

# Constitucionalização do direito, judicialização e ativismo judicial

Maria Carolina Carvalho<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito de hermenêutica jurídica e interpretação. 3. Judicialização. 4. Postura ativista do judiciário. 5. Problemas surgidos com o ativismo judicial. 6. Conclusão. 7. Referências.

---

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação. Hermenêutica. Ativismo judicial.

## 1. Introdução

Atualmente, no Brasil, a constituição conquistou de fato força normativa e efetividade. As normas constitucionais passaram a ser evocadas frequentemente em todos os ramos do direito, bem como passaram a ter aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário. A Constituição Federal nunca foi tão utilizada como nos dias atuais.

Nesse contexto, os direitos constitucionais em geral e os direitos sociais em particular converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

O Judiciário se postou no papel de provedor das promessas constitucionais de direitos sociais, se imiscuindo nas funções políticas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Sob o argumento de garantir a efetividade das normas constitucionais, o Poder Judiciário passou a conferir direitos sociais diretamente aos demandantes.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo, lotada na Procuradoria Judicial – PJ2, graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

Nesse ponto, é importante analisar os motivos que levaram ao “alargamento” das funções do Judiciário com o passar do tempo. A redefinição do princípio da separação de poderes, a fim de se apurar se o mesmo serve de justificativa para a vedação do juízo de constitucionalidade de políticas públicas, ou se, inversamente, tal princípio sustenta as decisões judiciais sobre programas de ação governamental.

Necessário se faz passar por uma breve análise das transições do Estado, do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Os contornos da moderna doutrina da separação de poderes foram delineados por Montesquieu, que concluiu “*tratar-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites(...). Para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder limite o poder.*”<sup>2</sup>

Montesquieu notou que em cada Estado existem três funções principais, que devem ser separadas em diferentes centros de poder: a de fazer as leis por um tempo ou para sempre; a de aplicar as leis criadas, de fazer a guerra e celebrar a paz; e a de castigar os crimes ou julgar os litígios envolvendo particulares.

Durante o período do Estado Liberal vigorou o império da lei em substituição ao império do monarca. Sustentou-se a supremacia do Poder Legislativo frente aos demais poderes públicos.

A ideia de supremacia do Poder Legislativo não se sustentou mais com o advento do Estado Social, no qual houve o agigantamento do Executivo e a necessidade de respostas legislativas rápidas às promessas do Estado voltado para o “welfare state” (bem-estar), o que gerou uma comunhão da função legislativa entre a Administração Pública e o Poder Legislativo.

De igual forma, a teoria da tripartição de Poderes de Montesquieu, a qual entendia a função jurisdicional como secundária, sendo o Judiciário um poder invisível e nulo (o juiz era visto como a “boca da lei”), não mais encontra guarida.

---

2 MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Livro XI, Cap. IV, p. 173.

Desde a constituição dos Estados Unidos, o Poder Judiciário, incumbido do controle da constitucionalidade das leis, tem tido lugar de destaque na limitação e controle do Poder Público.

Já no Estado Democrático de Direito, tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, este supera o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social.

Ao Judiciário cabe a guarda da Constituição Federal, bem como a defesa das instituições democráticas, tendo como função primordial o controle de atos executivos e legislativos contrários à constituição.

Este controle constitucional não deve refletir a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ou Executivo, mas a supremacia da constituição, sobre as leis e os atos administrativos.

Na verdade, o que se tem hoje são funções públicas desempenhadas por diferentes órgãos, todos voltados ao implemento e à efetivação da constituição. A supremacia da constituição é o traço forte do Estado Constitucional, onde soberana é a constituição; o Estado (os três Poderes) é apenas um instrumento de efetivação dos ditames constitucionais.

## **2. Conceito de hermenêutica jurídica e interpretação**

A nova hermenêutica constitucional, fenômeno invocado a justificar as ações do Supremo Tribunal Federal aos moldes de legislador positivo, vem recebendo diversos conceitos.

A superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram portas para uma gama de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação.

No pós-positivismo encontra-se a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, sob a égide do fundamento da dignidade da pessoa humana.

O Estado Constitucional de Direito se desenvolve a partir da Segunda Guerra Mundial, tendo como característica principal a subordinação da legalidade a uma constituição rígida. A validade das leis não depende

apenas da forma de sua elaboração, mas, sim, da compatibilidade de seu conteúdo com a constituição.

A constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas também determina os deveres de atuação. O direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos, bem como a Jurisprudência passa a exercer diferentes papéis, como a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos à luz das normas constitucionais.

Nesse contexto, delinear-se as múltiplas categorias do novo direito constitucional e da constitucionalização do direito, ou seja, da aplicação da Constituição Federal em todos os ramos do direito.

Antes da constitucionalização do direito, as questões judiciais eram resolvidas basicamente com a utilização do Código Civil, Penal, e demais leis ordinárias. A Constituição Federal não era tão alegada – tanto pelos demandantes quanto pelo Judiciário.

A reconstitucionalização da Europa, após a Segunda Guerra Mundial, redefiniu o lugar da constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. As novas ideias e a democracia produziram uma nova forma de organização política, que pode ser chamada de Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito.

No Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988, independentemente de suas vicissitudes e de suas emendas, foi capaz de promover a transição do Estado Brasileiro de um regime ditatorial e autoritário para um Estado Democrático de Direito. Após o período da ditadura militar, os constituintes buscaram garantir os direitos individuais e coletivos, detalhando-os minuciosamente.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, ou, ainda, a pós-modernidade. O pós-positivismo, embora não ignore o direito posto, vai além da legalidade estrita, buscando uma leitura moral do direito.

Ocorre que a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Com relação à aplicação do direito constitucional ocorreram três grandes modificações: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; e c) desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.

Quanto ao reconhecimento da força normativa da constituição, esta passou a desfrutar, além da supremacia formal, de uma supremacia material, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.

Desta forma, a constituição ingressou na paisagem jurídica brasileira exibindo força normativa nunca vista anteriormente.

Com relação à expansão da jurisdição constitucional, a denominada ação genérica ou ação direta, destinada ao controle por via principal (abstrato e concentrado), foi introduzida pela Emenda Constitucional nº16, de 1965.

No entanto, a jurisdição constitucional expandiu-se de fato a partir da Constituição de 1988, com a ampliação do direito de propositura e a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.

Conforme os dados apresentados pelo Professor Luis Roberto Barroso em sua aula Magna sobre “constitucionalização do direito”, de 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Na tentativa de conter o número crescente de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Cons-

titucional n° 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso.

No que tange à terceira modificação no direito constitucional, ou seja, a nova forma de interpretação constitucional, esta é uma decorrência natural da força normativa da constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos.

Aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do direito, quais sejam: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Ocorre que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais, quais sejam: o da supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Os aplicadores do direito, percebendo que os critérios tradicionais de interpretação não solucionavam o problema de realização da vontade constitucional, passaram a utilizar novos conceitos e categorias de interpretação

Na interpretação tradicional a solução dos conflitos estava no sistema jurídico, cabendo ao intérprete exercer a função técnica do conhecimento, aplicando a norma ao caso concreto, mediante a subsunção.

No modelo atual de interpretação, tendo em vista que a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, a função do intérprete não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são como as regras – comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas, sim, normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

Saliente-se que a ocorrência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de aplicação do método da ponderação. A subsunção da norma ao caso concreto não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas.

Desta forma, a utilização da ponderação de normas ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, colocando em uma balança os direitos contrapostos, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, procederá à escolha do direito que irá prevalecer em concreto, por representar mais adequadamente a vontade constitucional.

A ideia de constitucionalização do direito está relacionada com a expansão das normas constitucionais para todos os ramos do direito. Os valores, os fins públicos e os comportamentos mencionados nos princípios e regras da constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Portanto, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, bem como de suas relações com os particulares.

