

ATIVISMO JUDICIAL: AS OMISSÕES POLÍTICAS E O SUBSTRATO LEGITIMADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fabiano Gosi Aquino¹

Resumo: O trabalho pretende identificar alguns dos fatores que contribuíram para o crescimento do ativismo judicial e como ele se projeta nas hipóteses de omissões ou equívocos nas atuações do Legislativo e do Executivo. Procura identificar como a expressão “ativismo judicial” é utilizada indiscriminadamente para todas as formas de atuação judicial que transcendem a concepção inicial de “boca da lei”. Parte-se de um ponto de aceitabilidade da atuação ativista quando se busca alcançar a maximização dos direitos fundamentais, ainda que, para o alcance deste objetivo, ao Judiciário seja conferida uma posição de ativismo tendente a integrar regras ou redirecionar escolhas na atuação das instâncias de representação política.

Palavras-chave: ativismo judicial; direitos fundamentais; democracia.

Abstract: *The paper intends to identify the factors which contributed to increase the judicial activism and how it shows itself in the hypotheses of the omissions and mistakes in the Legislative and Executive actions. It intends to identify how the expression “judicial activism” is used indiscriminately for all ways of the judicial actions that transcend the original conception of “mouth of the law”. It starts from the point of acceptability of the activist action when seeking to reach the maximization of the fundamental rights, though, to reach this goal, to Judiciary had been conferred an activist position, tending to integrate rules or redirect choices in the actions of the instances of the politics representation.*

Keywords: *Judicial Activism; fundamental rights; democracy.*

1) INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, inicialmente, uma delimitação das facetas da expressão ativismo judicial, tentando diagnosticar das variadas formas de apresentação do Poder Judiciário na vida política do país. Indaga-se se é

¹ Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense professor de Direito Processual Civil e Prática Simulada na Universidade Estácio de Sá e Advogado.

possível identificar o ativismo judicial nas omissões legislativas e nas omissões – e até incorreções de escolhas – do Executivo.

Avança ainda, o presente artigo, na tentativa de indicar quais os principais fatores que conduziram a essa tendência atual de ativismo, especialmente da Corte Constitucional brasileira.

A expressão “ativismo judicial” foi citada inicialmente pelo jornalista Arthur M. Schlesinger Jr., em 1967 na revista *Fortune*, numa reportagem que tentava traçar o perfil dos nove juízes da Suprema Corte americana. Na ocasião, dois grupos foram identificados: o grupo de Black-Douglas, que via no Tribunal a instância habilitada para a defesa de direitos sociais, e, de outro lado, apresentava-se o grupo de Frankfurter-Jackson, mais comprometido com os demais Poderes, não entendendo estes o palco como o local apropriado para a realização da vontade popular, assumindo, portanto, uma postura de autocontenção.

De fato, trata-se do movimento, impulsionado no segundo pós-guerra, tendente a desconsiderar uma postura de soberania da lei e ver, nas Constituições, os verdadeiros objetivos do Estado, afastando a ideia de mero conjunto de normas programáticas e assumindo a forma de diploma recheado de significado axiológico, especialmente para a defesa de direitos fundamentais, orientando os trabalhos dos parlamentos, sob pena de invalidação de leis colidentes com os preceitos constitucionais previstos.

Diante disso, os países da Europa, seguindo uma tendência já predominante nos Estados Unidos desde o século anterior, passaram a enxergar o Judiciário como a instância competente para a guarda da constituição e, por via de consequência, o Poder legitimado para fazer o controle de leis e retirá-las do ordenamento quando em rota de colisão com os textos constitucionais.

Esse foi um dos fatores que contribuiu para o “empoderamento” dos Tribunais. Vale destacar, como será falado adiante, que outros aspectos específicos colaboraram para esse fortalecimento, como o sistema do *common law* nos Estados Unidos e uma sociedade órfã da figura paterna na Alemanha que vê no Judiciário o seu referencial de valores apto a delinear uma consciência moral.

Para Vanice Lírio do Valle, a expressão, embora recorrente, apresenta um caráter ambíguo, noticiando a dualidade de significados para o termo.

