

O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

Marcia Aparecida de Andrade FREIXO¹

59

Sumário: Introdução; 1. O princípio da separação de poderes; 2. A judicialização da política; 2.1 A filtragem constitucional; 2.2 A força normativa dos princípios constitucionais; 2.3 O efeito vinculante das decisões do STF; 2.4 A interferência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas; 3. Ativismo Judicial; 3.1 Conceito; 3.2 O ativismo no STF; 3.3 Outras críticas ao ativismo judicial; Conclusão; Bibliografia

Resumo: Este artigo discute a relação entre o ativismo judicial e o princípio da separação de poderes e pretende responder se as práticas ativistas ferem o princípio constitucional. Analisando o crescente fenômeno da judicialização da política e as razões constitucionais que lhe dão suporte chegamos a uma conceituação de ativismo e ao estudo de alguns exemplos de ativismo no Supremo Tribunal Federal para concluir que o ativismo, em si, não é uma prática condenável, sendo muitas vezes necessária, salvo abusos, e que o princípio da separação de poderes, em sua moderna concepção, não é mais tão rígido, prevendo uma integração entre os poderes para atingir o bem comum.

Abstract: This article discuss the relationship between judicial activism and the principle of separation of powers and intends to answer the question of whether activist practices offend that constitutional principle. Analysing the increasingly growing phenomenon of judicialization of politics and the constitutional reasons which give support to it we reach a concept of activism and study some examples of judicial activism of Brazilian Supreme Court to conclude that judicial activism, itself, is not a condemnable practice, being even necessary sometimes, exception made for abusive decisions, and that the principle of separation of powers, in its modern concept, is not so rigid and requires an integration of powers to reach common good.

Palavras-chave: Ativismo judicial – separação de poderes – Supremo Tribunal Federal – princípios constitucionais – judicialização da política

Key words: Judicial activism – separation of powers – Brazilian Supreme Court – constitutional principles – judicialization of politics

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, formada em Direito e em Letras pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil e aluna do curso de Especialização em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Introdução

O Poder Judiciário tem sido instado, atualmente, a se pronunciar sobre quase todos os temas e o tem feito de modo pleno, interferindo nas políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo, aplicando a Constituição diretamente em situações não contempladas expressamente em seu texto, independentemente da existência de legislação ordinária, e até produzindo normas em abstrato.

Tal conduta é vista por muitos como positiva e necessária à efetivação dos direitos fundamentais, por outros é considerada como algo nocivo à organização do Estado e ofensivo ao princípio da separação dos poderes.

Partindo de uma breve análise do contexto histórico em que surgiu o princípio da separação de poderes e sua evolução até os dias atuais, culminando com a previsão da existência de Poderes “independentes e harmônicos entre si” na CR/88, analisaremos os fenômenos da crescente judicialização da política e do ativismo judicial, principalmente praticado pelo Supremo Tribunal Federal, para verificarmos se eles põem em risco esse pilar democrático.

1. O Princípio da separação dos poderes

A noção de separação de poderes, entendida como um critério funcional que distingue três funções estatais (legislação, administração e jurisdição), foi inicialmente esboçada por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que distinguiu a função de editar normas gerais oponíveis a todos, a de aplicar essas normas e a de dirimir conflitos gerados na aplicação das mesmas.

Não se pode afirmar, contudo, que o filósofo grego tenha pensado em um sistema político com o objetivo de coibir abusos do poder, pois à época de Aristóteles, o poder era centrado no soberano, que exercia concomitantemente as três funções.

A primeira teoria de separação dos poderes, já na era moderna, foi sistematizada por John Locke, na obra intitulada *Segundo Tratado do Governo Civil*. Locke dividiu os Poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Federativo, cabendo ao primeiro a elaboração das leis, ao segundo sua aplicação aos membros da comunidade e ao terceiro a função de relacionamento com outros estados. Para Locke, o Poder Legislativo era o poder supremo, sendo essencial sua separação do Poder Executivo. O Poder Judiciário não é mencionado na teoria de Locke como um poder autônomo.

A teoria da tripartição dos poderes, contudo, tornou-se consagrada por Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, conforme ensina Pedro Lenza:

Por meio dessa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo. Tais atividades passam a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim o que se denominou teoria dos freios e contrapesos.²

Da experiência das monarquias absolutistas era conhecido que a concentração do poder nas mãos de um único homem poderia levar ao abuso e à tirania, pois o poder tende a corromper-se sempre que não encontra limites.