– O Poder Legislativo tem limitada, sua discricionariedade, na elaboração das leis, bem como deve atuar no sentido de realizar os direitos e programas elencados na constituição.

– O Poder Executivo também tem limitada sua atuação, na medida em que a constituição lhe impõe deveres e metas constitucionais a serem cumpridas.

– O Poder Judiciário deve ter como parâmetro o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema à constituição.

Quanto aos particulares, a constitucionalização do direito estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liber-

dade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Como assevera o Professor Luis Roberto Barroso a respeito de um novo modo de olhar e interpretar a constituição:

*“Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.”<sup>3</sup>*

A Constitucionalização do Direito é chamada por alguns doutrinadores de “*filtragem constitucional*”, que consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “autossuficiente” da constituição, ou seja, todos os problemas podem ser solucionados na própria constituição. Acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais.

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, publicado na Revista THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 4, nº 2, jul/dez. 2006, p. 38.

No entanto, a consequência da aplicação da teoria da Constituição Dirigente é que o Estado e a política são ignorados. Ocorre que justamente por meio da política e do Estado é que a constituição será concretizada.

Na constitucionalização do direito ocorre o esvaziamento do papel do partido político, que é preenchido por outro órgão que assumirá a função de protagonista do debate e da prática constitucional: o tribunal. Os juízes e não mais a política partidária se investiram na função de concretizar a constituição.

A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, refugiando-se a doutrina na interpretação do tribunal constitucional.

Nesse sentido preleciona Gilberto Bercovici, no livro “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)”:

*“A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.”<sup>4</sup>*

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que profere a última palavra das questões que lhe são suscitadas em caráter geral e vinculante. As decisões emanadas pelo tribunal constitucional, muitas vezes, criam comandos normativos que não podem mais ser questionados.

O risco da distância da constituição em relação ao Estado e à política, com a predominância dos tribunais constitucionais, é acarretar o abandono pela política democrática e partidária da própria constituição.

4 BERCOVICI, Gilberto, A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento. (Org.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v., p. 167-175.

### 3. Judicialização

Atualmente várias questões de repercussão política e social são levadas aos órgãos do Poder Judiciário para serem decididas. Essa situação representa o fenômeno chamado de judicialização.

Este fato envolve uma transferência de poder do administrador e dos membros do legislativo para juízes e tribunais, com alterações significativas na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Alguns fatores podem ser apontados como responsáveis pelo fenômeno da judicialização. O principal fator foi a redemocratização do País, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988.

Após o fim da ditadura militar, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

A redemocratização também reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a procurar a proteção de seus interesses no Judiciário.

Nesse mesmo contexto a Constituição Federal de 1988 expandiu a competência da instituição do Ministério Público na proteção de interesses coletivos.

Resumindo: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

O segundo fato da judicialização foi a “constitucionalização abrangente”, que trouxe para a constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político e para a legislação ordinária. Isto foi, na verdade, uma tendência mundial, iniciada com a Constituição de Portugal e da Espanha.

A constituição brasileira é abrangente e analítica, com uma gama de diferentes matérias. Assim, na medida em que uma questão (seja de meio ambiente, educação, saúde) é disciplinada em norma constitucional, ela

se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

O terceiro fator da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Nosso controle de constitucionalidade é tido como híbrido, pois combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano (incidental e difuso) e o europeu (concentrado – por meio de ação direta). Além do fato de a Carta Magna ter estabelecido um extenso rol de legitimados a propor essas ações, inúmeros órgãos e entidades públicas e privadas.

Frise-se que somente no ano de 2008 foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas (ADI – ADC e ADPF) questões como: pesquisas com células-tronco embrionárias; suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição; quebra de sigilo judicial por CPI; demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol; uso de algemas durante o julgamento, dentre tantas outras.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal analisou várias questões de temas diferentes, como políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos da reforma previdenciária; relação entre Poderes, como limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito; direitos fundamentais; possibilidade de progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos.

