para idosos	51
5.1.9 Atendimento em creche pré-escola de crianças até seis anos	52
5.1.10 Aplicação da lei de greve do setor privado aos servidores públicos	54
6. CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA	55
6.1 Riscos da politização da justiça constitucional	57
6.1.1 Da importância da opinião pública nas decisões judiciais	60
6.2 Legitimidade democrática na implementação de políticas públicas	61
6.3 Ausência de capacidade institucional para a elaboração e implementação de políticas públicas	64

7. LIMITES À ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL	66
8. SUPERPODERES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: ALGUMAS PROPOSTAS PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA	70
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

A presente monografia dedica-se ao estudo do fenômeno da superconcentração de poderes do Supremo Tribunal Federal, tendo como pano de fundo o processo de judicialização e atuação ativista por parte da Corte Maior, somada à hipertrofia da representatividade do Parlamento e inação da Administração Pública em face dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

O trabalho está dividido em nove capítulos. Inicialmente, no primeiro capítulo, narra-se a origem e evolução histórica da jurisdição constitucional, desde o *judicial review* norte-americano – ilustrado pelo célebre caso *Marbury versus Madison* -, passando pelo modelo concentrado de jurisdição adotado na Europa e o modelo concentrado francês por via preventiva até o perfil de jurisdição constitucional brasileiro.

Segue-se, no segundo capítulo, uma abordagem acerca da legitimidade da jurisdição constitucional em contraponto ao princípio da maioria.

Em seguida, procurar-se-á compreender os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. As causas da judicialização, bem como uma análise desta em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e do princípio da separação de poderes do Estado serão estudados no terceiro capítulo.

A atuação do Supremo Tribunal Federal na concretização e garantia do mínimo existencial fazem parte do quarto capítulo, que também traça um distintivo entre a judicialização e o ativismo judicial.

Para enfatizar a crescente judicialização e decisões ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal, o quinto capítulo dedica-se à análise de alguns casos de relevância social,

econômica e política, julgados pelo STF recentemente, como a vedação ao nepotismo no âmbito dos três Poderes, prisão por dívida e constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, casos estes que representam a atual agenda da Corte Constitucional.

No sexto capítulo serão apresentadas críticas à expansão da atuação do judiciário, abordando-se os riscos de politização da justiça constitucional, a legitimidade democrática na implementação de políticas públicas e a ausência de capacidade institucional na elaboração de políticas públicas pelo judiciário.

O capítulo sete trata dos limites à atuação da Justiça Constitucional

Feitas as necessárias considerações acerca da judicialização e do ativismo judicial, bem como as críticas à judicialização abusiva e seus limites, serão mencionadas algumas propostas à solução do problema da “hiperconcentração” de poderes do Supremo Tribunal Federal no oitavo capítulo, seguidas das considerações finais no nono e último capítulo.

1 O SURGIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Nascimento da jurisdição constitucional. A *judicial review* norte-americana: o caso *Marbury versus Madison*

O denominado “judicial review” ou controle de constitucionalidade tem sua origem no repertório jurisprudencial norte-americano, em 1803, pelas mãos do juiz John Marshall, Presidente do Supremo Tribunal, no julgamento que envolveu o juiz de paz William Marbury contra James Madison, secretário de Estado do Presidente Jefferson (*Marbury versus Madison*).

Esse caso formulou o raciocínio lógico da supremacia da Constituição sobre as leis¹, fixando jurisprudencialmente a possibilidade de que a Corte Suprema invalidasse leis e atos do legislativo e executivo. Interpretando a Constituição, os membros do tribunal decidiram que eles próprios possuíam tal poder.

Apesar de o artigo VI, seção II, da Constituição americana², dispor que todas as leis editadas em conformidade com a Constituição constituem a lei suprema do País, o que indica o caráter fundante de toda a ordem jurídica, nenhuma norma dispunha sobre a forma de efetivação dessa supremacia constitucional ou a quem incumbia a declaração de invalidade da

1 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*, em Revista Estudos Avançados, vol.18 nº51 São Paulo May/Aug. 2004, p. 127 a 150.

2 “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.”

<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acessado em 24/09/2010.

lei discrepante da Constituição. A Constituição norte-americana não possui nenhuma referência explícita ao controle judiciário da constitucionalidade das leis.

A partir do caso *Marbury versus Madison* o Poder Judiciário norte-americano passou, pois, a desempenhar uma função estratégica dentro do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*).

O modelo do *judicial review* não surgiu, contudo, por acaso. Com a conquista da independência, em 1776³, foi preciso criar um mecanismo normativo capaz de gerar uma coesão político-jurídica entre os diversos entes autônomos que compunham a federação, o que era algo particularmente complicado diante da imensidão territorial daquele novo país independente. Surgiu, nesse contexto, a idéia de elaborar um único documento escrito (Constituição), válido para todo o território nacional, contendo diretrizes básicas para o exercício do poder político. Nesse documento foram definidas as estruturas e as funções dos diversos órgãos estatais e, em um momento posterior, foi incorporada uma declaração de direitos, que forneceu os contornos materiais a serem seguidos pelos detentores de poder. Como forma de garantir a coesão e, ao mesmo tempo, uma estabilidade institucional, previu-se um diferenciado processo legislativo a fim de dificultar a mudança do texto constitucional. A rigidez constitucional elevou a hierarquia normativa da Constituição para um patamar superior tanto sob o aspecto formal quanto material.

O federalismo foi o berço do controle concentrado de constitucionalidade, tanto nos Estados Unidos como no Brasil. O pluralismo de Estados congregados em aliança ou comunhão política, em que se requer a garantia e a inviolabilidade no respeito às relações

3 Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

mútuas dos entes associados, constitui, em sua dimensão histórica, o ponto de partida de toda a judicialização do controle de constitucionalidade⁴.

Segundo Fábio Konder Comparato⁵,

A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais.

O *judicial review* é, contudo, objeto de muitas controvérsias quando se trata de especificar os limites da intervenção judiciária.

Com o desenvolvimento do *judicial review*, que assegurava a fiscalização da constitucionalidade por todo e qualquer tribunal e, em especial, com as decisões adotadas pela Suprema Corte em relação a inúmeras medidas que compunham o *New Deal*⁶, declarando a sua incompatibilidade com a Constituição, foram vigorosas as vozes que se insurgiram contra a aparente formação de um *judges government*, que poderia comprometer a liberdade de conformação do legislador e o próprio princípio democrático⁷.

4 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Ob. cit., p. 127 a 150.

5 Comparato. Ob.cit. p. 93.

6 A oposição da Suprema Corte ao New Deal, que marcou a mudança da postura da Corte de defesa do *laissez faire* para a permissão da intervenção estatal na economia durante o primeiro mandato Roosevelt, constitui a mais importante expressão de ativismo judiciário da história norte-americana. Para muitos, a virada de 1937 caracteriza uma verdadeira revolução constitucional, assentando jurisprudência favorável à ampliação dos poderes dos governos nacional e estaduais, em matéria econômica e social, que proporcionou as bases institucionais da versão norte-americana do *welfare state*. Melo, Manuel Palácios Cunha. “A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil”, in Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 63 a 89.

7 A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of „judicial activism“*, *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de

1.2 A jurisdição constitucional americana na era Warren

A partir dos anos 50, o instituto do *judicial review* incorporou-se ao mundo dos direitos sociais, até então excluídos, a exemplo das decisões contrárias às leis de segregação racial, ou criando novos direitos, por meio de uma interpretação das cláusulas constitucionais relacionadas ao princípio da igualdade e liberdade⁸.

Nesse panorama da atuação da Jurisdição constitucional nos EUA, merecem destaque as decisões tomadas entre 1953 e 1969, sob a presidência de Earl Warren. Conhecido como *Warren Court*, o Tribunal fez profundas transformações na vida do país: encerrou qualquer tentativa de retomar a prática de segregação dos negros nas escolas; limitou o arbítrio de policiais contra pobres e negros; impediu que comunistas continuassem a ser expostos de maneira degradante. A corte Warren foi a grande engrenagem de uma luta pelos direitos individuais. Neste período, as disposições do *Bill of Rights*, em sua origem restritas aos atos federais, passaram a ser aplicadas aos Estados.

A Era Warren reescreveu boa parte do Direito Constitucional americano, gerando uma verdadeira mudança revolucionária, com base na jurisprudência de valores. Trouxe, outrossim, um período de extraordinária criatividade ao Direito Constitucional daquele país, politizando o processo de julgamento constitucional.

Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”. Em texto de Luís Roberto Barroso. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. Disponível e acessado em 29/10/2010.

http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf.

8 Melo, Manuel Palácios Cunha. Ob. cit., p. 63 a 89.

A denominação *ativismo judicial* foi empregada, sobretudo, para caracterizar este período de revolução profunda em relação às práticas políticas nos Estados Unidos, permeada por uma jurisprudência voltada para os direitos fundamentais. Estas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. Desde então, como explica Barroso, a expressão *ativismo judicial* ganhou nos Estados Unidos uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.

Outrossim, imperioso reconhecer que a idéia de *ativismo* estava associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionalmente reconhecidos, com maior interferência no campo de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

1.3 A jurisdição constitucional na Europa: modelo concentrado de jurisdição

Enquanto nos EUA a doutrina do *judicial review* consolidou o controle difuso, a doutrina kelseniana consolidou o controle concentrado e abstrato das normas no direito europeu.

Anteriormente, vigorava na Europa um modelo identificado como Estado legislativo de direito⁹. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Vigorava a centralidade da lei e a supremacia do

⁹ Barroso, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Ob.cit., p. 4.

parlamento. O Estado constitucional de direito se consolida na Europa continental, a partir do final de II Guerra Mundial, quando a Constituição passa a valer como norma jurídica. Esta disciplinou o modo de produção das leis e estabeleceu limites quanto ao seu conteúdo, impondo, ainda, deveres de atuação ao Estado.

Foi Kelsen, pontífice da Escola de Viena, o arquiteto do sistema de fiscalização jurisdicional concentrado.

Kelsen admitiu o acerto da teoria americana quanto ao reconhecimento da Constituição como norma superior, com a qual todas as demais devem de ser compatíveis. Apesar dessa superioridade, era possível que o parlamento promulgasse leis em desacordo com a Constituição, ou por equívoco do legislador ou por imposição de uma maioria transitória, sendo necessárias, pois, formas de controlar a atuação legislativa em face da Constituição. Por outro lado, sofrendo influência da doutrina francesa da soberania do parlamento, Kelsen negava aos juízes a possibilidade de realizar esse controle, pois seria dar muito poder aos magistrados. Kelsen, então, defendeu a idéia de um órgão autônomo, com a tarefa exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade: um Tribunal Constitucional¹⁰.

Entendia ele que a anulação jurisdicional do ato inconstitucional conformaria a mais eficaz garantia da Constituição. Essa competência deveria ser atribuída a um órgão especializado – em cuja composição não deveriam figurar parlamentares ou membros do Executivo – com atribuições fixadas na Constituição e que “posicionado num estatuto de independência em face do Parlamento e do Governo, exerceria uma função interpretativa e aplicativa do Direito¹¹”.

10 MELO FILHO, João Aurino de. *Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado. Influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11158>>. Acesso em: 08 set. 2010.

11 Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo I. Garantia da Constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 303 a 323.