A teoria de Montesquieu, surgida como vigorosa contraposição ao Absolutismo, consolidou-se definitivamente na Revolução Francesa, mediante a inclusão, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da afirmação de que “um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação dos poderes era um Estado sem Constituição”. A partir daí, o princípio da separação dos poderes passou a vincular-se à ideia de constitucionalismo, transformando-se no âmago da estrutura organizacional do Estado.³

A divisão dos poderes pressupõe dois princípios: especialização funcional e independência orgânica, conforme se depreende da lição de José Afonso da Silva:

A divisão dos poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder⁴.

A separação rígida dos poderes tornou-se, na prática, inviável, restando superada. Atualmente, fala-se em separação de poderes flexível, havendo uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre os poderes. Cada poder exerce sua função predominante, mas, também, de modo acessório, funções que seriam típicas dos outros poderes, por exemplo, quando o Judiciário exerce funções administrativas relativas a seus assuntos internos, ou quando o Executivo edita normas, ou, ainda, quando o Legislativo julga autoridades nos crimes de responsabilidade.

² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Saraiva, 2010, 14ª Ed. P. 397/398.

³ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Método, 2009, 4ª Ed. p. 385.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros Editores, 2012, p. 109

À vista dessa nova feição da separação dos poderes, a doutrina norte-americana concebeu o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que estabelece controles recíprocos, mediante a previsão de interferências, admitidas na Constituição, de um poder sobre o outro.

Desse modo, exemplificando de acordo com a CF/88, cabe ao Legislativo elaborar leis, mas as leis são submetidas ao Poder Executivo que possui o poder de vetá-las total ou parcialmente. Além disso, o Poder Judiciário possui a atribuição de declarar uma lei inconstitucional.

Por outro lado, todo e qualquer ato do Poder Executivo pode ser objeto de questionamento perante o Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). Ainda, a própria Constituição Federal atribui ao Congresso Nacional, diretamente ou por qualquer de suas Casas Legislativas, competência para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (artigo 49, inciso X).

Atualmente, podemos afirmar que a doutrina da separação dos poderes traduz-se em “fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmonioso, tendente à realização da vontade política geral”⁵.

Essa nova concepção do princípio da separação dos poderes é bem explicitada por Gomes Canotilho, que ensina que, nos dias atuais, o princípio da separação de poderes possui duas dimensões complementares: (i) uma dimensão negativa, que implica em divisão, controle e limitação do poder e (ii) uma dimensão positiva, que implica em ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões “funcionalmente eficazes e materialmente justas”. A dimensão negativa corresponde à ideia de divisão de poderes, como forma e meio de limite do poder, assegurando uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, garantindo e protegendo a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos, evitando a concentração de poderes. Por outro lado, a dimensão positiva, que corresponde à ideia de separação de poderes propriamente dita, assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado.⁶

A ordenação funcional separada deve entender-se também como uma ordenação controlante-cooperante de funções. Isto não se reconduz rigidamente a conceitos como ‘balanço de poderes’ ou ‘limitação recíproca de poder’ nem postula uma rigorosa distinção entre funções formais e funções materiais. O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem

⁵ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4ª Ed. Editora Método, 2009, p. 387.

⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, 7ª Ed., 9ª reimpressão, p. 250

são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima⁷.

Cumprе lembrar, ainda, como ensina Elival da Silva Ramos, que o princípio da separação dos poderes não pode ser compreendido sem a necessária relação com determinado sistema constitucional, que lhe confere características peculiares, de modo a torná-lo único na concretização daquele arquétipo.⁸

63

Assim, a forma de articulação do princípio varia de acordo com a própria concepção que se tenha a propósito das finalidades do Estado, podendo variar, também, o número de órgãos previstos pela Constituição, de acordo com as atividades que deverão por eles ser desempenhadas.

Ademais, se em um Estado que se ocupe, primordialmente, da contenção do poder a rígida distribuição de funções, com hipóteses restritas de interpenetração de competências, se afigura satisfatória, no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão⁹.

Nesse diapasão, importante ressaltar que nossa Constituição da República de 1988 destacou logo em seu artigo 2º que os Poderes são “independentes e harmônicos entre si.”

A ideia de harmonia é oposta à ideia de separação. Assim, os entes estatais somente atuarão de modo eficaz quando houver entre eles consciente colaboração e controles recíprocos, dentro do princípio da harmonia, para a consecução dos objetivos do Estado.

2. A Judicialização da política

No modelo de separação dos poderes à época das revoluções liberais cabia às casas legislativas a predominância da competência para criar direito novo. Aos administradores e aos magistrados competia a aplicação desse direito criado pelos legisladores.

Esse modelo ideal, contudo, não se adapta à realidade ao longo do tempo.