A judicialização na realidade brasileira é um fato que decorre do modelo constitucional que foi adotado e não um exercício deliberado de vontade política. Caso uma norma constitucional permita que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao Judiciário cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Já o ativismo judicial, diferentemente da judicialização, é uma atitude, ou melhor, uma escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a constituição. Em geral, o ativismo ocorre em situações de retração do Poder legislativo, de um descompasso entre a sociedade civil e a classe política, impedindo que as questões sociais sejam resolvidas de maneira efetiva.

#### 4. Postura ativista do judiciário

O conceito de ativismo judicial está ligado à ideia de interferência do Poder Judiciário no campo de atuação dos demais Poderes. A postura ativista do Poder Judiciário se manifesta pela aplicação direta da constituição a situações não contempladas de forma expressa em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de evidente violação da constituição; bem como pela imposição de condutas ou de abstenções do Poder Executivo, principalmente em matéria de políticas públicas.

A origem do ativismo judicial se encontra na jurisprudência norte-americana. Primeiramente o ativismo teve natureza conservadora na atuação proativa da Suprema Corte Americana como amparo à segregação racial.

O Brasil, no momento atual, é um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção dos direitos sociais. Nota-se que até o fim dos anos 1990, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência de prestações positivas do Estado, em Juízo.

As intervenções judiciais nesta esfera eram raras, prevalecendo o conceito mais conservador do princípio da separação de poderes, no que tange à competência do Executivo na execução de políticas públicas.

Desta forma, prevalecia a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, evitando aplicar diretamente a constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; bem como utiliza critérios mais rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstém-se de interferir na definição de políticas públicas.

Recentemente, essa atitude do Judiciário se inverteu, tornaram-se frequentes decisões do Judiciário determinando a entrega de prestações materiais constitucionalmente previstas.

A opinião leiga do público refletida na imprensa acolhe as decisões do Judiciário, consideradas como ativismo judicial por muitos doutrinadores e juristas, pois a população espera alcançar seu direito, sem se importar qual o Poder que o declara e o efetiva.

Em artigo sobre o tema, Oscar Vilhena Vieira destaca que o fenômeno não é tão novo e tem lugar a partir da fragilização do sistema representativo:

*“A hiperconstitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do Judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinçamento do sistema representativo.*

*(...)a expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era Lochner. Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso Lochner, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição (VIEIRA, 2008, p.443).”<sup>5</sup>*

A decisão do caso Lochner passou a ser usada na justificação das decisões do Supremo Tribunal Federal, para afastar a norma positiva e buscar o “justo direito”.

O avanço do ativismo judicial surge das escolas neoconstitucionalistas e do pós-positivismo. Seu estudo, no entanto, ainda é recente e os

---

<sup>5</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Revista Direito GV – v. 04 n°02. São Paulo – julho a dezembro de 2008, p. 443.

doutrinadores ainda se dividem em argumentos favoráveis ou não ao ativismo.

Não se nega a admissão de uma tutela jurisdicional com natureza de norma positivada para suprir a omissão do legislador. Justamente nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal superou sua consolidada jurisprudência, passando a dar eficácia concreta à ação constitucional de mandado de injunção.

Esta mudança de posicionamento ocorreu a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 670 (Brasil, MI nº 670, 2008), ocasião em que o Supremo Tribunal Federal passou a ditar uma fórmula normativa capaz de satisfazer o direito. Anteriormente, nas decisões de mandado de injunção, o Judiciário limitava-se a reconhecer a omissão do Congresso Nacional, ou de outro órgão do Poder Público, com a ineficaz declaração de mora estatal.