Na concepção de Kelsen, a inconstitucionalidade da lei não é algo que se possa reduzir ao mero reconhecimento, por qualquer juiz ou tribunal, da nulidade da lei incompatível com a Constituição. A lei inconstitucional é válida até sua anulação pelo processo e pelo órgão competente, definidos na Constituição¹². A fiscalização de constitucionalidade, portanto, não seria uma função própria do Judiciário, mas uma função autônoma, havendo a necessidade de um órgão constitucional também autônomo para dela se ocupar, o qual não se situaria em nenhum dos três poderes, conservando a independência de seus julgamentos.

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso¹³.

As propostas de Hans Kelsen tiveram amplo acolhimento na Constituição austríaca de 1920, berço da jurisdição constitucional europeia, que concentrou na Corte Constitucional a competência para decidir as questões de constitucionalidade. Sua vigência foi suprimida pelo regime nazista alemão, só retornando de forma efetiva no final de 1945.

Na Europa, onde por todo o século XIX, a doutrina do *judicial review* não encontrou eco, os tribunais apenas passaram a ocupar uma posição mais proeminente a partir da Segunda Guerra.

12 Binenbojn, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36 a 46.

13 Barroso, Luís Roberto. Texto: “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, p. 14. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 24/09/2010.

Como reação ao nazismo e ao fascismo e uma enorme desconfiança na democracia de massa, foram estabelecidas substantivas cartas de direitos e potentes tribunais constitucionais¹⁴.

Restabelecido constitucionalmente em 1945 e objeto de revisão constitucional em 1975, o Tribunal Constitucional austríaco atenuou o seu perfil concentrado, aproximando-se de outros sistemas de controle que tinham originariamente recebido a sua influência, como o alemão.

1.4 O modelo concentrado francês por via preventiva

Na França, a supremacia parlamentar permanece; nenhum juiz analisa a constitucionalidade material de uma lei.

O Conselho Constitucional manifesta-se sobre a conformidade à Constituição. Se o pronunciamento, por maioria de votos, for pela inconstitucionalidade, a lei não poderá ser promulgada. Não se trata especificamente de um instrumento de controle da constitucionalidade da lei, mas de um ato do procedimento de formação da lei. Por possuir esta natureza política, diz-se que o controle de constitucionalidade das leis na França é de natureza política, não assumindo perfil jurisdicional.

A rejeição ao controle judicial na França tem respaldo histórico, visto que antes da revolução o judiciário comportou-se como verdadeira marionete do absolutismo, e possui

14 Oscar Vilhena Vieira. “Supremocracia”, na Revista Direito GV, São Paulo, JUL – Dez 2008, p. 441 a 464.

amparo na concepção absoluta de separação de poderes, situação em que a interferência judicial na atividade legislativa torna-se inoportuna.

Os excessos dos juízes no período pré-revolucionário causaram grande desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário¹⁵. A soberania do parlamento simbolizava a força da vontade do povo, que definia suas próprias leis, não cabendo ao Judiciário a apreciação da vontade popular. O juiz, portanto, era um mero aplicador da lei, não lhes sendo permitido interpretá-la.

Afastou-se, de logo, a possibilidade de controle realizado pelo Judiciário, defendendo-se a criação de uma corte constitucional.

A Constituição francesa prevê um controle preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional durante o procedimento legislativo. É preventivo porque ainda não existe espécie normativa em vigor. O controle de constitucionalidade francês, portanto, é realizado de maneira preventiva, por um órgão especial, distinto dos três Poderes clássicos, denominado Conselho Constitucional. Antes da promulgação, as leis são enviadas a esse conselho que declara ou não a sua constitucionalidade, e essa decisão vincula as autoridades administrativas e judiciárias.

Uma vez promulgado o ato legislativo, caberá às autoridades públicas não mais do que cumpri-lo. Após a promulgação da lei não há mais lugar, na França, portanto, para a manifestação de qualquer mecanismo de aferição da sua legitimidade constitucional¹⁶.

1.5 A jurisdição constitucional no Brasil

15 Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

16 Binenbojm, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 36 a 46.

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. Consiste na competência que juízes e tribunais têm para interpretar e aplicar a Constituição. O conceito de jurisdição constitucional vincula-se, pois, à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. No caso do Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema.

Trata-se de importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas e um elemento necessário à própria definição do estado Democrático de Direito. Implica em limite institucional do poder das maiorias¹⁷, evitando a democracia totalitária. A jurisdição constitucional preserva as minorias contra as maiorias e impede que estas governem isoladamente¹⁸.

Segundo o jurista Luís Roberto Barroso, a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição¹⁹.

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto, que combina o critério difuso por via de defesa (em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto) com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade (que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional, que discutem em tese a validade da lei ou norma), incorporando também, mais recentemente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, “a” e III e 103)²⁰.

O modelo do *judicial review* foi copiado quase integralmente desde a proclamação da república, no final do século XIX. A Constituição brasileira de 1891 conferiu expressamente

17 Idem, ibidem.

18 Tavares, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 343 a 368.

19 Barroso, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*. Ob. cit., p.5.

20 Silva, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 554.

ao Poder Judiciário a missão de controlar a validade dos atos do executivo e do legislativo em face da Constituição. Enquanto nos EUA o *judicial review* foi uma construção jurisprudencial e doutrinária, no Brasil a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário era prevista expressamente pela Constituição Federal de 1891.

Lembra Barroso²¹, que o controle judicial de constitucionalidade por via principal ou por ação direta tem como antecedente a denominada representação interventiva, criada pela Constituição de 1934. Tratava-se de um pressuposto para a decretação de intervenção federal nos Estados-membros, em caso de não observância de algum dos princípios constitucionais sensíveis.

O controle por via principal teve seu objeto ampliado com o surgimento do controle concentrado ou abstrato se deu por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, a qual atribuiu ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, dando início à trajetória que o conduziria a uma posição de destaque dentro do sistema.

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade²², combinando os modelos de controle. Algumas alterações, contudo, foram introduzidas, visando maior defesa da Lei Maior.

Criaram-se os procedimentos de controle contra as omissões normativas inconstitucionais, tanto em sede concreta, como o mandado de injunção, art. 5º, LXXI, CF, quanto em sede abstrata, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, §2º, CF, prevendo, ainda, a argüição de descumprimento de preceito fundamental no art. 102, §1º, CF.

21 Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 133 a 201.

22 Lamy, Marcelo; Conci, Luiz Guilherme Arcaro. *Reflexões sobre súmulas vinculantes*, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (coords.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 295 a 318.

A Constituição de 1988 também ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. A Constituição facultou, aos Estados, a instituição de ação direta para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, como se lê no art. 125, §2º, CF.

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência do Supremo Tribunal Federal. Esse instrumento tem o "escopo de propiciar a prolação de uma decisão do Supremo que reafirme, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal²³". Uma vez declarada a constitucionalidade da lei, essa decisão torna-se obrigatória, impedindo-se a sua inobservância sob o argumento de inconstitucionalidade. Além disso, após a Emenda Constitucional nº45 de, 2004, a ação declaratória de constitucionalidade passou a ter os mesmos legitimados da ação direta, conforme nova redação do art. 103 da Constituição.

A Constituição de 1988, trazendo algumas novidades, consagrou o complexo sistema de constitucionalidade brasileiro, que combina influências externas diferentes, admitindo, por isso, tanto o controle difuso quanto o incidental, além de admitir, em certos âmbitos, o controle prévio.

O controle preventivo não-jurisdicional, originário do modelo francês, por sua vez, é adotado no Brasil de diversas formas, a exemplo do veto, da rejeição de proposições pelas Comissões de Constituição e Justiça, da rejeição de projeto de lei delegada, do controle preventivo jurisdicional difuso para garantir o devido processo legislativo, bem como o controle sucessivo não-jurisdicional, em especial com a sustação de atos do Executivo pelo Legislativo e a rejeição de medida provisória.

23 Binenbojm, Gustavo. Ob. cit., p. 36 a 46.

Existem, pois, três modelos básicos de controle de constitucionalidade, o modelo norte-americano, o modelo do tribunal constitucional austríaco e o modelo político francês. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é referência de como os diversos modelos de controle podem coexistir num mesmo sistema²⁴.

Esse sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, especialmente por sua característica híbrida, é motivador do processo de judicialização, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

24 LAMY, Marcelo. *Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade*. Em *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos – coordenado por André Ramos Tavares, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins*, São Paulo, 2005, p. 537-575.

2 LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Jurisdição Constitucional surge, pois, como um instrumento de limite ao Poder Estatal e de proteção da Constituição. Esta, sendo a Lei Suprema do ordenamento jurídico, deve prever em seu bojo mecanismos que visem sua própria defesa de atos oriundos dos Poderes Constituídos.

Por meio da jurisdição constitucional atribui-se, portanto, a um órgão imparcial e independente – no Brasil, este órgão é o STF - a tarefa de proteger a integridade da Constituição. Tal tarefa não consiste apenas em aferir a validade de atos normativos infraconstitucionais em face da Lei Maior, mas, ao contrário, inclui a plena e total concretização das normas constitucionais, sobretudo as que veiculam direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, pelo elenco de seus Direitos Fundamentais, contidos no seu parágrafo 5º, desenhou esse perfil institucional para a Corte Maior.

Nesse sentido, Paulo Bonavides²⁵, citando Pedro Cruz Villalón, acrescenta que “a legitimidade dos tribunais constitucionais é, antes de tudo, pura e simplesmente, a legitimidade da própria Constituição”. Desta forma, se não houver Constituição legítima, não haverá legitimidade jurisdicional.

2.1 Legitimidade da jurisdição constitucional e o princípio democrático

25 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. *Estudos Avançados*. Ob. cit., p. 132.

É possível afirmar que, para considerável parte da doutrina, atualmente, estão superadas as objeções tradicionais ao controle judicial da conformidade constitucional dos atos do poder, em especial das leis.

Questionava-se a legitimação democrática da jurisdição constitucional, colocando-a em confronto com o Princípio Democrático Representativo. Isto porque, os membros do Poder Judiciário desempenham um poder político ao invalidar atos dos outros dois Poderes, não contando, porém, com o batismo do voto popular. Não são agentes públicos eleitos.

Essa possibilidade de um órgão não eletivo, como o Supremo Tribunal Federal, sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*²⁶.

Os argumentos desenvolvidos contra a jurisdição constitucional, no que tange à legitimidade, fundam-se no fato de que este modelo retiraria do povo a capacidade de deliberação popular e é antidemocrático por excelência.

A Jurisdição Constitucional dificultaria o controle popular sobre o exercício do poder, já que os juízes não estão submetidos à lógica do jogo democrático eleitoral. No caso dos parlamentares, o controle popular seria possível por meio do voto.

Qual seria, então, o fundamento de legitimidade para invalidar decisões daqueles que foram eleitos pelo povo?

Luís Roberto Barroso indica dois fatores sobre os quais se baseiam a legitimidade da Jurisdição Constitucional. O primeiro fundamento sustenta-se no fato de que a própria Constituição brasileira expressamente atribui esse poder ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal. Afirma o jurista que “(...) magistrados não têm vontade política

26 Barroso, Luís Roberto. Texto: “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. Ob. cit., p.10.

própria. A aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo²⁷”.

Em seguida, como segundo motivo, invoca o Estado Constitucional Democrático. Para ele, ambas as idéias - constitucionalismo e democracia - não se misturam. O Constitucionalismo, ou Estado de Direito, significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. A Democracia implica em soberania popular, governo do povo. Entre o constitucionalismo e a democracia podem ocorrer situações de tensão. Neste caso, a Constituição deve exercer ambos os papéis, pois “a democracia não se resume ao princípio majoritário”. A Constituição busca proteger valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade de quem ganha mais votos.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. A intervenção do Judiciário, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia²⁸.