“A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas - de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary* e *Black's Law Dictionary*, evidencia que, já de origem, o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos.” (VALLE, 2009, p. 21)

A expressão **ativismo judicial** pode representar uma série de possibilidades de atuações do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, ora revelando-se com um sentido de complementação de leis ora com um significado de mera interpretação legislativa. Pode, ainda, representar uma atuação de adequação entre as escolhas políticas dos administradores e a realidade socialmente verificada.

É uma constatação que revela um grande número de variáveis na atuação judicial e que vem provocando profundos questionamentos em todo mundo, principalmente sob o aspecto fundamental da tripartição de poderes sistematizada por Montesquieu.

Vale destacar que nem todos os autores que abordam o assunto fazem a distinção para a expressão, considerando ativismo judicial toda e qualquer forma de interferência do Judiciário em questões políticas através de demandas levadas pelos cidadãos para o interior das Cortes.

“Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.” (TATE and VALLINDER, 1995, p. 15)

Por outro lado há aqueles que conceituam o ativismo judicial como reflexo de um movimento denominado neoconstitucionalismo, onde o Judiciário investe-se na função de protetor de direitos fundamentais consagrados no corpo da Constituição, ainda que para tal desiderato, valendo-se de critérios

hermenêuticos, veja-se na contingência de integrar o ordenamento jurídico através de critérios contramajoritários.

“No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.” (SARMENTO, 2013)

Fernando Gama de Miranda Neto, apresentando um estudo sistematizado por William Marshall, aponta essa situação como um ativismo contramajoritário onde o debate de determinados temas é afastado das vias tradicionais, em especial do âmbito dos poderes com natureza representativa. O ativismo contramajoritário caracteriza-se pela renúncia realizada pelos Poderes cuja composição é feita por representantes do povo, sendo o palco próprio para o debate democrático de temas relevantes politicamente.

“Tal caráter contramajoritário cria uma contradição entre a efetivação dos direitos fundamentais e a democracia, já que a Corte Constitucional passa a dar a última palavra sobre a constitucionalidade da atividade dos outros Poderes, notadamente o Legislativo, definindo o que está ou não de acordo com a Constituição. Dessa forma, a interpretação final da Constituição ficará sempre a cargo do Poder Judiciário. Mas poderia o Supremo Tribunal Federal desconsiderar escolhas do Poder Legislativo que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada? (MIRANDA NETTO, 2012, p. 91)

Para Luis Roberto Barroso, o conceito da expressão **ativismo judicial** é igualmente abrangente, de forma a englobar as vertentes de atuação judicial na integração de normas e no controle de políticas públicas, assumindo feições de legitimidade quando dá máxima abrangência aos princípios fundamentais consagrados na Constituição, ressaltando, contudo, a necessidade de comedimento na interferência acerca de políticas públicas, devendo guardar deferência em determinadas escolhas políticas.

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do

legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público” (BARROSO, 2013)

Diante desta dificuldade conceitual encontrada buscou-se identificar os fatores que ensejaram a elevação na atuação judicial e como o chamado ativismo judicial pode se apresentar perante os demais Poderes.

2) Ativismo pelo déficit legislativo

No modelo tradicional de tripartição de poderes seria impensável autorizar uma postura do Judiciário no sentido de criar leis, já que os juízes careceriam de legitimidade democrática conferida pelo povo, visto que não são eleitos pelo voto direto. O juiz estaria habilitado para o exercício de uma microjustiça cabendo aos Poderes políticos a realização da macrojustiça.

O modelo proativo de atuação judicial, no entanto, vem ganhando contornos de relevo, especialmente, pela assunção do perfil contramajoritário, conferindo justiça às minorias esquecidas pelo comportamento do Legislador. Por esse aspecto, a ausência de processo democrático de escolha dos juízes, acaba sendo desconsiderada no momento em que ele se revela como componente essencial para a implementação de direitos fundamentais sonogados e a preservação da dignidade da pessoa humana.