A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do mandado de injunção suprarreferido não ofendeu o princípio da separação de poderes, pois o próprio constituinte originário previu o cabimento da ação de mandado de injunção, sendo certo que a eficácia haveria de ser compreendida como mandamental e não puramente declaratória.

Desta forma, a permissão constitucional excepcional conferida ao Supremo Tribunal Federal para editar uma norma, ao conceder um mandado de injunção, apesar da postura ativa, não ofende o texto constitucional e não se confunde com o ativismo judicial.

Há relevantes diferenças entre a situação do mandado de injunção da atividade tipicamente do Poder Legislativo exercida pelo Judiciário. Uma das diferenças é o caráter transitório da norma ditada pelo Supremo Tribunal Federal, que haverá de ceder no momento em que o Congresso Nacional complementar o processo legislativo com a edição da lei integrativa da lacuna, quando, então, será substituída a decisão judicial normativa pelo conteúdo legislativo emanado pelo poder competente.

Recentemente o constituinte derivado criou mais uma hipótese de o Supremo Tribunal Federal assumir o papel legiferante, que é a edição de súmulas vinculantes, que possuem natureza jurídica de ato normativo.

No entanto, deve ser ressaltado que este instrumento, tal como formulado pelo legislador, serve apenas para evitar a propositura de inúmeras ações idênticas contra a insistência do Poder Público em reconhecer um direito consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, não se trata de conferir ao Supremo Tribunal Federal o poder de legislar em sentido estrito, mas apenas de reproduzir em uma súmula o entendimento consolidado de sua jurisprudência constitucional, sem a criação de direito novo.

Ocorre que o instrumento da Súmula Vinculante tem sido utilizado com muita frequência. Somente no ano de 2008 foram editadas dez súmulas vinculantes, que se somaram às três outras pré-existentes. Os temas abordados foram variados, tais como: uso de salário mínimo como indexador (súmula 4); defesa técnica por advogado em processo disciplinar (súmula 5); remuneração de praças no serviço militar (súmula 6); não autoaplicabilidade do artigo 192, parágrafo 3º da Constituição e enquanto vigorou (juros reais de 12%) (súmula 7); prescrição e decadência do crédito tributário (súmula 8); recepção do artigo 127 da Lei de Execução Penal (súmula 9); reserva de plenário para afastar incidência de lei ou ato normativo (súmula 10); restrições ao uso de algemas (súmula 11); taxa de matrícula em universidade pública (súmula 12) e vedação do nepotismo nos três Poderes (súmula 13).

A edição de algumas das súmulas acima mencionadas provocou um debate público não apenas pelo conteúdo, mas em virtude de que a edição de súmula não se justificaria frente ao pequeno número de demandas sobre certos temas. Tal fato atribui ao Supremo Tribunal Federal um papel quase normativo.

Como exemplo dessa situação, pode ser citada a Súmula 13 que possui o seguinte teor: “*A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*”

Anteriormente à edição dessa Súmula, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução 07, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas. O entendimento foi no sentido de que, independentemente de lei específica, a proibição deveria ser extraída dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

Em seguida, ao julgar recurso extraordinário oriundo do Rio Grande do Norte, no qual se discutia a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos, o Tribunal estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo, aprovando a Súmula nº 13.

Outro exemplo emblemático de Súmula editada baseada em um único precedente, quando a Constituição exige reiteradas decisões, artigo 103-A da Constituição Federal, foi a que estabeleceu restrições ao uso de algemas.

O Tribunal, por unanimidade, anulou decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido algemado durante toda a sessão de julgamento, sem necessidade.

Neste caso, o Tribunal entendeu que não havia justificativa socialmente aceitável para submeter o acusado a tal humilhação, o que violaria o princípio da dignidade humana e o princípio da não culpabilidade, inclusive por induzir os jurados na percepção de que se estaria diante de um acusado de alta periculosidade.

Como decorrência deste julgamento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 11, com o seguinte teor:

*“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”*

Finalmente, ainda há o ativismo judicial mediante a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria

de políticas públicas. Como exemplo evidente da ingerência do Judiciário nas políticas públicas, tem-se o fornecimento de medicamentos.