Por um lado, a ideia de que qualquer pessoa pode pertencer ao Poder Legislativo, não se exigindo capacidade técnica para o acesso a um posto no Parlamento, gerou atecnia legislativa, imprecisão da linguagem, obscuridade, contradições, que passaram a exigir

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*, p.250/251

⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 114.

⁹ Idem.

interpretação das leis e dar azo à discricionariedade no momento de sua aplicação seja pelo Poder Executivo seja pelo Poder Judiciário¹⁰.

Por outro lado, como ensina Daniel Giotti de Paula, houve uma transformação do modelo estatal.

De um Estado de Direito, centrado no legicentrismo, na assunção da lei como fonte por excelência do direito, chega-se a um Estado Constitucional de Direito, pelo qual a Constituição passa a ser compreendida como norma jurídica, não mais uma mera exortação ao legislador. E o controle do respeito ao conteúdo constitucional passa a ser conferido a órgãos jurisdicionais, sobretudo.¹¹

64

Também Luís Roberto Barroso comenta essa passagem de um estado de direito baseado na lei (com supremacia do Poder Legislativo) para um estado constitucional de direito, em que o Poder Judiciário adquire maior importância, tendo em vista ser o órgão que detém a guarda da Constituição, fiscaliza sua aplicação e é quem a interpreta com caráter vinculante.

O Estado Constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. 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 – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um

¹⁰ Este problema é vivido, atualmente, no Brasil, pois número significativo dos ocupantes das cadeiras de nossas Casas Legislativas é composta de artistas, jogadores de futebol, ex-participantes de “reality shows” (e até um palhaço), os quais certamente desconhecem as implicações práticas das legislações que ajudam a criar, o que resulta em textos legislativos mal construídos.

¹¹ PAULA, Daniel Giotti de. “Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 227/228.

tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.¹²

Nesse contexto, emerge o fenômeno da judicialização da política, o qual Barroso conceitua nos seguintes termos.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo¹³

65

Barroso elenca três causas principais para o fenômeno da judicialização da política: (i) o reconhecimento da importância de se ter um Judiciário forte e independente; (ii) a crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos, que gera desilusão com a política majoritária e (iii) os próprios atores políticos preferem preservar-se de decisões polêmicas, que geram desgaste político. No Brasil, outro fator preponderante, acrescenta o autor, é o fato de nossa Constituição ser muito abrangente e analítica, o que faz com que praticamente todos os temas sejam passíveis de controle constitucional pelo Judiciário, seja na forma difusa, por qualquer magistrado ou na forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Desse modo, sendo instado a se pronunciar sobre determinada lei (ou a ausência de regulamentação por lei de um determinado tema), não pode o Poder Judiciário permanecer inerte.

2.1 A filtragem constitucional

O atual momento de constitucionalismo caracteriza-se pela superação da supremacia do Parlamento, sendo marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade¹⁵.

O controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico é amplo, podendo ser feito de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal ou de forma difusa por qualquer juiz.

O Supremo Tribunal Federal foi erigido ao posto de guardião da Constituição, cabendo a ele a última palavra em termos de interpretação constitucional.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 228/229.

¹⁴ Idem, p. 230.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 59.

A dificuldade na interpretação da Constituição é enorme e decorre de diversos fatores, como reconhecido por Gilmar Mendes: (i) “a Constituição está repleta de termos vagos e plurívocos”; (ii) nela se adotam “fórmulas de compromisso, por meio das quais se postergam para o cotidiano da política ordinária as decisões valorativas apenas pautadas pelo constituinte”; (iii) nela estão inseridos (como é comum na fase histórica em que vivemos) “normas constitucionais de metas impostas à ação do Estado, muitas delas de feito social, que impõem um fazer, sem, contudo, indicar o como fazer”, (iv) “as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais”¹⁶.

Tudo isso confere singularidade, no domínio da hermenêutica jurídica, à atividade de interpretação da Constituição, máxime em um Estado de direito democrático, em que a Constituição não é meramente semântica, mas aspira à plena força normativa. A interpretação da Constituição se torna, assim, propensa a controvérsias, que se estendem desde as técnicas que lhe são adequadas até os limites a que se deve ater¹⁷.

O mecanismo da filtragem constitucional permite (e impõe) que todo e qualquer lei ou ato legislativo seja interpretado à luz da Constituição. Considerando todas as dificuldades na interpretação da Constituição acima elencadas, forçoso concluir que a tarefa do intérprete não é objetiva, sendo pautada por seus valores morais, convicções pessoais, políticas, etc.

Pretender conferir máxima eficácia a disposições constitucionais que prevêm diretrizes a serem adotadas em momento posterior pelos governantes, por exemplo, acaba gerando uma interferência do Poder Judiciário no plano das políticas públicas reservadas ao Executivo, atitude que se costuma denominar de ativismo judicial.