São facilmente perceptíveis situações de omissão legislativa, total ou parcial, onde, mesmo depois de 25 anos de promulgação da Constituição, nenhuma providência foi tomada para a criação de regras que impeçam, de maneira direta ou reflexa, a concretização de direitos fundamentais, deixando completamente desamparados indivíduos que acabam encontrando no Judiciário o caminho para a satisfação de direitos. Dessa forma, cabe ao Judiciário decidir em sua plenitude o caso concreto, mesmo não existindo, teoricamente, qualquer regra específica.

A sistematização da postura ativista dos Tribunais deve ser analisada de acordo com a natureza da omissão que ensejou uma atuação judicial além dos limites estabelecidos num estudo da ciência política e delimitação das funções estatais. É possível identificar, portanto, que o ativismo judicial pode decorrer de omissões legislativas ou equívocos dos administradores públicos.

A) **O legislador, por discricionariedade, não cria regras:**

Consiste, basicamente, na opção legislativa em não criar regras sobre determinado assunto específico. Essa mora pode decorrer de diversas razões como o desinteresse social, a inadequabilidade social, falta de maturidade da sociedade, etc. Ressalta o fato de que o legislador optou por estabelecer efeitos para determinadas relações jurídicas.

Recentemente veio a público a notícia da tramitação de projeto de Lei que autorizava o tratamento de transtornos da sexualidade por psicólogos, mas que, diante do clamor popular acabou rejeitado, demonstrando uma hipótese clara de opção legislativa².

Como forma de equilibrar o sistema democrático, não se apresenta de maneira adequada, diante da manifestação, uma expressa vontade do Legislativo, uma postura ativista do Judiciário. Por isso, mostra-se pernicioso o ativismo judicial quando a omissão legislativa ocorre por opção do legislador. Diante de dois ou mais caminhos apresentados opta-se por não produzir uma lei. Resta somente ao Judiciário adotar uma postura de autocontenção (*self-restraint*).

Contudo, para que essa omissão seja legítima, e ilegítima por sua vez qualquer tentativa de ativismo judicial, não deve esta desconsiderar os mesmos direitos fundamentais, ou seja, a omissão legislativa não pode ser no sentido de inviabilizar o exercício de direitos fundamentais, pois neste caso a opção legislativa viola a ordem constitucional e o comando de maximização dos direitos fundamentais.

B) **O legislador, por inércia, não cria regras:** A ausência de regra pode ser provocada pela inércia do órgão competente para iniciar o processo legislativo ou até mesmo pelo próprio parlamento. Verificada tal situação, é possível que o indivíduo lesado leve suas aspirações ao Judiciário, que se verá na contingência de decidir a demanda.

² Vide recente exemplo do Projeto de Decreto Legislativo 234/2011, que alterava uma resolução do Conselho Federal de Psicologia, que vedava o tratamento psicológico para “transtornos de sexualidade”. O projeto conhecido como “cura gay”, embora aprovado, inicialmente, pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, foi arquivado a pedido do Deputado Federal João Campos, autor do projeto. Frise-se que a rejeição ocorreu em razão das fortes pressões populares manifestadas através de protestos no mês de junho de 2013.

Prejudicial a omissão decorrente do simples “engavetamento” de projetos importantes que permanecem durante anos percorrendo as comissões das casas legislativas sem que nenhum tipo de prestação de contas ocorra. A sociedade espera é eficiência, sobretudo dos seus representantes. Não é crível que um projeto precise de décadas para amadurecimento da discussão. Corresse o risco de se ter leis obsoletas quando, por fim, são votadas, aprovadas e entram em vigor.

É evidente a necessidade de integração do ordenamento jurídico, ainda que, para tal fim, seja necessário desconsiderar a instância apropriada e transferir para o Judiciário a efetivação de tais direitos. Ocorre, todavia, que essa integração deve dar-se quando a omissão impossibilita o exercício de direitos fundamentais, ou seja, o ativismo judicial só seria admitido como uma forma de dar a máxima efetividade às normas constitucionais, observando princípios como a dignidade da pessoa humana, igualdade, segurança jurídica, entre outros. É esta uma forma de ativismo salutar, pois zela pela integridade dos preceitos constitucionais.