Para Vital Moreira, os dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação da legitimidade da fiscalização judicial da constitucionalidade, ou seja, a soberania do parlamento e a separação dos poderes, ambos expressão da prevalência do princípio da maioria, deixaram de ter, em grande parte, correspondência nas realidades político-constitucionais contemporâneas²⁹. A ideia da soberania do parlamento, intangibilidade e onipotência da lei parlamentar perdeu, definitivamente, terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição. O princípio da maioria³⁰ não pode implicar na imunidade do legislativo e do executivo diante de violações à Lei Fundamental. A soberania

27 Idem, ibidem.

28 Binenbojm, Gustavo. Ob. cit., p.36 a 46.

29 Moreira, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra, 1995, p.177 a 198. Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030212.html?impressao=1>

30 Idem, ibidem.

do legislador, portanto, cedeu espaço à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos em face do Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. A justiça constitucional supõe a prevalência do princípio da constitucionalidade, isto é, a submissão de todos os poderes do Estado à Constituição e a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria.

Alexandre de Moraes³¹ vai além, aduzindo que “a lei não necessariamente representa o povo e, que, por muitas vezes, desrespeita princípios e direitos fundamentais básicos, com a finalidade de favorecimento de alguns poucos, mas poderosos, grupos de pressão”. E, ao constatar a crise na democracia representativa, cita Rivero: “a idéia de representação da vontade do cidadão pelo eleito, tem, progressivamente, diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles”.

Em síntese, a jurisdição constitucional tem sua legitimidade reconhecida na própria Constituição. As decisões dos Tribunais Constitucionais se sobrepõem a dos representantes do povo, pois assim almejou a Lei Maior, cuja criação decorreu da vontade soberana do Povo organizado em Assembléia Nacional Constituinte.

31 Moraes, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol. I, nº8, novembro de 2001, Salvador – BA, Brasil. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-ALEXANDRE-MORAES.pdf. Acessado em 12/09/2010.

3 O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o processo de redemocratização e constitucionalização do país, e a conjuntura política, econômica e social favoreceram a intervenção dos tribunais em questões políticas, a fim de resguardar a supremacia da Constituição, dos direitos fundamentais e da democracia.

O fenômeno da judicialização da política no Brasil pode ser atribuído a vários fatores, dentre eles a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Constituição com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a ampliação do espaço reservado ao nosso STF, bem como a hipertrofia legislativa.

A expansão do catálogo de direitos fundamentais fez com que o leque de matérias passíveis de serem submetidas à jurisdição constitucional aumentasse substancialmente, sobretudo, com ênfase na idéia da força normativa da Constituição e na possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais. Com isso, os juízes se transformaram em árbitros dos mais diversos conflitos sociais, com o poder de dar a última palavra sobre as questões político-sociais mais polêmicas, com grande margem de discricionariedade decisória.

3.1 O que é judicialização?

A expressão *judicializar* exprime a idéia de transferir ao Poder Judiciário a decisão de algumas questões de grande repercussão política ou social, que originariamente deveriam ser decididas pelas instâncias políticas tradicionais, ou seja, pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo. Significa que questões relevantes – políticas, sociais ou morais – estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário. O processo envolve uma transferência de poder para os tribunais, com significativas alterações na linguagem, na argumentação e na forma de participação da sociedade e indica a tendência de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização e efetivação dos dispositivos constitucionais.

A judicialização no Brasil é uma condição que nasce do modelo constitucional escolhido pelo constituinte. Decorre da adoção de uma Constituição analítica e do próprio sistema de controle de constitucionalidade seguido, possibilitando que questões de alcance político e ético sejam levadas ao Judiciário, por meio da propositura de uma ação judicial.

3.2 Causas da judicialização no sistema brasileiro

No Brasil, a maior parte das condições facilitadoras da judicialização da política tem sua origem a partir do processo de redemocratização, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, após sucessivos períodos de autoritarismo. A Constituição trouxe mudanças valorativas ao direito, atribuiu grande relevância aos princípios constitucionais³² e consagrou

32 Segundo José Adércio Leite Sampaio “a expansividade da prestação jurisdicional, motivada pelo crescimento e pela valorização dos princípios, notadamente constitucionais, e das cláusulas indeterminadas e programáticas (...) colocou o Judiciário (...) no dilema hamletiano de ser ou não ser formalista e independente ou substancialista e responsável. Pode bem acomodar-se à tradicional exegese formalista, reforçando a certeza do direito e a independência judiciária, mas aprofundando o déficit de legitimidade ou assumir mais prontamente a tarefa de promover a normatividade dos princípios e preencher os espaços das cláusulas abertas e, assim, compartilhar com os demais ramos de governo a tarefa de definição de políticas, não tendo mais que se proteger por baixo da

a existência do Estado Democrático de Direito, com ênfase no postulado da dignidade da pessoa humana, no bem-estar, na cidadania, na liberdade de expressão, na erradicação da pobreza. Reconheceu, outrossim, diversos direitos individuais e sociais e previu novos instrumentos processuais para a garantia destes direitos, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade.

Aponta Barroso que com a redemocratização do país, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes³³”.

A redemocratização corroborou para a expansão e o engrandecimento do Poder Judiciário, com o reconhecimento de sua importância como poder forte e independente – elemento essencial às democracias –, bem como propiciou um ambiente favorável ao exercício da cidadania.

Outras causas do surgimento desse movimento de intervenção do Poder Judiciário nos assuntos sociais e políticos destacam-se: a universalização do acesso à justiça, tópico tratado a seguir; a existência de uma Constituição com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a abrangência desta Constituição; o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a ampliação do rol de legitimados para a proposição da ação direta de constitucionalidade, dentre as causas de maior destaque.

A constitucionalização ampla de matérias que antes eram deixadas a cargo da legislação ordinária surge, também, como causa da judicialização. A Constituição brasileira é analítica, abrangente e, na medida em que insere uma questão em seu texto, esta converte-se automaticamente em uma pretensão jurídica, concretizável por meio de uma ação judicial. Ela contempla várias normas programáticas que estabelecem fins e metas a serem alcançados pelo

capa de “neutralidade” e “frieza técnica”. Ganha, com isso, legitimidade, mas ao preço de ter de se abrir ao controle de sua atuação. Fonte: Sampaio, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Ed. DelRey, Belo Horizonte, 2007, p. 259.

33 Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Ob. cit., p.3.

Estado, caracterizando-se como uma “constituição compromissária³⁴” e tem como objetivo a concretização dos direitos fundamentais, largamente amparados pela Constituição. Daí a exigência de se assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, dentre outras metas.

Na medida em que a constituição brasileira é marcadamente “programática” ou “compromissória”, estabelecendo normas que impõem fins a serem seguidos pelos poderes estatais, e constatando a baixa efetividade na concretização de tais normas pelo Executivo e pelo Legislativo, a jurisdição constitucional se tornaria uma espécie de “nova arena³⁵” para se exigir um controle de políticas públicas insatisfatórias e destoantes dos objetivos constitucionalmente impostos.

Oscar Vilhena Vieira³⁶, citando Canotilho, afirma que “muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição”, e completa aduzindo que a hiper-constitucionalização da vida contemporânea “é consequência da desconfiança na democracia”. Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizadamente e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador³⁷.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é, do mesmo modo, motivador da judicialização. Como bem explica Barroso³⁸, tal sistema é híbrido, nascendo da junção do sistema americano e europeu – tema este abordado no capítulo 1.5 deste trabalho. Pelo

34 Leite, Glauco Salomão. *A politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, em *Cadernos de Soluções Constitucionais*, vol. 2, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145-182.

35 Leite, Glauco Salomão. Ob.cit., p. 145 a 182.

36 Vieira, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 445.

37 Vieira, Oscar Vilhena. Ob.cit., p. 446.

38 Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Ob.cit., p. 4.

sistema americano, adotado desde o início da nossa República, o controle é feito, de forma incidental e difusa, por qualquer juiz ou tribunal, que considerando uma norma inconstitucional, deixe de aplicá-la num determinado caso concreto. Por outro lado, do sistema europeu veio o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias em tese sejam levadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Assim, são inúmeras as matérias politicamente e eticamente relevantes passíveis de serem levadas ao controle da Suprema Corte, o que demonstra a força política que este órgão vem alcançando nos últimos anos.

Nesse mesmo cenário, a ampliação do rol dos legitimados ativos para propor a ação direta de constitucionalidade, igualmente, é fator que colabora para a existência do movimento de judicialização.

Com a Constituição de 1988, houve uma notável ampliação dos legitimados para provocar o STF, em sede de controle concentrado³⁹, democratizando o acesso a esta modalidade de controle de constitucionalidade.

Tal ampliação propiciou maior relevância no papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente a legitimidade concedida aos partidos políticos para requererem o controle e a revisão de atos políticos. Nessa esteira, o Supremo exsurge como poder legitimado a limitar e/ou bloquear políticas governamentais incompatíveis com a Constituição, inserido no cenário político⁴⁰.

39 Conforme art. 103 da CF, com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n.45, podem propor tanto a ação direta de inconstitucionalidade, quanto a ação declaratória de constitucionalidade, instrumento criado pela Emenda Constitucional n. 3: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

40 Verbicaro, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. Revista Direito GV, São Paulo, p.389 a 406, Jul –Dez 2008.

3.3 Judicialização e o Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 5º, inciso XXXV, a impossibilidade de o Poder Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça a qualquer direito (princípio da universalização da jurisdição ou inafastabilidade do controle jurisdicional).

Este dispositivo autoriza o processo de judicialização, na medida em que os Tribunais não têm a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, desde que preenchidos os requisitos de cabimento. Se uma norma constitucional autoriza que dela se deduza uma pretensão, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Do mesmo modo, não se pode subtrair do cidadão o direito constitucional de acesso ao judiciário quando este se sentir ameaçado ou lesado, conforme o mencionado princípio da inafastabilidade da jurisdição, que ganha ainda mais força quando se trata da proteção de direitos fundamentais.

Aliás, a justiciabilidade dos direitos fundamentais é uma exigência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, em seu artigo 8º, estabelece a necessidade de se permitir a proteção judicial de tais direitos: “toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei⁴¹”.

O Poder Judiciário, portanto, limita-se a cumprir, de modo estrito, e dentro dos limites formulados, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

41 Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. – 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

3.4 Judicialização e o mecanismo do *checks and balances*. Superação do modelo tradicional de separação dos poderes do Estado.

O processo de judicialização está umbilicalmente ligado ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado.

A tripartição rígida do poder do Estado, conforme preconizava Montesquieu, sofreu uma relativização ao longo do tempo. Atualmente, é praticamente uníssono o entendimento de que há um abrandamento da separação firme. Há uma flexibilização e uma interação maior entre os poderes

Explica Paulo Bonavides⁴²,

A esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites.

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que anteriormente ficava na parte organizacional da Lei Maior – separação de poderes e distribuição de competências – voltou-se para a parte substantiva, que incluía os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.

Hoje, os direitos fundamentais compõem a efigie da sociedade e ocupam esta posição estrutural culminante. Os direitos fundamentais constitucionalmente estipulados vinculam todos os poderes, inclusive o judiciário. Nesse contexto, o Poder Judiciário é chamado a fazer

42 Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. – 24ª ed. Editora Malheiros, 2009, p. 601.

parte, mais intensamente, do diálogo institucional com os demais poderes acerca da formulação das políticas no setor.