2.2 A força normativa dos princípios constitucionais

Como ensina Paulo Bonavides, ao tempo do Estado Liberal, a ideia de separação de poderes era preponderante, no intuito de limitar o poder estatal para que não restasse concentrado nas mãos de uma única pessoa ou Órgão. Assim, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era “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. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição culminante”¹⁸.

¹⁶ MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 90.

¹⁷ Idem, p. 91.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª Ed. Editora Malheiros, 2012, p. 621/622.

Após a Segunda Guerra Mundial, a evolução mais importante do direito foi a descoberta do princípio da proporcionalidade e o desenvolvimento do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais¹⁹.

Os direitos fundamentais, na ordem constitucional atual, foram alçados à categoria de princípios, de tal sorte que se transformaram, como lembra Paulo Bonavides, no mais importante polo de eficácia normativa da Constituição, adquirindo força vinculante, com respeito aos três Poderes, tendo adquirido aplicabilidade direta e eficácia imediata, com perda do caráter de normas programáticas. Além disso, os direitos fundamentais adquirem uma carga axiológica, aparecendo como postulados sociais que servem de impulso e inspiram à legislação, à administração e à jurisdição.²⁰

Essas transformações doutrinárias que se iniciaram na Alemanha, disseminaram-se pela Europa e chegaram ao Brasil, tendo sido incorporadas à Constituição Federal de 1988 e tornaram-se mais evidentes com a chegada ao Supremo Tribunal Federal de Ministros cuja formação se deu segundo essa doutrina mais contemporânea e que introduziram entre nós esse modelo de interpretação da Constituição.

Como lembra Barroso²¹, as Constituições (e também a nossa CF/88) são documentos dialéticos e compromissários, que consagram interesses diversos e antagônicos, que entram em rota de colisão (livre iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico; liberdade de expressão e direito à intimidade; liberdade de reunião e direito de ir e vir, etc).

No julgamento do caso concreto, o juiz deve, através de exercício de ponderação e uso da proporcionalidade, demonstrar, argumentativamente, que determinada solução demonstra mais a vontade da Constituição (do que outra possível), naquele caso concreto.

A decisão não decorre simplesmente de um exercício de subsunção, mas tem de ser construída pelo julgador, exigindo uma atuação criativa do intérprete.

É com base em princípios e conceitos abertos, tais como dignidade da pessoa humana e moralidade, por exemplo, que nossa Corte Suprema tem se manifestado em matérias em que não há consenso na sociedade em termos de certo e errado e sobre as quais o Poder Legislativo evita pronunciar-se, tais como aborto (no caso do feto anencéfalo), união homoafetiva, utilização de células tronco para pesquisas, etc.

Não se pode perder de vista que, em se tratando de valores e temas abertos, em que há um desacordo moral razoável, não há como afastar a interferência de todo o *background* do julgador, suas convicções políticas e religiosas, sua origem, suas experiências pessoais e de estudo em outros países, etc., sendo certo que o mesmo caso concreto poderá vir a ter resultado bastante diverso de acordo com o julgador encarregado de decidi-lo.

Por fim, cumpre lembrar, ainda citando Barroso, que uma das principais correntes filosóficas contemporâneas é o pragmatismo jurídico. “Para essa concepção, as

¹⁹ Idem, p. 623.

²⁰ Ibidem, p. 624.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 248/249.

consequências e resultados práticos das decisões judiciais, assim em relação ao caso concreto como ao sistema como um todo, devem ser o fator decisivo na atuação de juízes e tribunais.”²²

Para os adeptos dessa filosofia, o método de interpretação não parte do caso concreto para a solução. Seu método é mera racionalização da decisão que foi tomada por outras razões.

2.3 O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal

Além de nossa Corte Constitucional ser instada a decidir os chamados casos difíceis, (*hard cases*), como se discutiu acima, o próprio ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído no sentido de conferir efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Cite-se, nesse sentido, a criação da súmula vinculante, que possui caráter normativo (Emenda Constitucional nº 45/2004). Também a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental, cujas decisões são dotadas de efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Ao ter a última palavra em matéria de interpretação constitucional, com efeito vinculante e *erga omnes*, pode-se dizer que o STF já recebeu, legitimamente, uma parcela da competência para o desenvolvimento de atividades de caráter normativo.

2.4 Interferência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas

Na estrutura da separação dos poderes, o estabelecimento de políticas públicas que viabilizem o exercício dos direitos garantidos pela Constituição Federal cabe ao Poder Executivo, enquanto que a criação de normas que regulamentem tais direitos é competência do Poder Legislativo.