Não são poucos os exemplos para esta situação, basta verificar decisões recentes sobre o legítimo direito de greve dos funcionários públicos³ e do reconhecimento dos efeitos civis das uniões homoafetivas⁴, onde o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a mora legislativa e a frustração de direitos fundamentais, supriu a ausência de regras.

É, repita-se, medida de justa adequação entre o intuito integrador da Constituição e a situação social que reclama pela completude do ordenamento jurídico. Há a pujança de um direito violado esperando o abrigo do princípio constitucional. Não resta, logo, outra opção senão conferir ao Judiciário a função integradora.

C) **O legislador cria regras parcialmente:** Neste ponto, assim como no anterior, deve ser admitido o ativismo judicial como medida salutar, desde que a regulamentação parcial cause prejuízos ou restrinja a máxima efetivação de direitos fundamentais. Essa postura expansiva justifica-se pela necessidade de se potencializar o alcance das normas constitucionais.

³ Vide Mandado de Injunção Nº. 670/ES, 708/DF e 710/PA

⁴ Vide ADIn 4277/DF

É, sem dúvida, a forma de se ultrapassar o processo político quando ele se apresenta deficiente, quando não, doente, e capaz de contaminar toda a ordem jurídica.

Podemos citar como exemplo dessa postura deficitária, não regulando todas as possíveis situações de amparo pela lei, o caso do aborto de fetos anencéfalos. A situação é deficitária, pois o Art. 128 do Código Penal regula situações expressas cujo aborto não é punido, não especificando o caso dos fetos inviáveis em razão a anencefalia. Neste caso o STF decidiu, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵, declarar a inconstitucionalidade da interpretação que tipifica o aborto praticado nos casos de interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Concretamente os Tribunais, especialmente o Supremo Tribunal, têm se deparado com a necessidade de corrigir falha de leis incompletas, que inviabilizam ou ofendem o exercício de direitos fundamentais. Leis mal formuladas possuem efeitos tão devastadores quanto o vácuo legislativo. Por isso, tem-se admitido um posicionamento ativista do Judiciário como medida tendente a pretensão de higidez do ordenamento jurídico.

3) Ativismo pelo déficit do Executivo

Outra espécie de ativismo judicial ocorre em razão das escolhas realizadas pelos governantes na definição das políticas públicas⁶. É chamado também de judicialização da política ou controle judicial de políticas públicas. Representa, na verdade, uma faceta do ativismo judicial.

Classicamente sempre se entendeu que as escolhas políticas caberiam exclusivamente aos administradores públicos, defendendo-se uma espécie de insindicabilidade do mérito administrativo. Todavia, a posição guardava um

⁵ Vide ADPF 54/DF

⁶ No entender de Celso Antônio Bandeira de Melo, política pública “é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país.” Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 802. Já Rodolfo de Camargo Mancuso define que “política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.” Mancuso, Rodolfo de Camargo. Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In Edis Milaré (Coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos, p. 730

defeito grande, pois admitia, implicitamente, uma visão distorcida da separação de Poderes, facilitando o processo de agigantamento do Executivo.

Conforme orienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a rígida posição sofreu um abrandamento para admitir a aferição do mérito dos atos administrativos pelo Judiciário nos limites da legalidade e dos resultados pretendidos, ou seja, os atos estarão sujeitos à verificação da compatibilidade com os resultados buscados de acordo com os parâmetros do Art. 3º da Constituição Federal.

“Não nos demoraremos a reexaminar essas falácias, pois acreditamos que a teoria dos limites tornou-se obsoleta: o que se sujeita no ato administrativo à apreciação judiciária, portanto, não é discricionariedade em si, mas o resultado de seu exercício e, ainda assim, no que exorbitou dos limites da ordem jurídica.

[...]