Essa visão mais contemporânea das funções estatais força-nos a reconhecer assentar-se o Estado Constitucional de Direito na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno e indivisível⁴³. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos* e colaboração entre poderes.

Para Eros Roberto Grau⁴⁴ a separação de poderes não passa de um mito. Montesquieu jamais cogitou, no entendimento do jurista, de uma efetiva separação de poderes, mas sim enuncia a moderação entre eles como divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras. O legislativo, assim, não seria titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a teoria da separação dos poderes, à primeira vista, indicaria.

A ampliação das exigências do cidadão e dos grupos formados na sociedade fez com que se exigisse uma divisão mais eficiente das funções do Estado, a buscar um equilíbrio entre as exigências para cada Poder. O dogma da supremacia do legislador relativizou-se.

Nesse diapasão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, independentes e harmônicos entre si, entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado voltado ao bem estar da sociedade. As funções estatais devem, pois, ser separadas dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).

43 Moraes, Alexandre de. Ob. cit., p. 8.

44 Grau, Eros Roberto. *Crítica da 'separação dos Poderes', as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro. As 'leis-medida'*, in O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2005, p.225 a 255.

Nesse sentido, a separação de funções é um instrumento para a realização do direito e não um fim em si mesmo. Trata-se de um meio de se alcançar uma finalidade maior, a concretização dos direitos fundamentais.

Esse novo cenário favoreceu a ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política, por meio da efetiva participação do Poder Judiciário nas questões sociais e políticas mais caras à sociedade.

4. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS⁴⁵

Maria Paula Dallari Bucci⁴⁶ define Políticas Públicas como sendo “os programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Consistem as políticas públicas em metas coletivas conscientes. São um conjunto de medidas e atos que tendem a um objetivo, que visam a implementar uma determinada norma ou a forma pela qual se realizam os valores constitucionais.

As decisões acerca da aplicação de políticas públicas eram tomadas a partir de discussões dos representantes do Executivo e do Legislativo. Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci⁴⁷ afirma que “compete aos representantes do povo, isto é, ao Poder Legislativo e à direção política do governo a decisão sobre políticas públicas”.

O Poder Judiciário não participava dessas discussões, uma vez que não era verificada sua legitimidade para o tratamento dos temas políticos, cujos órgãos, representantes não eleitos, detêm competências jurídicas e não políticas⁴⁸. O papel do judiciário era reduzido a ser “la bouche de la loi” (a boca da lei), atendo-se o juiz à letra da lei.

45 O tema judicialização da política passou a ser estudado no país após a promulgação da Constituição de 1988 e sob a influência da obra coordenada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, denominada *The Global Expansion of Judicial Power*. Esta obra conceitua o que vem a ser judicialização da política, fazendo uma análise das causas e condições para a ocorrência deste processo, bem como uma análise da expansão do Poder Judiciário em diversos países. Para estes autores a judicialização da política e a politização da justiça seriam expressões correlatas que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. In TATE, C. Neal. *Why the expansion of Judicial Power*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995

46 Bucci, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo, editora Saraiva, 2006, p. 241.

47 Bucci, Maria Paula Dallari. *Idem*, p. 249.

48 Esse tema foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 300. Nesse HC, ajuizado por Rui Barbosa contra a prisão de algumas autoridades e intelectuais, o STF pronunciou-se no sentido de que as questões políticas são afetas à política, posto que “não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”. Acórdão disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc300>

Este panorama começou a mudar a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta adotou um figurino programático e dirigente⁴⁹, formulando direitos fundamentais de defesa – estes oriundos do Estado Liberal, visando uma prestação negativa e a não interferência – e de prestações de deveres ao Estado e aos particulares – decorrentes do Estado Social, focado na ação estatal, por meio de políticas públicas.

O Brasil, não obstante as reformas liberalizantes⁵⁰ na década passada, ainda remanesce um Estado Social e Democrático de Direito, sendo obrigação constitucional a realização dos objetivos constantes do art. 3º da CF/88⁵¹, a partir de suas políticas públicas, tendo o Poder Judiciário, nesse contexto, importante parcela de responsabilidade social.

Na ordem constitucional brasileira, portanto, os direitos fundamentais não são concebidos como simples direitos de defesa em face do Estado – direito de abstenção do Estado garantindo a não interferência no que toca os direitos fundamentais. Tais direitos exigem hoje comportamentos ativos, mediante a proteção e promoção do Poder Público das várias esferas. Importam tais direitos em direito a prestações sociais por parte do Estado.

Nessa esteira, a CF/88 trouxe uma novidade ao optar em colocar os direitos sociais no capítulo dos direitos fundamentais, passando aqueles a serem considerados direitos

49 A constituição dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade, que tem como objetivo dar força e substrato jurídico para a mudança social. José Joaquim Gomes Canotilho, idealizador da Teoria da Constituição Dirigente, mais tarde critica-a, argüindo que um dos problemas dessa concepção de constituição é o fato de que, ao reear deixar a constituição nas mãos do legislador, esta Teoria acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais para a despolitização da Constituição. Esta Teoria, portanto, estaria centrada em si mesma, “auto-suficiente”, resolvendo por si só, todos os problemas, ignorando o Estado e a política, deixando-os de lado. A constituição não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, pois foi nesse universo que prosperou o “positivismo jurisprudencial”. Fonte: Bercovici, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*, em Lua Nova, n. 61, 2004, p. 5 a 24, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>.

50 Neoliberalismo, cujo efeito foi atenuar a presença do Estado como produtor e relativizar a presença e importância dos “direitos sociais”, mediante a concreção solidária desses objetivos.

51 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

subjetivos⁵² exigíveis de forma imediata, na forma do artigo 5º, § 1º da Lei Maior⁵³. O sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro.

Os juízes passaram, então, a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição.

Uma peculiaridade da Constituição Federal de 1988 merece realce. Ela não impôs apenas a observância do Princípio da Legalidade em sentido estrito, mas impõe à Administração diversos outros Princípios, além da Legalidade, como a Impessoalidade, a Moralidade, a Publicidade e a Eficiência⁵⁴. Como tais princípios são amplos, isto dá lugar a concretizações judiciais variadas que, no fundo determinam o sentido da atuação governamental⁵⁵.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, com especial destaque à atuação do Supremo Tribunal Federal, tem sido provocado a questionar e avaliar, implementando e corrigindo, políticas públicas, notadamente os direitos sociais, por razões de omissão, ilegalidade, desvio de poder ou irrazoabilidades dos poderes públicos no cumprimento das metas constitucionais – fenômeno da justiciabilidade das políticas públicas. A política se judicializa com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o sistema de valores constitucionalmente assegurado⁵⁶.

52 Para José Carlos Vieira de Andrade, “os mandamentos relativos aos direitos sociais a prestações não detêm caráter meramente declaratório, constituindo-se em mandamentos coercitivos, que outorgam aos cidadãos posições jurídicas subjetivas e asseguram garantias institucionais, impondo do Poder Legislativo a obrigação de agir para dar a essas prerrogativas cumprimento efetivo”. Fonte: Agra, Walber de Moura. *Retrospectiva da proteção ao direito da saúde pelo STF*. Em Revista brasileira de estudos constitucionais. n. 08, p. 137.

53 Art.5º, § 1º da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

54 Art. 37, *caput* da CF/88.

55 Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente*. Revista do Advogado, p. 86 a 91.

56 Verbicaro, Loiane Prado. Ob. cit., p. 391.

Fernando Aith afirma que “é o Estado, através de seus poderes constituídos, que tem a competência constitucional para dar impulso oficial do que se convencionou chamar de políticas públicas. O próprio termo políticas públicas pressupõe a participação estatal⁵⁷”. Cabe, portanto, ao Estado, e não somente a determinados órgãos do poder estatal, a competência constitucional de realização – elaboração, planejamento e execução – das políticas públicas. Faz parte da função típica do Poder Judiciário o diálogo institucional com os demais poderes, bem como o controle de suas atividades por meio da atividade jurisdicional.

A atuação do Judiciário na arena política não é, pois, uma distorção institucional, mas legítima, uma vez que decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia presentes na Constituição Federal de 1988 e representa um reforço à lógica democrática⁵⁸.

4.1 Judicialização das políticas públicas e a garantia do mínimo existencial.

A escolha de políticas públicas é atribuição primeira do Poder Executivo, por meio de um juízo de conveniência e oportunidade, que leva em conta as necessidades prioritárias da população e os recursos orçamentários. Não caberia, em princípio, ao Poder Judiciário formular políticas públicas. As prioridades orçamentárias e políticas devem ser escolhidas pelo Poder Executivo e Legislativo, em função da delegação popular que tiveram para tanto.

57 AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos*. In Maria Paula Dallari Bucci. (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.217-246.

58 Verbicaro, Loiane Prado. Ob. cit., p.391.

Entretanto, insta observar que não viola o princípio da separação dos poderes a interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas que visam a efetivar direitos fundamentais. Primeiro, porque o judiciário, entre suas atribuições constitucionais, tem o dever de proteger os direitos fundamentais tanto no seu aspecto negativo (não violação), quanto no aspecto positivo (efetiva prestação). Ao Poder Judiciário é atribuída esta relevante missão de correção de desigualdades sociais e promoção dos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, cada poder do Estado tem a atribuição de controlar uns aos outros, conforme o princípio da harmonização dos poderes⁵⁹ e a teoria dos freios e contrapesos.

Nesse sentido, merece destaque a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello⁶⁰, em que reconhece a dimensão também política da jurisdição constitucional, na implementação dos direitos sociais:

Ementa: argüição de descumprimento de preceito fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração⁶¹).

A decisão tenta conciliar reserva do possível⁶² com o mínimo existencial⁶³. Trata-se, pois, de uma visão moderna da separação dos poderes, em que a jurisdição constitucional não

59 Art. 2º da CF/88.

60 ADPF 45 MC/DF, rel. min. Celso de Mello, 29.04.2004

61 Pela leitura da ementa, tem-se a impressão de que o STF, definitivamente, acolheu a tese de que é possível o controle judicial de políticas públicas para a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais. O posicionamento do Ministro Celso de Mello ficou bastante claro em favor da tese da efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, este quadro não está tão nítido. Isto porque o mérito da questão não chegou a ser discutido pelo plenário da Corte. A ADPF 45 questionava um veto presidencial a um dispositivo da lei que, segundo o autor da ação, violaria o dispositivo constitucional que garante um financiamento mínimo para a saúde. No decorrer da ação, entretanto, foi editada uma lei que corrigia a situação, fazendo com que a ADPF perdesse seu objeto.