Nas Justiças Estaduais e Federais em todo o País, existem inúmeras decisões que condenam os entes federativos, às vezes os três, solidariamente, a custear medicamentos ou tratamentos médicos que não constam da lista e protocolos do Ministério da Saúde, ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

Ocorre que a cada vez que uma decisão judicial concede uma prestação material (como fornecimento de medicamento ou tratamento) a um indivíduo, os recursos para fornecê-la saem do orçamento público, do planejamento de receitas e despesas, que já prevê a destinação daquela verba em uma visão macro, ou seja, em benefícios para toda a sociedade.

Neste contexto, uma decisão judicial que determine o fornecimento de um medicamento extremamente caro para o câncer ou um tratamento em clínica particular também muito dispendioso a uma única pessoa, o recurso para dispensa do referido medicamento sairá do orçamento, o qual já possui destinação específica, o que pode prejudicar inclusive a compra de medicamentos como paracetamol ou novalgina para toda a população.

Necessário ainda constatar que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Assim, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger seus direitos, a classe média é responsável pela grande demanda de medicamentos especiais e mais caros no Judiciário.

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial em matéria de direitos sociais, que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material, pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos às camadas da sociedade mais abastadas.

Portanto, há limites impostos ao Poder Judiciário no exercício excepcional da função legislativa e executiva, no pretexto de cumprimento de seu dever estabelecido na Constituição Federal.

Como exemplo de decisão ativista, cita-se um caso, dentre outros, de ativismo judicial e ingerência do Poder Judiciário no âmbito do Le-

gislativo: RE nº 199522 – 2004, no qual o Ministério Público propôs ação civil pública contra a fixação de número de vereadores em diversos municípios do interior paulista, impugnando a conformação das leis orgânicas com o texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de um dispositivo específico da lei orgânica do Município de Mira Estrela quanto ao tamanho do parlamento local. Apesar de a Constituição dispor patamares máximos para a fixação do número de vereadores, em tabela progressiva, mas com margem ao exercício de autonomia política municipal, o STF editou uma fórmula pela qual a cada população deveria corresponder um número fixo de vereadores, reduzindo o número de vereadores daquele município e afastando qualquer discricionariedade por parte do legislador municipal.

Ainda com relação ao ativismo judicial, outro caso evidente foi a decisão sobre a fidelidade partidária: o Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Firmou-se, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das já expressamente previstas na Constituição.

## **5. Problemas surgidos com o ativismo judicial**

As principais críticas ao ativismo judicial são os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

### **– legitimidade democrática**

Os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos. O fato de o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Executivo ou do Legislativo é identificado na teoria constitucional como “dificuldade contramajoritária”.

Os Estados Democráticos reservam uma parcela de poder político aos agentes públicos que não são eleitos pela população, cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.

Os magistrados, ao aplicarem a constituição e as leis, não têm vontade política própria, ou, não deveriam tê-la, mas apenas estão concreti-

zando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, ou seja, pelos representantes do povo.

Essa crítica deve, no entanto, ser vista com certa prudência, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica de aplicação da lei ao caso concreto. Cabe ao juiz atribuir sentido a expressões vagas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, os magistrados são em muitas situações coparticipantes do processo de criação do direito.

Na verdade, entre democracia (poder fundado na vontade da maioria) e constitucionalismo (respeito aos direitos fundamentais), podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

A constituição possui dois importantes papéis; um de participação política ampla, governo da maioria e a alternância no poder, o outro, de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Nesse sentido, o Professor Luis Roberto Barros assim dispõe:

*“E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípio – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.*

*Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.”<sup>6</sup>*

6 BARROSO, Luis Roberto. Texto publicado “Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática” Conjur – Retrospectiva 2008, p. 9 e 10.

Assim o Supremo Tribunal Federal deve respeitar as deliberações do Congresso, onde estão os legítimos protagonistas da vida política por serem os detentores do voto popular, com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, mas sempre fundamentando racionalmente suas decisões com base na própria constituição.

#### – politização da justiça

Em uma cultura pós-positivista, o direito se aproxima da ética, tornado-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. No entanto, a linha divisória entre direito e política nem sempre é nítida. A crítica de que uma decisão é política e não jurídica não procede.

O direito pode ser entendido como política na medida em que sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta pela constituição e leis. Sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social, bem como a subjetividade das decisões judiciais há de interferir com os juízos de valores que cada julgador possui.

Assim, a interpretação do direito sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e pelos limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Por outro lado, o direito não é política no sentido de que não admite escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. Em rigor uma decisão judicial não será política, pois não há para o julgador livre escolha, discricionariedade plena. O juiz deverá sempre motivar suas decisões mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva.

#### – capacidade institucional do Judiciário e seus limites

Os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) interpretam a Constituição Federal e devem respeitar os valores e promover os fins nela previstos.

A doutrina tem mencionado a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos como crítica ao ativismo judicial.

A capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais capacitado a elaborar a melhor decisão em determinada ma-

téria. Por exemplo, temas complexos que abrangem aspectos técnicos ou científicos não podem ser decididos pelo juiz de direito, por falta de informação ou conhecimento específico.

Formalmente o Judiciário detém a competência para o pronunciamento definitivo, mas em situações como as descritas acima, normalmente o órgão julgador deve prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.

Como exemplo da necessidade de estudos técnicos específicos, ou seja, questões de demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Quanto aos efeitos sistêmicos, estes podem ser imprevisíveis e indesejáveis. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para efetuar a justiça no caso concreto. Ocorre que nem sempre o juiz dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões proferidas em processo individual, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Como já mencionado anteriormente, exemplo dessa situação é a questão do fornecimento de medicamentos ou tratamentos, que, em certos casos, possuem efeito sistêmico indesejável, como a concessão de medicamento que não consta do Protocolo Clínico, que pode ser experimental e com valor econômico muito alto que não justifica sua concessão a um indivíduo em detrimento da sociedade.

Há várias decisões na área da saúde que colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

O Judiciário deve ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação; autocontenção, quando não possui a capacidade técnica para melhor decidir, como em geral ocorre nas políticas públicas.

A expansão do Judiciário também teve como contribuição a crise de representatividade, de legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, que se curvou inúmeras vezes ao Poder Judiciário, deixando as decisões importantes por conta daquele Poder.

Uma reforma política deve ser efetuada, atribuindo mais representatividade aos legisladores para que estes se posicionem mais firmemente nas suas funções.

## 6. Conclusão

A nova fase do pós-positivismo se reflete no Direito, no questionamento ao positivismo de Kelsen, na descrença no absoluto, na ampliação do poder do juiz, através da interpretação jurídica.

O juiz deixa de ser a boca da lei, como dizia Montesquieu, para ser o intérprete da norma. A interpretação tinha um sentido apenas cognitivo e não de criação.

As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara na modernidade da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução.

A moderna doutrina jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter o mesmo sentido sempre, produzindo uma única solução.

A objetividade possível do direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece, que podem decorrer da discricionariade atribuída pela norma ao intérprete; da pluralidade de significados das palavras ou da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto.

Portanto, constata-se que a aplicação do direito não é apenas um ato de conhecimento, isto é, a mera subsunção do caso concreto à norma, mas também um ato de vontade, ou seja, a escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam.

De acordo com o Professor Elival da Silva Ramos, deve-se compor adequadamente a relação entre regras e princípios. Caso se transforme a Constituição Federal em uma constituição meramente principiológica,

haverá o domínio do aplicador do direito e, conseqüentemente, do ativismo judicial.

Obviamente que as regras (norma de conduta) não solucionam todas as questões, elas são abstratas e os casos são concretos. Nessa lacuna é que se inserem os princípios, isto é, para fazer um contrapeso no sistema, mas a norma deve ser respeitada e aplicada.

Os princípios são instrumentos de flexibilização, contribuindo para a decisão do caso concreto, na interpretação das regras existentes.

Com a valorização excessiva dos princípios, estamos atribuindo um peso excessivo ao Judiciário. Este não pode definir o que é melhor para a sociedade em termos de políticas públicas. Essa visão macro deve ser decidida por políticas do Estado.

O Judiciário pode preencher as omissões do Legislativo, mas não o substituir em questões técnicas. A interpretação pode restringir ou ampliar as normas, porém, não pode sair da hipótese e ir diretamente ao fim. O princípio é que é o fim sem hipótese.

Atualmente a judicialização e o ativismo judicial são traços marcantes no Brasil. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance na política, na economia e em todos os setores sejam trazidas na forma de ações judiciais.

Desta forma, a Judicialização não decorre da livre escolha do Judiciário em intervir nos vários setores da sociedade, mas do próprio modelo de constituição adotado no Brasil.

O ativismo judicial, diferentemente da Judicialização, expressa uma postura de intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a constituição, potencializando o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.

Pode-se dizer que o ativismo representa um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte ou incapaz de produzir consenso.

Os riscos destes novos fenômenos, judicialização e ativismo judicial circulam pela legitimidade democrática, politização da justiça e

falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

De acordo com a nossa constituição, que além de analítica contém expressões de natureza vaga ou indeterminada, é justificável atribuir certo poder criativo ao intérprete judiciário; porém, havendo lei válida votada pelo Congresso Nacional, concretizando a constituição, deve o juiz acatá-la e respeitá-la.

Assim sendo, dentre as diferentes possibilidades de interpretar a constituição, as escolhas do legislador devem ser respeitadas pelo Judiciário, pois ao Legislativo é conferida a legitimidade popular na criação do ato normativo.

Quanto aos riscos de politização da justiça, estes não podem ser totalmente eliminados, pois a constituição é o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito.

Embora a interpretação constitucional tenha uma dimensão política, ela deve sujeitar-se à racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais. A Corte Constitucional somente deve agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

No tocante à capacidade institucional, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado.

O Judiciário é o guardião da constituição, devendo promover os direitos fundamentais, bem como os valores e procedimentos democráticos constitucionais, ainda que em face dos outros Poderes, que também devem respeitar a Carta Magna e pautar suas decisões por ela.

Porém, o Judiciário deve acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador e ser deferente para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como respeitar os precedentes, que contribui para a segurança jurídica, isonomia e eficiência dos sistemas.

A expansão do Judiciário demonstra claramente a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder legislativo. Necessário se faz uma reforma política, para que o legislativo tenha mais representatividade e credibilidade.

A fragilidade do sistema representativo que se encontra o Legislativo pode ser constatada na frase atribuída ao ex-Presidente do Senado Federal, Sr. José Sarney, que teria afirmado que nenhuma instituição é mais importante e necessária no Brasil que o Supremo Tribunal Federal.

Quando o Presidente do Senado Federal afirma a prevalência de outro poder sobre o seu próprio, é porque enxerga que a sua própria instituição perdeu a força.

Importante ainda ressaltar que as audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal possuem um quórum muito maior de participantes do que as audiências públicas para discussão de leis, promovidas pelo Legislativo, concluindo pelo desprestígio deste frente à população.

## 7. Referências

BARROSO, Luis Roberto. Texto “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, publicado na Revista THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed., São Paulo. Ed. Saraiva.

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)”. p. 167-175.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: Ed. RSC, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Comunicação apresentada na “XXV e

Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle” na França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009.

SARMENTO, Daniel; Souza NETO, Claudio Pereira. (Coord.) *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Ed. Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006.