O controle dos limites estimula a edição de atos administrativos transparentes, bem travejados, bem motivados, claramente definidos, coerentes, confiáveis, afastando os ‘insindicáveis’, inquietante categoria de atos administrativos que rescendem a ranços positivistas, estatizantes, autoritários e ideológicos, odores que muito se confundem, que sob a proteção de tabus doutrinários, da inércia e da desinformação científica, tanto prosperam, semeando a dúvida, o temor e a desconfiança na ação administrativa; em síntese: a insegurança jurídica.” (MOREIRA NETO, 1998, pp. 82-84)

O Supremo Tribunal Federal reconhece como legítima a intervenção do Judiciário no controle de políticas públicas, fazendo-se necessária a configuração de certos requisitos como forma de torná-la legítima e, não, mera interferência indevida violando a separação entre os Poderes. Resumidamente, é possível destacar que, para ser legítimo o controle, deve ocorrer a verificação se o pedido atende aos limites fixados pelo mínimo existencial garantido aos indivíduos; deve restar configurado o princípio da razoabilidade, além da existência de disponibilidade financeira do Estado para a efetivação das pretensões reclamadas⁷.

⁷Vale destacar a decisão do STF na ADPF n. 45, em especial, o voto do Min. Celso de Mello, que destacamos parcialmente: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de

Neste processo de judicialização da política, muitos problemas são enfrentados, não só no tocante às diversas ciências envolvidas no processo, como a sociologia, a filosofia, a antropologia, mas também problemas internos, da própria ciência política, são questionados. Temas como a separação dos poderes, a imparcialidade do Poder Judiciário, o distanciamento das instituições político-representativo são apenas alguns deles.

Mas, diante da realidade desenhada, atualmente é possível perceber que, em alguns casos, os Tribunais extrapolam os limites de atuação, interferindo significativamente no controle das políticas públicas sem atentar para o fato de que uma atuação aleatória traz prejuízos às contas públicas. Essa modalidade de ativismo judicial fere os fundamentos do Estado democrático de direito.

Mais uma vez, destacamos que o ativismo judicial, em sede de controle de políticas públicas, é admitido quando tendente a corrigir violações a direitos fundamentais e viabilizar o exercício de direitos sociais. A judicialização da política, neste caso, alinha-se com os desejos da Constituição, já que força a implementação ou correção de políticas públicas em sintonia com os resultados pretendidos pela sociedade.

Ada Pellegrini Grinover suscita a necessidade de adoção de um procedimento específico⁸, onde seja oportunizado um diálogo entre juiz e governantes, além da participação de terceiros de maneira ampla, para que o magistrado possa proferir decisões que sejam viáveis na execução de políticas públicas. Nesta hipótese, o juiz exerceria um papel mais amplo em um procedimento onde fosse assegurada uma cognição vasta em razão da delicadeza do tema.

conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello)."

⁸ No livro "O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas", consta um anexo com uma proposta de lei ordinária tendente a estabelecer um procedimento especial para a apreciação pelo Judiciário de casos questionando a implementação de políticas públicas. Sustenta-se que o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil foi criado para regular litígios individuais. Ademais o procedimento objetivaria a implantação de condutas para o futuro e não para casos pretéritos. (GRINOVER, 2013, pp. 508-513)

“Na visão do papel do juiz, o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amici curiae*. Caberá também ao juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância.”. (GRINOVER, 2013, p. 139)

Depreende-se dos argumentos apresentados que as políticas públicas apresentam-se nas esferas de atuação do Executivo predominantemente e, em certa medida, no Legislativo por sua proximidade com os atos políticos. Contudo, verificou-se, também, que não é possível excluir do Judiciário o controle sobre determinados atos, especialmente, quando referidos à proteção de direitos fundamentais. É preciso, faticamente, delimitar o alcance da atuação do Judiciário, sob pena de torná-la ilegítima e violadora de independência e harmonia impostas pela Constituição Federal.

Atingir a justa medida entre o respeito aos direitos constitucionalmente assegurados e a democrática elaboração de leis e definição de políticas públicas através de um processo majoritário é tarefa difícil que a doutrina vem debatendo na tentativa de solucionar o impasse estabelecido faticamente entre o Judiciário e os demais Poderes.

Por fim, uma opção que se abre como forma de amenizar o ativismo judicial no tocante às políticas públicas é a adoção de medidas alternativas de construção coletiva dos objetivos do Estado, como o orçamento participativo. A medida assegura a participação direta da sociedade civil na definição de políticas que são, em regra, dirigidas pelos governantes de maneira unilateral. Com isso, retira-se do Judiciário a função de verificar o atendimento às necessidades básicas da população, já que a decisão foi construída democraticamente pela própria coletividade.