62 A reserva do possível implica em um limite objetivo ao atendimento de direitos sociais. Como obstáculo à implementação desses direitos pelo judiciário invoca-se o argumento da reserva econômica do possível, alegando-se que não há direitos sem custo e que ninguém é obrigado a prestações impossíveis, em face da impossibilidade orçamentária do Estado. No entendimento de Ingo Sarlet, para quem “as limitações da reserva do possível não são uma falácia, mas tem sido falaciosa a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem

mais suporta as omissões do Legislativo e Executivo, na implementação de tais direitos dentro de um núcleo existencial mínimo. Apesar disso, reconhece que a regra para a definição de políticas públicas não é a atuação da jurisdição constitucional, que deve agir nas omissões relevantes. Ademais, defende a tese de que as normas programáticas não devem exteriorizar meras promessas, pois destruiriam a força normativa da nossa Constituição.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº45 fixou que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, particularmente do STF, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, mas que o Judiciário pode atribuir-se essa função quando os órgãos estatais competentes, por descumprir encargos político-jurídicos, comprometem a eficácia e a integralidade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

No Brasil é possível enumerar várias decisões importantes em favor dos direitos fundamentais. Destaque-se o reconhecimento do direito dos portadores de HIV de receberem medicação gratuita por parte do poder público (direito este que foi estendido para outras espécies de doenças). Não havia lei expressa que reconhecesse referido direito. Somente após terem sido proferidas milhares de decisões no Brasil todo sobre o assunto, o governo federal encampou a idéia e tornou o fornecimento gratuito de medicamentos para os portadores do HIV a política oficial do governo.

Ao poder judiciário, portanto, é atribuída relevante missão de correção de desigualdades sociais e promoção dos direitos fundamentais. Não há liberdade absoluta, seja

sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social”. Fonte: Sarlet, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 381.

63 Em nome da reserva do possível, entretanto, não se pode obstaculizar, de plano, o reconhecimento de direitos a prestações estatais. Existe um núcleo inatingível de direitos positivos (teoria do mínimo existencial), conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, que justifica a intervenção do judiciário. Cfe Humberto Ávila, “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. *Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 236, 2004, p. 374. Há, portanto, um núcleo de direitos positivos, ligados ao mínimo existencial, que seria sempre exigível. Os demais direitos dependeriam da reserva do possível.

do poder executivo, seja do poder legislativo, quanto à execução de políticas públicas, mormente quando tais poderes agirem de modo irrazoável ou na tentativa de neutralizar direitos sociais, agindo com inércia ou abusividade, afetando a existência digna. Nestes casos justifica-se a justiciabilidade destes direitos.

4.2 Judicialização e ativismo. Diferenças

São relevantes as distinções feitas por Barroso⁶⁴ entre “judicialização” e “ativismo judicial”, que no entendimento do professor são dois fenômenos que não se confundem. Para o autor, a judicialização constitui decorrência natural do princípio do acesso ao Judiciário. Todo direito quando violado ou ameaçado pode desaguar no Judiciário. Os conflitos estão se judicializando cada vez mais em virtude, precisamente, do mais amplo acesso que a CF possibilitou para todos. A judicialização, portanto, é um “fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, ao judiciário cabe dela conhecer e decidir sobre a matéria, sem alternativa.

De acordo com o jurista, a judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotado no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. O poder judiciário, diante das inúmeras pretensões que lhe são submetidas e da necessidade de oferecer respostas a elas, realiza direitos subjetivos de cunho social e político, ignorados pelos poderes executivo e legislativo.

64 Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob. cit., p. 6.

O ativismo judicial “é uma atitude”. Consiste em uma maneira expansiva de interpretar a Constituição, levando seus princípios a situações que não foram expressamente disciplinadas pelo constituinte ou pela legislação ordinária⁶⁵, potencializando o sentido e alcance de suas normas, além do definido pelo legislador. Acontece quando há um déficit de outros Poderes, passando o Judiciário a aplicar princípios diante de situações não previstas em lei. Entende Barroso que “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Tal postura ativista se manifestaria por meio de comportamentos distintos, tais como, a aplicação direta da Constituição em casos não previstos em seu texto ou na imposição de condutas ou abstenções ao poder público, em especial quando se tratar de políticas públicas.

O ativismo judiciário caracteriza-se pela vontade e valoração dos juízes, que passam a participar da criação e da solução dos debates políticos. Há um exercício deliberado de vontade política. O juiz, valendo-se de novas teorias interpretativas, amplia ao máximo o alcance e o sentido da normatividade constitucional, a fim de preencher o vazio deixado pelos demais Poderes.

Ocorre, pois, verdadeira atuação política dos juízes, que se convertem em verdadeiros agentes ativos do cenário político.

O Judiciário, no Brasil, tem apresentado em diversas situações uma posição notadamente ativista. Tal cenário se evidencia ao se analisar a nova agenda adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

65 Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legislação democrática*. Ob.cit., p.17.

5 O ATUAL PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AMPLIAÇÃO DO ESPAÇO RESERVADO A SUA ATUAÇÃO

Nos últimos anos, a Suprema Corte tem desenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, surgindo no cenário atual como principal protagonista do Estado brasileiro. Através do mecanismo da judicialização, adquiriu o Tribunal um lugar determinante, realizando forte interferência na agenda dos grandes temas relevantes para sociedade e na implementação de políticas públicas.

O Supremo vem, atualmente, ocupando cada vez mais espaço na arena política, seja como determinador de ações ou políticas públicas, seja como “constituente” e “legislador⁶⁶”.

5.1 Ativismo. Casos julgados pelo STF.

Não é difícil ilustrar a tese de que o Pretório Excelso vem cada vez mais adotando posição claramente ativista. A seguir, alguns julgados que demonstram a nova pauta do STF.

5.1.1 Vedação ao nepotismo no âmbito dos três Poderes⁶⁷

66 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 90.

67 ADC 12, Rel.Min. Carlos Britto; e RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

No polêmico julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº12, de relatoria do Ministro Carlos Britto, quanto à vedação de nepotismo nas três esferas do Poder, o Plenário do STF declarou a constitucionalidade da Resolução nº7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, o qual proíbe a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas.

No julgado, firmou-se que, não obstante a inexistência de lei específica sobre a matéria, a proibição decorre dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

Ocorre que tal decisão fora estendida aos membros das demais esferas do Poder Estatal, não somente se restringindo aos membros do Poder Judiciário, quando do julgamento de recurso extraordinário oriundo do Rio Grande do Norte, na qual se discutia a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos, tendo sido, inclusive, aprovada a Súmula Vinculante nº13.

Essa vedação não estava explicitada em regra constitucional ou infraconstitucional expressa, não sendo necessária lei formal para a aplicação do princípio da moralidade, segundo entendimento do Min. Menezes Direito.

5.1.2 Prisão por dívida⁶⁸

68 HC's 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio e 92.566, Rel. Marco Aurélio; RE's 349.703, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes e 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso.

Há muito se tem debatido sobre a possibilidade da prisão civil por dívida. No entanto, o STF decidiu recentemente, nos HC's nº 87.585/TO e 92.566, de relatorias do Ministro Marco Aurélio Mello, RE no 349.703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e RE no 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, revendo sua antiga jurisprudência que entendia pela possibilidade, pela derrogação das leis que previam a prisão do depositário infiel por ser o Brasil signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, sendo certo que o tratado restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia.

O STF considerou possuir o tratado status de norma supra-legal, devendo, no entanto, respeito à CRFB/88 por se tratar de norma infraconstitucional. Portanto, não há revogação da Carta Magna, mas sim da lei que regulava o dispositivo da Constituição Federal.

5.1.3 Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias⁶⁹

Outro importante caso foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3.510/DF, de relatoria do Ministro Carlos Britto quanto à constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, no qual o STF julgou, por maioria, improcedente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei no 11.105/2205), no qual ficou entendido que não havia, na hipótese, violação ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme assentado no voto do ministro relator.

69 ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto

5.1.4 Restrições ao uso de algemas⁷⁰

Em outro julgado polêmico na história do STF, relativo ao uso restrito de algemas, quando do julgamento do Habeas Corpus nº91.952/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello o Tribunal por maioria anulou decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido desnecessariamente algemado durante toda a sessão. A Corte entendeu que não havia uma justificativa socialmente aceitável para submeter o acusado a tal humilhação, o que feriria os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da não-culpabilidade.

Em decorrência do referido julgado, foi aprovada a Súmula Vinculante nº11⁷¹. Muitos consideram a decisão e a edição da súmula oportunista e fora dos limites da competência do STF, uma vez que estabelece normas gerais, ferindo o princípio democrático da Separação de Poderes, sob fundamento de que ela se baseia em um único precedente, quando a Constituição exige reiteradas decisões, nos termos do previsto no artigo 103-A da CRFB/88.

5.1.5 Suspensão da Lei de Imprensa do regime militar⁷²

70 HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio

71 Súmula Vinculante nº 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

72 ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto

Por maioria, o STF declarou que a Lei de Imprensa (Lei no 5.250/1967), editada durante a ditadura militar, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Segundo o Tribunal, o espírito autoritário da lei não seria compatível com a proteção às liberdades de expressão e de imprensa e com o regime democrático instaurado pela Carta de 1988. Ficaram vencidos, em parte, os Ministros Ellen Grace e Joaquim Barbosa, que compatibilizavam com a Constituição os tipos penais e restrições à propaganda de guerra, subversiva ou preconceituosa; também, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que mantinha apenas os enunciados que disciplinavam o direito de resposta; e, integralmente, o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido.

5.1.6 Caso Cesare Battisti⁷³

Tratava-se de pedido de extradição formulado contra ex-ativista político italiano dos “anos de chumbo”. Marcado por intensa mobilização por parte do Governo da Itália, o processo ganhou ainda maior visibilidade quando o extraditando obteve, no Brasil, o status de refugiado político, por decisão do Ministro da Justiça. Apesar da indeterminação semântica do dispositivo legal pertinente, o STF decidiu afirmar o caráter vinculado do ato concessivo de refúgio e, revendo o juízo efetuado pelo Ministro da Justiça, invalidar sua decisão, por voto de desempate. Ao proceder dessa forma, contrariou uma tendência mundial de deferência às decisões do Poder Executivo em matéria de relações internacionais e construiu um novo marco em seu próprio ciclo de ativismo. Na sequência, deferiu a extradição pelo mesmo quorum. Contudo, na mesma ocasião, a Corte reafirmou a

73 Ext 1.085/Itália e MS 27.875/DF, Rel. Min. Cezar Peluso

jurisprudência tradicional no sentido de que sua decisão em sede de extradição tem caráter autorizativo, cabendo ao Presidente da República a decisão definitiva sobre a entrega ou não do indivíduo.⁷⁴

5.1.7 Demarcação de terras indígenas Raposa/Serra do Sol⁷⁵

O STF também foi chamado a se manifestar na Petição nº 3.388/RR, de relatoria do Ministro Carlos Britto, sobre a problemática da demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa/Serra do Sol, na qual se pleiteou a declaração de nulidade da Portaria 534/2005, do Ministro da Justiça, e do Decreto homologatório do Presidente da República, que demarcaram as terras indígenas na área referida.

Dentre os principais fundamentos, foram arguidos vícios no procedimento, riscos para a segurança nacional, violação do princípio federativo, falta de proporcionalidade e conseqüências econômicas graves para o Estado de Roraima.

O Tribunal acabou por entender pela inexistência de vícios no procedimento, sendo certo que o relator julgou improcedente o pedido e chancelou a demarcação contínua contida no ato impugnado, rejeitando a demarcação em ilhas, como requerido.

5.1.8 Direito ao transporte público gratuito para idosos⁷⁶

⁷⁴ Informação disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2036698/ativismo-judicial-mobiliza-justica-e-sociedade>. Acessado em 28/10/2010.

⁷⁵ Petição nº 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto.

Decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.768, a respeito da inconstitucionalidade do art. 39 da Lei no 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade nos transportes públicos urbanos e semi-urbanos às pessoas que têm mais de 65 anos de idade, proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano (NTU). A ADI teve como relatora a ministra Carmem Lúcia Rocha, que decidiu pela improcedência da ação ao concluir ser a gratuidade nos transportes públicos urbanos e semi-urbanos um direito constitucional garantido por uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, vez que o texto normativo do referido estatuto apenas reproduz o artigo 230 § 2º da Constituição⁷⁷.

Sobre a questão, importa realçar que a gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar coma garantia do mínimo existencial.

5.1.9 Atendimento em creche e pré-escola de crianças até seis anos⁷⁸

76 ADI n. 3.768/ *, Rel. Min. Carmem Lúcia Rocha.

77 Art. 230 § 2º CF: “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

78 RE 410.715 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello

Nesta decisão o STF consolidou entendimento no sentido de que é obrigação dos municípios cuidar da educação de criança de até seis anos de idade, em creches e pré-escolas. Conforme o artigo 205 da Constituição Federal (CF), a educação é direito de todos e dever do Estado e, de acordo com o inciso IV do artigo 208, é dever do Estado com a educação garantir “atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de zero a seis anos de idade”. Por seu turno, o artigo 211, que trata da organização dos sistemas de ensino da União, dos estados e municípios, dispõe que “os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. A educação representa prerrogativa constitucional indisponível, impondo-se ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental.

Diz a ementa que “a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”. O mandato governamental representa, pois, uma limitação à discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções não podem ser exercidas de modo a comprometer, com base em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito social básico. Especialmente nestes casos, é possível ao Poder Judiciário determinar políticas públicas, quando estas estiverem definidas pela própria Constituição, em hipótese de inadimplência e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, ainda que a questão seja atinente à “reserva do possível”.

5.1.10 Aplicação da Lei de greve do setor privado aos servidores públicos⁷⁹

Em julgamento dos Mandados de Injunção (Mis) 670, 708 e 712, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei no 7.783/89). Da decisão, divergiram parcialmente os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que estabeleciam condições para a utilização da lei de greve, considerando a especificidade do setor público, já que a norma foi feita visando o setor privado, e limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos requerentes.

Ao resumir o tema, o ministro Celso de Mello⁸⁰ destacou:

Não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Neste julgamento, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário⁸¹.

⁷⁹ Mis 670, 708 e 712.

⁸⁰ Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355&caixaBusca=N>

⁸¹ Neste julgamento, o STF mudou a tradicional jurisprudência que conferia ao mandado de injunção efeitos meramente declaratórios. Com efeito, o STF possuía posicionamento jurisprudencial no sentido de que não podia “obrigar o legislador a legislar”, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes. Com isso, a decisão em mandado de injunção terminava por se tornar meramente declaratória: reconhecia-se a falta da lei (mora legislativa), mas nada se fazia para resolver essa situação. O caso da norma que declara o direito de greve do

6 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

A jurisdição constitucional é antes de tudo uma garantia para a democracia na medida em que possibilita a ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder, viabilizando a realização plena dos direitos fundamentais individuais e sociais. Sem implementação dos direitos sociais não há que se falar em democracia. Os princípios da máxima efetividade das normas constitucionais, em especial o primado da dignidade da pessoa humana, e a inafastabilidade da jurisdição são alguns dos argumentos que favorecem a justiciabilidade dos direitos.

Quando há omissão do Legislativo, é justo e necessário que o Judiciário aplique a Constituição Federal a uma situação, sob pena transformá-la em uma “mera Folha de Papel”, na linguagem de Lassale⁸².

O STF tem, a exemplo dos casos citados, atendido às demandas da sociedade que não foram satisfeitas pelo Parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo, dentre outros.

Para o Ministro Gilmar Mendes⁸³ “cabe ao Supremo exercer o controle de constitucionalidade sobre todos os Poderes. Ele pode ter outras funções, mas essa é sua especialidade. O Supremo contém abusos de todos os lados, inclusive do Judiciário, e impede que as minorias sejam asfixiadas”.

servidor (art. 37, VII), que passou mais de 20 anos sem ser regulamentada pelo Congresso Nacional, ilustra bem a situação. Em vista dessa demora excessiva, o STF alterou sua jurisprudência – o que se verificou no julgamento dos três mandados de injunção coletivos em análise - sobre o assunto e passou a entender que a decisão em Mandado de Injunção tem natureza de sentença aditiva (resolve o caso concreto). Pela sentença de perfil aditivo, o Supremo extrapola sua função de guardião da Constituição para regulamentar dispositivos que nela ainda estão em aberto. Fonte: Informativo STF nº485/07.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm>

82 Lassale, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: Lúmen Júris, 2000, p 17.

83 Entrevista: Gilmar Mendes, em *Época debate: O STF mudou. E está mudando a nossa vida – Uma análise das questões mais relevantes para o futuro do Brasil*, de 11 de dezembro de 2008.

O legislador democraticamente legitimado tem de submeter-se a um ato de legitimidade democrática superior que é a Lei Maior, tal premissa se concretiza justamente com a atuação do STF que tem como função precípua a guarda da Constituição.

A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro. Para alguns juristas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema global de mercado. Na visão de investidores, os tribunais constituiriam um meio confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que os legisladores, envoltos por demandas populistas⁸⁴ e pouco eficientes.

Este processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. O caso brasileiro é especial pela sua extensão e pelo volume⁸⁵.

O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁶ acredita que o Supremo Tribunal Federal está avançando em assuntos do Legislativo e do Executivo, num “ativismo judicial exagerado” que não é compreendido na Europa. Exemplo disso, segundo ele, são as súmulas vinculantes – orientações dadas pelo STF que devem ser seguidas por todos os juízes do Brasil -, que se transformam em verdadeiras normas constitucionais, com a peculiaridade de terem sido promovidas pelo Supremo.

Por outro lado, Canotilho observa um aspecto extremamente positivo do STF, na medida em que transforma seus julgamentos em alertas aos demais Poderes, que não podem permanecer inertes.

Destarte, outras apreciações desfavoráveis podem ser feitas.

84 Vieira, Oscar Vilhena. Ob.cit., p. 442.

85 Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob.cit. p. 2.

86 Depoimento do professor português J.J.Gomes Canotilho ao jornalista Juliano Basile, em “Valor Econômico” de 04 de novembro de 2009.

6.1 Riscos da politização da justiça constitucional

Uma das severas críticas que se faz à judicialização excessiva diz respeito aos riscos de politização da justiça constitucional. Comumente se questiona a parcialidade da jurisdição, pois o juiz deve se colocar como um terceiro distante dos conflitos que deve resolver. Acostumando-se a decidir questões políticas, os juízes podem ceder à tentação de suprir com seus julgamentos a atuação dos demais Poderes, vistos como omissos ou corruptos.

Há o caráter político no julgamento, portanto, no momento em que o juiz deixa de decidir com base nos parâmetros legais para se basear em critérios ideológicos e pessoais, tornando sua atuação arbitrária. A transferência do debate público para o judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão⁸⁷. O perigo está em assumir o judiciário um viés ideológico, politizando-se, o que atentaria contra o princípio da imparcialidade e levaria à assunção de um papel partidário⁸⁸ e conseqüente perda de independência. Tender-se-ia ao abuso do poder.

Neste passo, destaca Luís Roberto Barroso que Direito não é política, no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas e partidarizadas. O Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana⁸⁹. Confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade

87 Barroso, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 19. Disponível em

http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf.

Acessado em 29/10/2010.

88 Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Ob. cit., p.90.

89 Luís Roberto Barroso bem explica a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do direito, aduzindo que “no plano da *criação*, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política (...) Já no plano da *aplicação* do direito, sua separação da política é tida como possível e desejável. Tal pretensão se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político

democrática. Para o autor a separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e a vontade da maioria. No Direito, vigora o primado da lei e dos direitos fundamentais⁹⁰.

Para Glauco Salomão Leite⁹¹, a crítica à “partidarização” da jurisdição constitucional se robustece “em razão da ampla legitimidade ativa conferida a diversos representantes do sistema político, inclusive de qualquer partido com representação no Congresso Nacional, para provocá-la em sede de controle concentrado-abstrato perante o STF”.

A politização, portanto, ocorre a partir da assunção, pela jurisdição constitucional, de funções que cabiam aos demais órgãos estatais, atuando, assim, para suprir as falhas e deficiências praticadas por estes. A inércia dos demais poderes somada à característica essencialmente programática da constituição transformam a jurisdição constitucional num novo espaço para se exigir a implementação das políticas públicas não concretizadas. Tal controle se efetuará com base no texto constitucional caracterizado por sua textura aberta, o que possibilita uma ingerência indevida no sistema político. O caráter político da jurisdição constitucional estaria, desta forma, associado a um elevado grau de discricionariedade⁹² na interpretação constitucional⁹³, propiciado pela própria estrutura da constituição. Neste

sobre a atuação judicial”. In *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Ob.cit., p. 17.

90 Barroso, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Ob. cit., p.16.

91 Leite, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, em *Cadernos de Soluções Constitucionais*, vol. 2, São Paulo: Malheiros, 2006, p.145-182.

92 Convém mencionar, neste contexto, o conceito da *regra da proporcionalidade*, que no entendimento do professor Barroso equivale a uma “técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia, que indicam soluções diferenciadas”. O mesmo autor faz uma crítica à ponderação de princípios, arguindo que esta “ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial (...)”. In *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Ob. cit., p.17. Disponível em:

http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf

93 O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma. Interpretando esta, o juiz pode criar o Direito. Afirma Luís Roberto Barroso que “a efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional”. Na opinião do autor, as normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que

contexto, há o receio de que existam abusos cometidos pela jurisdição constitucional, configurando um verdadeiro “governo de juízes”, na medida em que esta passaria a reescrever em seus julgamentos o teor da constituição e ditar os rumos políticos do Estado.

O sistema constitucional estabelecido a partir de 1988 apresenta, pois, certas características que acentuam o problema da politização da jurisdição constitucional brasileira.

No entendimento de Paulo Bonavides⁹⁴ a independência, a credibilidade e legitimidade da justiça constitucional no Brasil começaram a ser alvo de críticas no que tange à indicação e à nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República. Neste aspecto, afirma o jurista, não se pode conferir ao Presidente da República tal poder. Entre as garantias de independência dos juízes, muito provavelmente a mais importante consistirá em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado.

A verificação de haver o Judiciário assumido um papel político, como “constituente” e “legislador” e como definidor de políticas públicas suscita graves questionamentos.

O primeiro diz respeito à separação dos Poderes, que a Constituição consagra como “cláusula pétrea” (art. 60 § 4º, inc.III). É sabido que a fórmula clássica, de rigidez desse

contemplam. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. É preciso saber se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional. A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. A definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, bem como a teoria dos direitos fundamentais, fundada no primado da dignidade humana, dão o tom para a fase pós-positivista, que se seguiu ao positivismo de Hans Kelsen. O Direito se reaproxima da Ética. Neste contexto, o método clássico subsuntivo, embora não tenha sido abandonado, nem sempre se mostra suficiente. A subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações freqüentes decorrentes da expansão dos princípios. Entretanto, o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. Fonte: Barroso, Luís Roberto. In Barroso, Luis Roberto; Barcellos, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Disponível em:

http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Sobre o tema, Francesco Ferrara: “A lei exprime a vontade do legislador por meio de palavras, que constituem a *letra da lei*, ou seja, a lei está para a alma como as palavras – *letra da lei* – estão para o corpo. A lei é, pois, muito mais profunda que seu texto, e, portanto, o aplicador do direito deve apreciar a vontade da lei, não o que as palavras que a constitui representam estritamente” * “a obra legislativa é como uma obra artística em que a obra de arte e a concepção do criador não coincidem”, em *Trattato do Diritto Civile Italiano*. Roma: Athenaeum, 1921.