Se o Poder Legislativo não regulamenta devidamente os direitos previstos na Constituição ou se o Executivo não realiza as políticas públicas necessárias a sua viabilização, o Judiciário é muitas vezes chamado a atuar e impor o cumprimento do mandamento constitucional ao Executivo, de modo a preservar o direito ameaçado.

Nesta seara de avaliar a atuação do Executivo desenvolve-se o embate entre o atendimento pelo Poder Público ao menos do “mínimo existencial” e a atuação estatal dentro da chamada “reserva do possível”.

Ingo Sarlet ensina que o mínimo existencial deve ser entendido como as condições mínimas necessárias à preservação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, isto é,

²² BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 251

não levando em conta apenas a sobrevivência física, mas também as necessidades sócio-culturais básicas.

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas está assegurada ‘quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade. Tal linha de fundamentação, em termos gerais e consoante já destacado, tem sido privilegiada também no direito constitucional pátrio, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar conseqüências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos.

A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao

indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material²³.

Canotilho, por seu turno, afirma que os chamados direitos sociais, embora estejam atrelados à “reserva do possível,” não representam um mero apelo ao legislador, mas sim uma verdadeira imposição constitucional, a qual legitimaria até mesmo mudanças de ordem social ou econômica para sua efetivação.

70

Com base na indiscutível dimensão subjectiva dos direitos ‘sociais’ afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever de o Estado criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação?

Estes exemplos apontam para o problema fundamental dos direitos originários a prestações: a garantia da protecção jurídica pressupõe uma actuação positiva dos órgãos dos poderes públicos, o que leva uma significativa parte da doutrina a negar a sua configuração como verdadeiros direitos. A expressa consagração constitucional de direitos económicos, sociais e culturais não implica, de forma automática, um ‘modus’ de normatização uniforme ou seja, uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos. Alguns direitos económicos culturais e sociais, são verdadeiros self-executing (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade); outros são direitos a prestações dependentes de actividade mediadora dos poderes públicos (ex.: direito à saúde, direito ao ensino).

O entendimento dos direitos sociais, económicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema de sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma ‘reserva do possível’ para significar a dependência dos direitos

²³ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 1 – jul/dez 2008, p. 191/193

econômicos, sociais e culturais dos ‘recursos económicos’, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos (cfr. Artigos 2º, 9º/d, 80º, 81º)²⁴.

Impõe-se, pois, a questão acerca da existência dos direitos sociais como direitos subjetivos ou de sua dependência à disciplina infraconstitucional e à previsão através das políticas públicas.

Gomes Canotilho critica severamente a posição doutrinária que entende que tais direitos não são dotados de carácter subjetivo, pois esse entendimento os transformaria em uma “garantia constitucional platônica.”

Uma das maiores dificuldades surgidas na determinação dos elementos constitutivos dos direitos fundamentais é esta: os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem. Por outras palavras: é o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social. Este é o discurso saturado da doutrina e da jurisprudência. ‘Os direitos sociais ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa, concretizadora e conformadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade’ Uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um ‘grau zero de garantia’ (Haverkate). Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção da dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa, Almedina, 2003, 7ªed., 9ª reimp., p. 477/478.

social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. Assim, por exemplo, o ‘rendimento mínimo garantido’ não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Perante a agudeza desta crítica, desloca-se o cerne da questão para a indeterminabilidade jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais. ‘A actuação legislativa nos direitos sociais não está balizada por uma reserva constitucional de conteúdo’ (M. Afonso Vaz). Estes nunca legitimarão pretensões jurídicas originárias, isto é, pretensões derivadas directamente dos preceitos constitucionais. Por outras palavras: nenhuma das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais fundamentais poderia ser estruturalmente entendida como norma vinculante, garantidora, em termos definitivos, de direitos subjectivos. Os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão os consagrados em normas das regulações legais. Não haverá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde. Não existirá um direito fundamental à segurança social, mas apenas um conjunto de direitos sociais (cfr., no plano jurisprudencial, Acs, TC 131/92, 508/99, 29/2000).

Do que se escreveu a propósito dos direitos sociais como direitos subjectivos constitucionais, poderemos e deveremos ver em que é que reside a força jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais. O Ac. nº 39/84 do Tribunal Constitucional relativo à extinção legal do Serviço Nacional de Saúde fixou alguns traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais: (i) os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional (não são meros ‘programas’ ou ‘linhas de direcção política’); (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controlo judicial quando esteja em causa a apreciação de constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos.; (iii) as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento pode justificar, como já se referiu, a inconstitucionalidade por omissão; (iv) as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas

vagas e abstractas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não é deixada à livre disponibilidade do legislador, embora este beneficie de uma ampla liberdade de conformação quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e ritmo de concretização²⁵.

Embora os direitos de defesa (vida, intimidade, liberdades, etc.) possam ser garantidos sem a necessidade de alocação direta de recursos (embora sempre dependam também de alguma alocação de recursos), os direitos sociais possuem uma dimensão econômica mais relevante.

Nesse sentido, para o atendimento dos chamados direitos sociais, o Estado deve dispor de recursos, não apenas economicamente, mas também juridicamente, já que existe a limitação do Orçamento Público quanto a suas dotações. Por último, a alocação de recursos deve se dar de modo razoável e proporcional, tanto no que diz respeito às opções do Poder Executivo quanto nas decisões do Poder Judiciário ao ser instado a se manifestar no caso concreto.

Destarte, ainda que os valores que estejam sendo protegidos até justifiquem a intervenção do Poder Judiciário na esfera de decisão do Executivo, não se pode perder de vista que a discricionariedade do Executivo reside na escolha de políticas públicas que atendam o maior número de pessoas, assegurando-lhes as condições mínimas necessárias dentro da disponibilidade Orçamentária.

Assim, a nossa Carta Constitucional prevê uma grande quantidade de obrigações para o Estado, traduzidas em prestações positivas, passíveis, em tese, de serem exigidas do Poder Público, muitas como verdadeiros direitos subjetivos, mas que ainda pendem seja de uma devida regulação legislativa seja do estabelecimento de políticas públicas concretas que lhe concedam plena eficácia. Isso acaba gerando uma intervenção maior do Poder Judiciário nessas questões, forçando, de um lado, o Executivo a empenhar-se mais no estabelecimento de políticas públicas consistentes, o que é positivo, mas gerando, por outro lado, exageros e medidas desproporcionais que, muitas vezes, demandam a realocação de recursos que poderiam ser utilizados em medidas mais abrangentes para o cumprimento de uma ordem judicial cujo acerto é algumas vezes duvidoso.

3. Ativismo judicial

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr. em um artigo da revista americana *Fortune*, em 1947. Nesse artigo, discutia-se uma divisão ocorrida na Suprema Corte Americana sobre a interpretação legislativa e a função

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op.cit., p. 480/482.

apropriada do Poder Judiciário em uma democracia, em que os juízes ativistas contrapunham-se aos adeptos da auto contenção (*self-restraint*), ao entender que direito e política são inseparáveis e que, como a Corte não poderia escapar da política, deveria utilizá-la para propósitos sociais integrais²⁶.

3.1 Conceito

A expressão “ativismo judicial” é vaga. Embora muitos tentem conceituá-la, não há sequer um consenso sobre se a prática é desejável ou não.

Paulo Gustavo Gonet Branco, em artigo intitulado “Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial”, comenta que “costuma-se usar o termo ativismo em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas.”

O oposto do ativismo é a auto-contenção, que, de seu turno, é, às vezes, associada a uma postura de deferência servil aos poderes políticos, numa timidez produtora de resultados infaustos²⁷.

Segundo Barroso, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”²⁸.

...o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva²⁹.

O ativismo, ao contrário, traduz-se mais em uma prática jurisdicional de como tratar o próprio exercício da judicatura. Contrapondo-se a auto-contenção, é um mecanismo de afirmação do próprio poder jurisdicional além

²⁶ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. California Law Review, October 2004, em http://www.constitution.org/lrev/kniec/judicial_activism.htm, ultimo acesso em 28/03/2014 (tradução livre)

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial”, in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 392/393.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 233.

²⁹ Idem, p. 234.

dos limites impostos pela ordem jurídica positiva ou pela prática judicial consolidada.³⁰

Elival da Silva Ramos, por seu turno, apresenta a seguinte definição de ativismo judicial:

... por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legislação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativo invadido por decisões excessivamente criativas³¹.

75

Ramos não vê o ativismo judicial como uma atitude desejável, mas como ofensa ao princípio da separação dos poderes, na medida em que implica na “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”³².

Não se trata do exercício desabrido da legislação (ou de outra função jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados³³.

³⁰ PAULA, Daniel Giotti de. “Ainda existe separação de poderes? A invação política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 302.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 129.

³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 116/117.

³³ Idem, p. 117

3.2 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem adotado práticas sabidamente ativistas, pelas quais ora recebe elogios ora críticas. O Ministro Celso de Mello ao discursar na cerimônia de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do Tribunal, em 2008, ressaltou que os três Poderes da República, sem exceção, devem respeito à Constituição, que não pode ser burlada por conveniência política ou pragmatismo institucional. “Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.”

Assumiu, ainda, que o Supremo Tribunal Federal exerce práticas ativistas e justificou essa atitude:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.³⁴

Em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal aplicou diretamente a Constituição em situações não contempladas expressamente em seu texto e sem a manifestação do legislador ordinário, o que caracteriza uma postura ativista.

Como exemplos de tais práticas podemos citar: o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, que proibiu o nepotismo; a súmula vinculante nº 11, que proibiu o uso de algemas, o julgamento conjunto dos mandados de injunção nºs 670, 708 e 712 que regulamentou o direito de greve dos servidores públicos valendo-se da legislação já existente para a iniciativa privada, etc.

O julgamento conjunto dos Mandados de Injunção relativos ao direito de greve dos servidores públicos adquiriu uma importância histórica posto que constituiu verdadeira guinada na atuação do Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto do Mandado de Injunção.

Tal instituto que, quando da promulgação da Constituição Federal, mal sabíamos a utilidade e que, por muitos anos, foi utilizado apenas para declarar a mora do legislador em

³⁴ MELLO, Celso de. Discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente no STF, em 2008. In <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismo-judicial-do-stf>, acesso em 17.12.2012.

editar leis regulamentadoras de direitos constitucionalmente previstos, cujo exercício dependia de regulamentação, adquiriu novo caráter, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal “criar” uma norma a ser utilizada até que o Poder Legislativo regulamente a matéria.

Saliente-se que o Ministro Maurício Correa, relator originário do Mandado de Injunção nº 670, havia redigido seu relatório no sentido de que não poderia o Judiciário garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito da competência estabelecida na Constituição Federal. Seu voto era no sentido de declarar a mora do Congresso Nacional em editar a norma reclamada e oficiar ao Órgão impetrado quanto a esse fato.

Contudo, o Ministro Gilmar Mendes, que já relatava o Mandado de Injunção nº 708 sobre o mesmo tema, pediu vista, elaborou um voto divergente, que se tornou o voto condutor. Citou a experiência alemã e italiana na qual se admite que “o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).”³⁵

Foi determinada a utilização das Leis 7.701/88 e 7.783/89 (legislação regulamentadora do direito de greve relativa aos trabalhadores em geral) para os servidores públicos, tendo sido concedidos efeitos *erga omnes* à decisão.

Apesar das críticas à decisão do Supremo, que data de outubro de 2007, ainda não foi editada a norma necessária à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. O PL 4497/2001 (de autoria da deputada Rita Camata), que possui vários outros projetos apensados, ainda está na Comissão de Constituição e Justiça. Em 25/09/2012 foi proposta a realização de audiências públicas para discutir o assunto.

Na mesma linha, pode-se citar a recentíssima aprovação da Proposta de Súmula Vinculante nº 45, que prevê que até a edição da lei complementar específica, aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal. Segundo levantamento do próprio Tribunal, entre os anos de 2005 e 2013, foram recebidos 4.892 mandados de injunção especificamente sobre a falta de lei regulamentadora da aposentadoria especial dos servidores públicos, o que foi determinante para a apresentação da proposta de súmula vinculante³⁶.

Por fim, como perfeito exemplo de ativismo, é oportuno citar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes em sede da ADIN 3510, em que se discutia a pesquisa médica com células tronco embrionárias, o qual resume, em linhas gerais, o assunto aqui tratado e o modo como o Ministro vê o papel do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento dessas questões.

³⁵ Julgamento do Mandado de Injunção nº 670, disponível em www.stf.jus.br, último acesso em 04/10/2013.

³⁶ STF aprova súmula vinculante sobre aposentadoria especial de servidor público. Migalhas nº 3346, 10 de abril de 2014.

Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O julgamento desta ADI nº 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloquente demonstração de que a Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência. É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993). Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções ADI 3.510 / DF morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições

majoritárias"¹. Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. Certamente, a alternativa da atitude passiva de self restraint - ou, em certos casos, de greater restraint, utilizando a expressão de Garcia de Enterría - teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, "o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente". Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão: "O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que majorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo

político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje³⁷.

3.3 Outras críticas ao ativismo judicial

Como já tivemos oportunidade de destacar ao longo deste trabalho, a grande crítica recebida pela expansão da atuação judicial é a suposta ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Outras críticas, contudo, são lançadas e dizem respeito ao modo de investidura dos juízes (e membros dos tribunais), sua formação e o tipo de discurso que utilizam.

Argumenta-se que os juízes não são eleitos pelo voto popular, por isso lhes faltaria legitimidade política para fazer prevalecer suas decisões sobre as do Poder Executivo e do Poder Legislativo cujos membros foram eleitos democraticamente.

Barroso lembra que, ao lado dessas, há também críticas de cunho ideológico, posto que o Judiciário é visto como conservador e reproduzidor dos modelos de distribuição de riqueza e poder na sociedade³⁸.

Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária³⁹.

Por outro lado, o juiz pode não ter (e na maioria das vezes não tem) conhecimentos suficientes para dar a palavra final em questões de alta complexidade científica ou técnica.

³⁷ MENDES, Gilmar. Voto em sede da ADIN 3.510, Relatada pelo Ministro Carlos Britto, acesso eletrônico em www.stf.jus.br, em 18/12/2012.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 234/235.

³⁹ Idem, p. 235.

Ainda, ao decidir um caso concreto, ele costuma voltar sua atenção para a garantia dos direitos de um cidadão ou grupo específico (autor da ação que lhe foi submetida à apreciação) sem condições de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão para a sociedade como um todo.

Nesse aspecto, a interferência das decisões judiciais nas políticas públicas do Poder Executivo, na maioria das vezes, satisfaz o direito de uma única pessoa em detrimento do direito de centenas delas, pois o juiz não tem conhecimento de questões orçamentárias, tampouco dos estudos realizados para embasar a adoção desta ou daquela política.

Por fim, argumenta-se que a linguagem utilizada no mundo do direito é elitizada e exclui aqueles que não a dominam do debate. Além disso, o trato de questões de cunho eminentemente político traz uma dose excessiva de politização dos Tribunais, em detrimento do debate unicamente jurídico.

No movimento seguinte, processos passam a tramitar em manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.⁴⁰

Registre-se, sobre esse ponto, o recente julgamento do mensalão, transmitido por canais de televisão, em que se pôde acompanhar ao vivo o debate acalorado dos Ministros .

Conclusão

A judicialização da política é um fenômeno crescente, na medida em que, em um estado constitucional de direito, cabe ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade e, por conseguinte, a função de dar a palavra final quanto à conformidade das leis e outros diplomas legislativos com a Constituição. Também em face da Constituição são contrastados os atos e omissões da Administração.

O princípio consagrado na Constituição Federal de 1988 da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV) ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, também em muito contribui para a judicialização da política porque qualquer ato dos demais Poderes pode ser questionado perante o Poder Judiciário.

⁴⁰ ⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 234/235.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011, p. 237.

O ativismo judicial revela uma disposição de membros do Poder Judiciário de decidir indo além do que está previsto no ordenamento jurídico ordinário, interpretando diretamente a Constituição, principalmente pela aplicação de princípios explícitos ou implícitos.

Não se trata de uma atitude que deva ser festejada ou reprovada. É uma realidade.

Em muitos casos, entendemos que decisões ativistas acabam por interferir em políticas públicas, de maneira que, no intuito de satisfazer o direito de um cidadão ou grupo, acaba por prejudicar o direito de uma comunidade inteira, já que o julgador não possui o conhecimento suficiente das questões técnicas, científicas, orçamentárias e as implicações sistêmicas de suas decisões.

Em outros casos, contudo, as decisões, têm sido de grande relevância para propiciar a garantia de direitos fundamentais e suprir as omissões dos outros dois Poderes, principalmente no tocante à manifestação em questões polêmicas, em que o Parlamento não quer se imiscuir por receio de perda de popularidade.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal tem procurado, através das audiências públicas e da admissão de *amici curie*, ouvir os diversos segmentos da sociedade, inclusive para obter subsídios técnicos e científicos, para a melhor decisão acerca das matérias submetidas a sua análise.

Não me parece que o ativismo judicial, a não ser o verdadeiramente abusivo, fira o princípio da separação dos poderes, pois, atualmente, embora esse princípio seja parte integrante do conceito de Estado de Direito, o foco não é mais a limitação do poder, como nos tempos de combate ao Absolutismo, mas a eficiência do Estado como um todo na consecução de seus objetivos, no cumprimento dos preceitos constitucionais e na preservação dos direitos e garantias do indivíduo e do cidadão.

Nesse sentido, admite-se uma certa sobreposição das esferas de atuação dos Poderes, no intuito de efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial”, in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, 7ª ed., 9ª reimpressão.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MELLO, Celso de. Discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes no STF. In <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismo-judicial-do-stf>, acesso em 17.12.2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PAULA, Daniel Giotti de. “Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política” in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Editora Jus Podivm, 2011.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4ª edição. Editora Método, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 1 – jul/dez 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros Editores, 2012.