4) O ativismo judicial no direito brasileiro

No Brasil, sempre se primou pela observância estrita à teoria da separação dos Poderes, restando sedimentado em larga escala que o equilíbrio entre as funções seria possível desde que não houvesse

interferências recíprocas. Historicamente sempre foi possível verificar uma proeminência do Executivo e uma situação de fragilidade do Judiciário.

Através de uma digressão histórica, é possível identificar as oscilações no protagonismo entre os Poderes na história brasileira, variando entre períodos de avanço e retrocesso. O papel desempenhado pelo Judiciário modificou-se muito durante todo o período republicano, contudo, nunca conferiu um papel de superioridade em relação aos demais, como experimentado atualmente.

Somente a título de ilustração, mostra-se interessante a análise feita por Luís Felipe Lopes Boson em artigo que faz um levantamento sobre a história dos conflitos entre o Supremo Tribunal Federal e os demais Poderes da República. É possível verificar que, desde a sua criação, o STF buscou uma convivência harmônica com os outros poderes, mas que esse fato nunca foi facilitador de estabilidade política ou de fortalecimento da democracia. Por outro lado, em vários episódios de atrito com o Executivo e com o Legislativo a Corte sempre recuou, evitando o conflito e acatando os desejos dos demais poderes. (BOSON, 2002, pp. 177-200)

Ocorre que o cenário atual apresenta-se diferente daquele percebido ao longo da história do Judiciário brasileiro. Vários fatores recentes conduzem, especialmente a Corte Constitucional, para um papel de protagonismo no jogo político.

Atualmente percebemos um Poder Judiciário com uma postura mais atuante, transbordando a função de mera boca da lei. Percebe-se que o fato do Judiciário, na experiência brasileira, imiscuir-se no campo político, decorre de três fatores que consideramos determinantes para essa nova fisionomia, destacados a seguir:

Inicialmente, destaca-se perda de legitimidade do parlamento, que, por omissão, transfere a outro Poder a função de criação de direitos, sobretudo, quando está em jogo a preservação de direitos fundamentais.

Frente à nova realidade de pessimismo político, o déficit democrático é reforçado pela dissociação entre instâncias governamentais e alteração de sentido das opiniões sociais sobre as mudanças no contexto clássico de repartição de poderes experimentados. Embora não se desconsiderem as conquistas do Estado brasileiro nos últimos anos e o potencial para mais

avanços, não podemos nos resignar com um comportamento autista e não reconhecer o distanciamento entre o público e o privado, a insipiente correlação entre as demandas públicas e a excessiva formalização dos procedimentos estatais, capazes de criar barreiras intransponíveis.

Por tudo isso, nessa relação que continua tendendo para uma polarização, em especial pelas posições assumidas pelos poderes, o Legislativo permanece alvo de desconfianças e o Judiciário ascende como agente ativo na definição de programas sociais. A cidadania política, que permitiria a participação do processo de elaboração de leis, deixa de ter o seu berço natural e passa a encontrar amparo no Judiciário. Sendo assim, contexto que parece irremediável, passamos a um momento posterior, que é o de democratizar o processo de judicialização da política.

Outro aspecto relevante neste processo de judicialização da política ocorreu pelo fato de a Constituição de 1988 ter alargado o número de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Ao estabelecer que os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais, entidades de representação de classe de âmbito nacional, entre outros, são legitimados, assegurou aos prejudicados nos processos legislativos a provocação direta ao Supremo Tribunal Federal no sentido de buscarem uma decisão favorável.

Por fim, a crise do positivismo jurídico e a irradiação das ideias do pensamento neoconstitucionalista igualmente ampliaram o papel do Judiciário no momento em que passou a enxergar nesta instância o local adequado para a concretização dos valores consagrados no texto constitucional. As forças sociais passaram a procurar de maneira mais constante, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, provocando a análise de diversos temas, muitos carregados fortemente de conteúdo moral. O hiato gerado entre os preceitos constitucionais e a efetivação pela via legislativa pode ser corrigido pela atuação incisiva do Judiciário.

A jurisprudência, especialmente aquela orientada pela jurisprudência alemã, equipara princípios e normas a valores, defendendo, portanto, um projeto de constituição que traduz uma identidade histórica vinculada a compromissos com determinados ideais. Logo, a Constituição, como fruto de um consenso social sobre os valores mais relevantes, necessita que a sua

observância e cumprimento sejam realizados não apenas por administradores, mas também por um poder apto a impô-lo de maneira coercitiva, bem como pelas demais instituições democráticas que assegurem a participação da sociedade nos assuntos de interesse coletivo.

Em outras palavras, na esteira do preconizado por Peter Häberle, o processo de constitucionalização envolve um alargamento do número de intérpretes da Constituição, pois parte do pressuposto de que todas as forças políticas desempenham o papel de sujeitos comprometidos por zelarem pelos valores constitucionais. Acrescente-se a isso o fato de esse processo de ampliação do número de intérpretes assumir um aspecto democratizante pela afirmação de uma cidadania ativa.

Por um lado a ampliação do espectro de intérpretes pode-se afirmar que a efetividade de um sistema de direitos constitucionalmente previstos tende a ser maior. A participação político-jurídica das várias instâncias e agentes confere um conteúdo democrático, além de assumir um compromisso com programas importantes para o Estado e para os indivíduos, em especial o respeito à dignidade da pessoa humana.

Há, portanto, um dever de ação por parte do Estado que, na qualidade de intérprete e garantidor da Constituição, precisa consolidar direitos constitucionalmente assegurados, pondo fim a inércia e omissões do poder público, seja na figura do Legislativo – enquanto regulador das posições de vantagem previstos na Constituição – seja na figura do Executivo – enquanto executor dos mandamentos fundamentais.

Para Gisele Cittadino, é preciso defender a efetividade dos sistemas de direitos e também elevar a capacidade da comunidade em controlar as omissões dos poderes públicos. A efetividade desse sistema será maior quanto maior for a eficácia normativa da Constituição.

“Para o constitucionalismo democrático, portanto, o processo de concretização da Constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle por parte da comunidade, das omissões do poder público. E são os institutos processuais destinados a controlar diretamente essas omissões – mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão – que viabilizam a participação jurídico-política, garantindo o valor e a dignidade da pessoa humana.” (CITTADINO, 2002, p. 34)

Por isso, surge o Poder Judiciário como instância encarregada, *ultima ratio*, do papel de intérprete constitucional, gozando da prerrogativa de fazer a defesa de liberdades positivas, suprindo o déficit político. Desejável, sim, a busca do equilíbrio, pois o abuso, segundo Luís Roberto Barroso, acabaria pode desqualificar a própria atuação da Corte Constitucional.

“O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. (BARROSO, 2006, p. 147)

CONCLUSÃO

O processo constitucional de 1988 caminhou no sentido de dotar o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, de amplos poderes além de construir todo um cenário favorável à expansão das atribuições judiciais.

Os autores costumam ressaltar alguns indicadores para essa projeção como, por exemplo, a adoção de uma Constituição analítica, que elevam, ao âmbito de regras constitucionais, questões que poderiam ser regulamentadas pelo legislador ordinário; a constitucionalização de vários ramos do direito, fazendo com que toda a leitura do ordenamento jurídico fosse feita partindo-se de uma interpretação constitucional; o amplo sistema de controle de constitucionalidade, que mescla o modelo americano e o austríaco, e o grande número de legitimados que podem levar os mais diversos temas ao conhecimento da Corte Constitucional, e a adoção de uma concepção neoconstitucional que se revelou a doutrina eficiente para viabilizar uma via alternativa para a construção do ordenamento com densa carga axiológica, e evitando-se as concepções metajurídicas próprias do jusnaturalismo e os rigores da concepção do positivismo jurídico.

Sob a égide da Constituição de 1988, houve a ampliação dos direitos sociais no Brasil, aumentando significativamente a demanda por justiça no país. O aumento da conscientização da população, principalmente nos grandes centros urbanos, impulsionado pela melhora – ainda que muito distante do

ideal – e a expansão dos meios de informação possibilitaram a divisão no espaço político com os demais poderes.

Deste ponto para a expansão da prática do ativismo judicial foi rápida a evolução. Os Tribunais avocaram para si a proteção dos direitos fundamentais individuais e sociais.

Por toda essa atmosfera favorável, o Judiciário viu seu poder ampliado, legitimando-se até para suprir as omissões legislativas, proferindo decisões de natureza contramajoritária, e avançando em temas afetos ao campo político, tudo com a condescendência dos representantes democraticamente eleitos.

A expressão, como se percebe, é abrangente, revelando, em síntese, a expansão no comportamento judicial nos processos decisórios dos Estados democráticos, assegurando uma interpretação ampliada das normas constitucionais de forma a garantir a efetivação de direitos não contemplados pelas legislações ordinárias e por administradores públicos. Difícil, no entanto, é a definição dos limites das normas em que se mostra imprescindível o debate político e se verifica a usurpação de competências pelo Judiciário.

Por uma tentativa de organizar a definição, valendo-se das diversas vertentes conceituais para a expressão “ativismo judicial”, podemos distinguir o termo conforme os motivos que ensejaram a manifestação judicial.

Por isso, sob um primeiro aspecto, a atuação ativista de um Tribunal pode surgir por uma necessidade de integração do ordenamento jurídico, já que a omissão mostra-se prejudicial, necessitando de uma correção da mora legislativa. Sob esta perspectiva, o legislador ordinário não alcança, completamente, o comando constitucional, criando um vácuo capaz de gerar injustiças pela impossibilidade de obtenção, por parte da sociedade, de uma posição de vantagem. Por outro lado, surge ainda o ativismo judicial, quando o legislador, embora criando uma regra, o faz de maneira incompleta e deficiente. Neste caso, as Cortes, valendo-se de princípios constitucionais, interpretam a regra de maneira mais abrangente, de forma a extrair o máximo de efetividade e contemplar sujeitos prejudicados pela atuação parcial do Legislativo.

Por outro lado, é possível identificar uma posição considerada ativista quando o Judiciário eleva-se na condição opinativa dos rumos traçados pelos administradores públicos, conduzindo-se de tal forma que as questões de caráter eminentemente político são controladas pelas Cortes. Reside,

basicamente, na conduta do Judiciário imiscuir-se no âmbito das escolhas políticas do Executivo para ditar o acerto ou desacerto dos rumos definidos.

Difícil saber se o ativismo judicial é bom ou mal. Somente o tempo demonstrará se o movimento representa uma experiência embrionária de uma nova concepção nas relações entre os Poderes do Estado ou se o movimento acabará por fixar posições rígidas na repartição inicialmente concebida por Montesquieu.

Fato é a admissibilidade presente de atuação do Judiciário suprindo omissões e reorientando escolhas como forma de maximizar a aplicação de direitos fundamentais. As incertezas são corrosivas para a democracia e, portanto, a atuação integrativa ou corretiva do Judiciário deverá prevalecer até que os órgãos de representação política reassumam suas funções.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Constituição e Crise Política. (Coord.) Sampaio, José Adércio Leite. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, acesso em: 15/07/2013

BOSON, Luís Felipe Lopes. História dos Conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República. In: Direito Processual na História. (Coord.) Fiúza, César. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: O Controle Judicial de Políticas Públicas (Coord.) Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura Política, Capital Social e a Questão do Déficit Democrático no Brasil. In: A democracia e os três poderes no Brasil. (Coord.) Vianna, Luiz Werneck. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. Vianna, Luiz Werneck, organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas*. In: Milaré, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. "O ativismo judicial nas Decisões do Supremo Tribunal Federal". In: Marcia Cristina Xavier de Souza e Walter dos Santos Rodrigues. (Org.). "O novo Código de Processo Civil". 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil*. Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>, acesso em 15/07/2013

_____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Possibilidades e riscos*. Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>, acesso em 17/07/2013

TATE, Chester Neal and **VALLINDER**, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York e London: New York University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.