94 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Ob. cit., p.134.

princípio está há muito suplantada. Nada obstante, cabe questionar se o Judiciário pode legitimamente impor ações e políticas ao Executivo, sem levar em conta os parâmetros a que este está constitucionalmente submetido, como cláusulas orçamentárias e limites de despesas.

6.1.1 Da importância da opinião pública nas decisões judiciais

Glauco Salomão⁹⁵ chama a atenção para o impacto da opinião pública no exercício da jurisdição constitucional, na medida em que esta trata de diversos temas que afetam a sociedade. Neste diapasão, muitas vezes, diante da repercussão social que certo caso provoca, reivindica-se que os juízes “ouçam” a opinião pública antes de a decisão ser proferida⁹⁶. Esta opinião pública acaba se transformando em uma espécie de critério legitimador das decisões judiciais, algumas vezes direcionando para decisões não permitidas pelo direito. A opinião pública tornou-se, nos últimos anos, um fator de influência nas decisões judiciais relacionadas a questões políticas ou morais relevantes. Tal fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum e à sociedade por parte do judiciário era tido como uma virtude⁹⁷, situação diversa do cenário atual.

Importa ressaltar que o poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo, isto é, o poder é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Daí a importância da opinião pública na tomada de decisão pelo judiciário.

95 Leite, Glauco Salomão. Ob. cit., p. 145-182.

96 Sobre o tema, cf. GARCIA, Maria. *Opinião pública e a interpretação da Constituição*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 54, jan./março, 2006, pp. 52-61.

97 Barroso, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Ob. cit., p. 41.

Atualmente, a legitimidade democrática do Judiciário está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social.

Entretanto, embora deva prestar contas à sociedade, alerta Barroso, que o Judiciário não poder ser escravo da opinião pública. Esta é mais um fator relevante no processo de tomada de decisões. Muitas vezes a solução correta não é a mais popular. Nestas oportunidades, os juízes não devem hesitar em cumprir um papel contramajoritário.

6.2 Legitimidade democrática na implementação de políticas públicas

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O STF passou a assumir um papel determinante como “criador do Direito”, suprimindo lacunas deixadas pelo Legislativo.

A crítica, neste contexto, diz respeito à legitimidade democrática diante da implementação de políticas públicas, na medida em que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo voto popular.

Nesse cenário, indaga-se até que ponto está o judiciário legitimado a interferir nestas políticas. Questiona-se se o STF estaria atuando de forma legítima ou exorbitando suas atribuições, numa judicialização excessiva, num ativismo incoseqüente e exagerado.

Trata-se, aqui, não de questionar a legitimidade da justiça constitucional - esta deixou de ser o ponto central da controvérsia -, mas de perquirir o sentido, alcance e limites da justiça constitucional, dos limites dos poderes do juiz constitucional.

Como explica Paulo Bonavides⁹⁸:

Há que se distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa. A primeira é matéria institucional, estática; a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional; esta oscila entre o Direito e a política.

Isso porque, como afirma Vital Moreira⁹⁹,

Se o princípio da maioria deixou de ser motivo de rejeição da justiça constitucional, ele não deixou de ser relevante para definir os parâmetros e delimitar os poderes do juiz constitucional. Dele decorre uma exigência fundamental da jurisdição constitucional, que consiste em não usurpar o papel do legislador ordinário, expressão da maioria de governo, substituindo-se àquele nas escolhas constitucionalmente admissíveis.

Teme-se, portanto, o surgimento de um “governo de juízes”, através da excessiva politização da jurisdição constitucional, reaparecendo, assim, as discussões acerca da sua legitimidade democrática.

Esta preocupação se justifica na medida em que, em nome da concretização de normas constitucionais como dignidade da pessoa humana, moralidade, eficiência, relevante interesse público, segurança jurídica e outras normas de elevado teor axiológico, a jurisdição constitucional poderia se imiscuir nas funções dos demais poderes eleitos

98 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Ob. cit., p.128.

99 Moreira, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra, 1995, p. 177 a 198. Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030212.html?impressao=1>

democraticamente¹⁰⁰. A elasticidade semântica dos enunciados constitucionais, que comportam várias interpretações possíveis colaboram para este cenário.

Tais riscos se atenuam na medida em que os juízes e Tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Dessa forma, existindo lei que concretize o mandamento constitucional é dever do juiz acatá-la e aplicá-la, pois a vontade do legislador, que foi escolhido pelo povo para representá-lo, deve prevalecer sobre a interpretação do judiciário.

Nesse sentido, Paulo Bonavides¹⁰¹ afirma que “a legitimidade da justiça constitucional repousa também em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição”. E cita Pedro Cruz Villalón ao enunciar que “a legitimidade dos tribunais constitucionais é, antes de tudo, pura e simplesmente, a legitimidade da própria Constituição”.

Ainda assim, questiona-se em que medida as políticas públicas elaboradas para concretizar os comandos constitucionais podem ser controladas judicialmente, sem ocorra usurpação de poderes do Legislativo e do Executivo, pelo Poder Judiciário, ou mesmo se esse controle pode recair sobre as leis orçamentárias que destinem menos recursos do que seria possível para alguns setores sociais. Sob este ângulo da discussão, o tema será tratado no tópico que se segue.

6.3 Ausência de capacidade institucional para a elaboração e implementação de políticas públicas

100 Leite, Glauco Salomão. Ob.cit., p 145-182.

101 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*, em Revista Estudos Avançados, vol.18 n. 51 São Paulo May/Aug. 2004, p. 127 a 150.

A terceira crítica diz respeito às capacidades institucionais do Judiciário e, em determinadas circunstâncias, à incapacidade de seus membros de avaliarem os efeitos sistêmicos que determinadas decisões podem produzir.

Falta aos membros do judiciário conhecimento e informação para lidarem com questões que envolvam políticas públicas e repercussões orçamentárias, na medida em que os juízes são treinados para solucionar casos concretos, cujos conflitos dizem respeito a partes determinadas.

As políticas públicas possuem um caráter vinculativo, isto é, o Estado está obrigado a implementá-las, posto que não há discricionariedade do administrador frente aos direitos constitucionalmente consagrados.

Entretanto, a implementação de direitos sociais implica num custo¹⁰². Em regra, é o Poder Executivo o órgão responsável por decidir quando e quanto efetuará a alocação orçamentária, esta sim sujeita a um juízo de discricionariedade.

A interferência do Poder Judiciário, por vezes, pode por em risco a própria continuidade das políticas públicas, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos¹⁰³. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento científico. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Igualmente, deve atentar

102 vide item 4.1 desta monografia.

103 Luís Roberto Barroso. *Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: Temas de direito constitucional, tomo IV, 2009. Acessado em 22/09/2010.

http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_afetividade.pdf

para o fato de que a distribuição dos recursos orçamentários deve ocorrer conforme previsão legal. Ademais, não está sujeito à responsabilização política por escolhas desastradas¹⁰⁴.

Não se deve, entretanto, substituir, peremptoriamente, as instâncias que possuem a representatividade popular pelas instâncias judicantes.

Decisões neste sentido podem privar a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo sua eficiência na implementação desses direitos.

Neste particular, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. O traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica.

Assim, cabe ao judiciário verificar qual poder ou órgão estaria melhor qualificado para decidir, levando em consideração as valorações feitas pela instância especializada, desde que tomadas com razoabilidade e desde que não afronte normas constitucionais, mormente as de direito fundamental.

104 Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob. cit., p. 16.

7 LIMITES À ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Tão importante quanto afirmar a importância da jurisdição constitucional é demarcar suas possibilidades e limites em um Estado democrático de direito. Neste aspecto, questiona-se até que ponto pode o STF atuar. Qual o limite entre interpretar e normatizar? É lícito ao judiciário invadir a esfera de atuação do legislativo quando este for omissivo? Estaria o judiciário usurpando a função dos outros poderes?

Insta destacar, inicialmente, que a regra é que o legislador tem a faculdade discricionária de legislar e não um dever jurídico de fazê-lo. Entretanto, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional. Sua inércia, neste caso, será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão¹⁰⁵.

Nessa medida, e, mormente, sob a perspectiva da garantia dos direitos fundamentais, a omissão legislativa é quem fere a separação de poderes, pois a função estatal é indisponível. Se a Constituição Federal determina e o legislador não cumpre, está-se ferindo a Lei Maior e o judiciário está apenas corrigindo essa omissão.

Da mesma forma, o Judiciário pode e deve atuar diante de omissão administrativa, em função do controle que exerce sobre atos administrativos. Não se trata, portanto, de interferência na atividade do Executivo. Nesse sentido segue o posicionamento do ministro Celso de Mello, na ADPF 45, analisado no item 4.1 deste trabalho.

Quando o Judiciário é convocado para exercer o controle de uma política pública, está exercendo o controle constitucional, verificando se o artigo 3º da Constituição está ou não

105 Barroso, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 219 a 241.

sendo cumprido. O dispositivo prevê que os objetivos fundamentais do Estado brasileiro é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento social, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, sem preconceitos ou formas de discriminação.

Pode-se afirmar, pois, que existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja dezarrazoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas.

Esses parâmetros para a intervenção do Judiciário em políticas públicas foram traçados em voto do ministro Celso de Mello, na ADPF 45. Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo, escreveu o ministro. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Defender uma postura mais ativa do STF nos casos de direitos a prestações positivas não significa, contudo, exigir que o STF substitua o legislador em todos os casos de omissão. Isso implicaria transformá-lo em definidor de políticas públicas, o que não é o seu papel. Para Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁶, o exigível seria uma posição ativa do Tribunal no sentido de iniciar um diálogo constitucional entre os poderes.

Mister que haja limites ao Judiciário nesta atuação. O Supremo não pode resolver todas as questões jurídicas do país, pois muitas dependem de lei. Endossar a tese de que o Supremo pode decidir de maneira livre aquilo que quiser, implica em rasgar a própria Constituição, para, então, escrever outra, pelas mãos do próprio STF.

106 Silva, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130.

O judiciário não deve sufocar o processo legislativo, pois a sociedade deve debater os temas para formar as leis, bem como só deve agir quando for provocado, não lhe sendo permitido criar a norma jurídica geral e abstrata.

Para Luís Roberto Barroso¹⁰⁷ “o ativismo tem sido parte da solução de um problema, ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”.

Como afirma Vital Moreira¹⁰⁸, “se o princípio da maioria deixou de ser motivo de rejeição da justiça constitucional, ele não deixou de ser relevante para definir os parâmetros e delimitar os poderes do juiz constitucional”. Dele decorre uma exigência fundamental da jurisdição constitucional, que consiste em não usurpar o papel do legislador ordinário, expressão da maioria de governo, substituindo-se àqueles nas escolhas constitucionalmente admissíveis. Neste caso, continuam a ter plena validade as limitações decorrentes do princípio da maioria e da separação de poderes. É à maioria democraticamente legitimada para governar que compete fazer as leis e não ao juiz constitucional. A este só compete verificar se aquele legislou contra a Constituição.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas — como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental —, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a

107 Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob. cit., p. 19.

108 Moreira, Vital. Ob. cit., p. p. 177 a 198.

Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

8. SUPERPODERES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: ALGUMAS PROPOSTAS PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Numa tentativa de solucionar o problema da superconcentração de poderes nas mãos do STF, alguns autores vêm propondo algumas mudanças em relação ao funcionamento e às atribuições da Suprema Corte.

O deputado Flávio Dino¹⁰⁹, do PC do B do Maranhão, quer que os Ministros do STF tenham mandatos limitados a 11 anos – a exemplo da Alemanha, cuja Suprema Corte fixa o prazo de 12 anos para cada um de seus membros - para evitar a formação de uma “aristocracia judiciária” e a “hiperconcentração de poder” numa Corte com um “crescente papel de supremacia sobre os outros Poderes”. Os ministros continuariam a ser escolhidos pelo Presidente da República, mas a partir de uma lista feita pela comunidade jurídica “e com a participação do Congresso”. O Intuito da proposta é o fim da vitaliciedade dos mandatos no Supremo Tribunal (até a aposentadoria compulsória aos 70 anos). O parlamentar argumenta que o STF tem se tornado órgão político e tem feito normas, por meio das súmulas vinculantes.

Em relação à proposta do deputado, deve-se considerar, entretanto, que o sistema de repartição dos Poderes existente na Constituição se assenta na necessidade de um Judiciário verdadeiramente forte e independente. A vitaliciedade é uma das poucas garantias efetivas do magistrado para que ele possa julgar com imparcialidade plena, muitas vezes contrariando os detentores de poderes políticos e econômicos.

Além disso, a afirmação de que o sistema é adotado na Alemanha não significa necessariamente que seja o melhor modelo para o Brasil. São países que apresentam

¹⁰⁹ Texto de editorial publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em “Notas & Informações”, sob o título *Retaliação ao Judiciário*. Publicado em 07/01/2009.

características distintas, tanto no aspecto político, dimensões territoriais quanto em aspectos culturais. Os contornos dados pela Constituição brasileira possuem elementos próprios, oriundos das aspirações de nosso povo e captados pelo legislador constituinte de 1988 após profundos debates.

Oscar Vilhena¹¹⁰, um dos principais críticos do excesso de poderes acumulados pelo Supremo desde a promulgação da Constituição de 1988, defende que algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis para que haja a redução do “mal-estar supremocrático” que ocorre nos dias de hoje. Ele afirma que a enorme ambição do texto de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes.

Na opinião do professor Vilhena, vivemos hoje no Brasil uma “supremocracia¹¹¹”. O Supremo acumula funções que, em outros países, estariam divididas em pelo menos três órgãos. Ele exerce a função de tribunal de última instância e recebe todas as apelações daqueles que se sentem insatisfeitos com as decisões dos juízes de instâncias inferiores. O autor defende que o Brasil deveria migrar para um sistema em que as três funções acumuladas – função de tribunal de última instância, função de corte constitucional e foro especializado - pelo Supremo pudessem ser segregadas. Primeiramente, o foro privilegiado deveria ser dissolvido.

110 Vieira, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 457.

111 Vieira, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 444.

Em segundo lugar, o Supremo não deveria ser mais visto como órgão de apelação. E em terceiro, o modelo de Corte deveria decidir com base na construção de um consenso entre a maioria dos juízes, decorrente de uma robusta discussão entre os ministros. Para ele, o máximo que o Judiciário poderia fazer seria vetar decisões do Legislativo e do Executivo se elas forem contrárias à Constituição.

No entendimento de Paulo Bonavides¹¹², a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil, começou a ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos: a indicação e a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição, e transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco.

Na visão do autor, primeiramente, não se pode conferir ao Presidente da República tal poder, visto que entre as garantias de independência dos juízes, muito provavelmente a mais importante consiste em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado, tema abordado no item 6.1 deste trabalho.

Prossegue o ilustre jurista aduzindo que há muito tempo constata-se que o atual modelo constitucional de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal deve ser modificado para garantir-se à excelsa Corte maior distância do poder político-partidário e imagem de absoluta independência nos julgamentos.

Na mesma linha de pensamento de Oscar Vilhena, Bonavides levanta outro óbice que se depara a jurisdição constitucional no Brasil e lhe compromete até certo ponto a legitimidade. Tal obstáculo reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal, não sendo exclusivamente, como no modelo europeu, Corte Constitucional, embora lhe caiba precipuamente a guarda da Constituição, exerce outras atribuições constitucionais que

112 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Ob. cit., p.134.

sobrecarregam a pauta dos seus Ministros, privando-os de concentrar todas suas diligências e trabalho no exame de questões constitucionais.

Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância.

A grande maioria dos juristas brasileiros tem preconizado a criação de um tribunal constitucional que fique fora e acima dos três Poderes clássicos da lição de Montesquieu e inspirado grandemente no modelo das Cortes constitucionais européias¹¹³.

É certo, todavia, que se medidas não forem tomadas em tempo para coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram, quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de legislativo paralelo e invisível.

113 Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Ob. cit., p.140.

CONCLUSÃO

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário, com grande destaque para a Justiça Constitucional. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial, a exemplo dos casos julgados pelo STF mencionados nesta monografia.

A judicialização dos direitos, e, em até certo ponto o ativismo judicial, trouxe conquistas à democracia brasileira, com o acesso à justiça, certa eficácia constitucional e garantia de direitos fundamentais, ampliação de garantias sociais via arena judiciária e efetivação do sistema de *check and balances*.

A expansão da atuação da justiça constitucional, contudo, tem suscitado críticas e preocupações que apontam para riscos diversos, tais como a falta de legitimidade democrática na implementação de políticas públicas, na medida em que não contam os juízes e tribunais com o batismo da votação popular.

Deve-se cuidar, portanto, para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Há que se encontrar um meio-termo, no qual o Judiciário tenha protagonismo, porém deixe uma margem livre para o exercício razoável da política e valorize as opções legislativas ou governamentais. Nas circunstâncias de hoje, começam a se evidenciar os males do ativismo sem limites: enfraquecimento dos poderes da República, criação de uma cidadania clientelista

e uma supremocracia não representativa. Decisões ativistas “devem ser eventuais e em momentos históricos determinados”, alerta Barroso.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos. Eventual atuação contramajoritária, nesses casos, se dará a favor e não contra a democracia. Nas demais circunstâncias, o STF deverá acatar as escolhas feitas pelo legislador, desde que legítimas, abstendo-se de sobrepor sua valoração política. Sua atuação será legítima em caso de inércia inconstitucional dos demais Poderes ou quando estes pratiquem atos que atentem contra a Constituição Federal.

O ativismo judicial, como afirma o ilustre jurista Luís Roberto Barroso, tem sido parte da solução, e não do problema. Ele “é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura¹¹⁴”.

O fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional. A ascensão institucional do Poder Judiciário, um fenômeno marcante das modernas democracias, não pode transformar juízes e tribunais “em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público”.

O direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o poder judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais¹¹⁵.

114 Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob.cit., p. 19.

115 Bercovici, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. In Lua Nova, n. 61, 2004, p. 5 a 24, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. E essa não pode ser feita por juízes. Ademais, a jurisdição constitucional não deve oprimir tampouco suprimir a opinião pública, pois o poder emana do povo e não dos juízes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Retrospectiva da proteção ao direito da saúde pelo STF*. In Revista brasileira de estudos constitucionais. n.08, p. 137

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos*. In: Maria Paula Dallari Bucci. (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, v. , p. 217-246.

ÁVILA, Humberto. *Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*. In Revista de Direito Administrativo, vol. 236, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acessado em 29/10/2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 219 a 241.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, editora Saraiva, 2009, p. 89-90.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_afetividade.pdf. Acessado em 22/09/2010

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 133 a 201.

BARROSO, Luís Roberto. Texto: *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 24/09/2010.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Disponível em:

http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*, in Lua Nova, n. 61, 2004, p. 5 a 24, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/In/n61/a02n61.pdf>.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*, em Revista Estudos Avançados, vol.18 nº51 São Paulo May/Aug. 2004, p. 127 a 150. Texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. – 24ª ed. Editora Malheiros, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo, editora Saraiva, 2006, p. 241.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRARA, Francesco. In *Trattato do Diritto Civile Italiano*. Roma: Athenaeum, 1921.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente*. Revista do Advogado – 20 anos da Constituição. São Paulo: AASP, Ano XXVIII, Setembro de 2008, nº 99.

GARCIA, Maria. *Opinião pública e a interpretação da Constituição*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, jan./março, 2006, pp. 52-61.

GRAU, Eros Roberto. *Crítica da ‘separação dos Poderes’. As funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro. As ‘leis-medida’, in O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.225 a 255.

http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Reflexões sobre súmulas vinculantes*, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (coords.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 295 a 318.

LAMY, Marcelo. *Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade*. Em *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos – coordenado por André Ramos*

Tavares, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo, 2005, p. 537-575.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: Lúmen Júris, 2000, p 17.

LEITE, Glauco Salomão. *A politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, em *Cadernos de Soluções Constitucionais*, vol. 2, São Paulo: Malheiros, 2006, pp 145-182.

MELO FILHO, João Aurino de. *Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado. Influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11158>. Acesso em: 08 set. 2010.

MELO, Manuel Palácios Cunha. *A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil*, in Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 63 a 89.

MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol. I, nº8, novembro de 2001, Salvador – BA, Brasil. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-ALEXANDRE-MORAES.pdf. Acessado em 12/09/2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo I. Garantia da Constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 303 a 323.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra, 1995, p. 177 a 198. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030212.html?impressao=1>

OSCAR Vilhena Vieira. *Supremocracia*, na Revista Direito GV, São Paulo, JUL – Dez 2008, p. 441 a 464.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. – 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Ed. DelRey, Belo Horizonte, 2007, p. 259.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 343 a 368.

VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. Revista Direito GV, São Paulo, p.389 a 406, Jul –Dez 2008.

SITES CONSULTADOS

<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>

Acessado em 24/09/2010.

Informativo STF nº485/07. Acessado em 15/10/2010 e disponível na internet em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo485.htm>

PERÍODICOS CONSULTADOS

Depoimento do professor português J.J.Gomes Canotilho ao jornalista Juliano Basile, em “Valor Econômico” de 04 de novembro de 2009.

Entrevista: Gilmar Mendes, em *Época debate: OSTF mudou. E está mudando a nossa vida – Uma análise das questões mais relevantes para o futuro do Brasil*, de 11 de dezembro de 2008.

Texto de editorial publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em “Notas & Informações”, sob o título *Retaliação ao Judiciário*. Publicado em 07/01/2009.

Revista Veja, *A calma é só aparente. Agora adeptos do “ativismo judicial”, os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político*, Carlos Graieb. Edição 2075, 27 de agosto de 2008.

ACÓRDÃOS

ADC 12, Rel.Min. Carlos Britto

ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto

ADI 3.768/ DF, Rel. Min. Carmem Lúcia Rocha.

ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto

ADPF 45 MC/DF, Rel. min. Celso de Mello, 29.04.2004

Ext 1.085/Itália e MS 27.875/DF, Rel. Min. Cezar Peluso

HC 300. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc300>

HC 91.952/SP, Rel. Min.Marco Aurélio

HC's 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio e 92.566, Rel. Marco Aurélio. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc300>

MI 670

MI 708

MI 712

Petição nº 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto

RE 410.715 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello

RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

RE's 349.703, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes e 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso.